

GACETA JUDICIAL



GACETA JUDICIAL

Dr. Eugenio Jiménez Rolón
Ministro Responsable

Edición Aniversario
1983-2023

**INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

**INTERCONTINENTAL
EDITORIA**

Asunción, Paraguay

**© CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
GACETA JUDICIAL**

Calle Alonso y Testanova, Asunción, Paraguay

Se autoriza su reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopadoras, grabaciones o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con fines educativas y no comerciales, sin autorización expresa previa por escrito, por parte de los titulares de derechos de autor, siempre que se reconozca debidamente la fuente.

GACETA JUDICIAL 1983-2023

Edición Aniversario (Compilación completa)

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IJ)

Dr. Eugenio Jiménez Rolón, Ministro Responsable

COORDINACIÓN

Abg. Viviana Cabrera Sanabria

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN Y ELABORACIÓN

Abg. Nora Banicie Murdoch Guirland

Abg. Alexander Argüello Alderete

Abg. María Cristina Sanabria Sanabria †

Abg. Roberto Carlos Ruíz Díaz

Abg. Sady Mariel Fleitas Almada

COLABORACIÓN

Dirección de Comunicación de la Corte Suprema de Justicia

DISEÑO DE TAPA

Marcelo Andrés Silva Sanabria

Contactos: gacjudic@pj.gov.py Tel.: (021) 420 570, interno: 2790

© INTERCONTINENTAL EDITORA S.A.

Caballero 270. Teléfonos: 496 991 - 449 738

Fax: (+595 21) 448 721

Pág. web: www.libreriaintercontinental.com.py

E-mail: agatti@libreriaintercontinental.com.py

Hecho el depósito que marca la Ley N° 1.328/98.

ISSN: 3005 – 4249

Contenido

Prólogo	35
Breve reseña histórica de la Gaceta Judicial.....	37

Derecho Constitucional

Coloquio sobre “La justicia como igualdad y la doctrina de la proporcionalidad”	49

Manuel Néstor Alarcón Barrios

Libertad de prensa, la censura y la protección a la moral.....	61

Transcribimos un fallo de la Cámara de la Justicia de Faltas de la Municipalidad de Buenos Aires -con un comentario del Prof. Germán J. Bidart Campos- que está relacionado con el “ensobramiento” de revistas que afecten a la moral y el pudor

La extraterritorialidad de las normas de control de cambios ante la Corte Suprema.....	79

Juan Javier Negri

Derecho a vivir	93

Alberto Jorge Gowland

Constitucionalidad	103

Dr. César Enrique Romero

CONTENIDO

Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano.....	117

Jorge Carpizo

Tutelas urgentes y cautela judicial.....	119

Miguel Angel Vargas Díaz

La República del Paraguay y el paradigma constitucional modelo de estado: democrático, social de derecho y republicano	121

Emiliano Rolón Fernández

Constituciones extraviadas	123

Juan Carlos Mendonca Bonnet

Derecho de la Niñez y la Adolescencia

La adopción en el Código del Menor	127

Carlos A. Alfieri

Las nuevas legislaciones Paraguaya y Argentina sobre patria potestad	133

Prof. Dr. Guillermo Borda

Reflexiones sobre aspectos procesales del otorgamiento de la guarda a la luz de la ley de adopciones.....	145

Dr. Silvio Rodríguez

Restitución Internacional de menores	147

María Eugenia Giménez de Allen

Efectividad y protección jurídica a la niñez de los pueblos originarios.....	149
<i>Carolina Lapierre de Schmalko</i>	
Las Reglas de Brasilia como instrumento para favorecer el acceso a la justicia de los adolescentes infractores.....	151
<i>Irma Alfonso de Bogarín</i>	
Apreciaciones sobre un fallo judicial.....	153
<i>Dra. Inocencia Alfonzo de Barreto</i>	
El Maltrato infantil	155
<i>María Teresa Garcete de Sosa</i>	
Restitución Nacional e Internacional	157
<i>Manuel Silvio Rodríguez</i>	
La atribución jurisprudencial del régimen de convivencia de los hijos ante la situación de ruptura de la relación de pareja	159
<i>Lilian Lorena Rojas de Cardozo</i>	
Los medios telemáticos como acceso a justicia en el fuero de la Niñez y Adolescencia	161
<i>Pili Rodríguez</i>	
El paso de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral en la niñez.....	163
<i>Yngrid Susana Yambay Jacquet</i>	

CONTENIDO

Efectividad de las estrategias de prevención y el abordaje del abuso sexual infantil	165

Yngrid Susana Yambay Jacquet

Diana Verónica Arguello Cañiza

¿El derecho a la identidad está situado por encima del Interés Superior del Niño?	167

María José Seijo Ayala

Derecho Laboral

ITAIPÚ. Normas de Trabajo y Seguridad Social.....	171

Felipe Santiago Paredes

Aspectos procesales de la estabilidad en el trabajo	177

Dr. Jorge Darío Cristaldo M.

Siniestralidad laboral.....	201

Eloy Moreno De la Osa

La influencia del Código Civil Paraguayo en el derecho laboral.....	205

Dr. Jorge Darío Cristaldo

Formas de Sindicación: Única o Plural.....	227

William Thayer Arteaga

Pandemia y suspensión de contratos de trabajo.....	233

Félix M. Villamayor T.

Modelos de contratos laborales en tiempos de Pande- mia	235

Dr. Joaquín Tomás Irún Grau

La suspensión de los Contratos de Trabajo	237

Zully Almirón

Derecho Civil y Comercial

El derecho privado en transición	241

Prof. Dr. Oscar Paciello

La convocación de acreedores y el delito de cheque sin fondo	249

Abg. Julio Noé

Nulidad Procesal	259

Prof. Hugo Allen

El cheque sin fondos y la convocatoria de acreedores	277

Alejandro A. Encina Marín

Jorge Raul Garcete

Proceso y la fe pública	287

Antonio Colman Rodríguez

Inutilización de endosos	291

Jorge H. Escobar

El Derecho de Autor en El Paraguay	295

Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli

CONTENIDO

La justicia de Paz Letrada como institución jurídica del Derecho Procesal	313
<i>Abg. Marcos Riera Hunter</i>	
La hipoteca eventual y el Principio de Especialidad: Inexistencia de la hipoteca flotante	343
<i>Abg. Roberto Ruiz Díaz Labrano</i>	
Nuevos horizontes de la Responsabilidad Civil.....	355
<i>Dr. Ramón Silva Alonso</i>	
Propiedad Industrial	361
<i>Dr. Rigoberto Gauto</i>	
El Juicio Ordinario en la Justicia de Paz Letrada	369
<i>Abg. Marcos Riera Hunter</i>	
El juicio ordinario en la Justicia de Paz Letrada	405
<i>Abg. Marcos Riera Hunter</i>	
El Derecho de Autor en el Paraguay y el proyecto del nuevo Código Civil Paraguayo	447
<i>Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli</i>	
La Ley del Comerciante del Paraguay.....	461
<i>Raul Anibal Etcheverry</i>	
Algunas reflexiones acerca del Anteproyecto de ley de Administración Pública.....	465
<i>Dr. Jorge Luis Maiorano</i>	

Posibilidad y conveniencia de una codificación parcial del derecho.....	477
<i>Salvador Villagra Maffiodo</i>	
Verificación y conversión definitiva de créditos en moneda extranjera	485
<i>Roberto Ruiz Díaz Labrano</i>	
La doctrina de los propios actos en el ámbito del procedimiento civil	497
<i>Dr. Jorge Walter Peyrano</i>	
La sanción del nuevo Código Civil Paraguayo.....	523
<i>Dr. Jorge H. Escobar</i>	
La unificación de los Derechos Civil y Comercial, como ramas del ordenamiento jurídico privado interno, alusiva a la zona ontológica de ambas en materia de obligaciones y contratos: Exclusión	529
<i>Prof. Dr. Luis Patricio Frescura y Candia</i>	
La Sucesión Intestada en el nuevo Código Civil Paraguayo.....	539
<i>Dr. Miguel Ángel Bestard</i>	
La Lesión en el Código Civil.....	560
<i>Dr. Jorge Darío Cristaldo M</i>	
La teoría de la causa en materia civil.....	572
<i>Norman Cruz</i>	

CONTENIDO

El abuso, la lesión y la imprevisión en el nuevo Código Civil Paraguayo.....	610
<i>Prof. Dr. Guillermo Borda</i>	
Letra de Cambio.....	628
<i>Magistrado Raúl Torres Kirmser</i>	
Del Endoso.....	646
<i>Magistrado Raúl Torres Kirmser</i>	
De los hechos en general	664
<i>Dr. Carlos A. Alfieri</i>	
De la pluralidad de herederos.....	678
<i>Dr. Francisco Bazán</i>	
De la Sociedad de Responsabilidad Limitada.....	712
<i>Dr. Elixeno Ayala</i>	
<i>Dr. Luis Escobar F</i>	
Sociedad de Responsabilidad Limitada	719
<i>Dres. Elixeno Ayala</i>	
<i>Luis Escobar F.</i>	
De las Sociedades en Comanditas por Acciones	727
<i>Dres. Elixeno Ayala</i>	
<i>Luis Escobar F.</i>	
Algunas reflexiones sobre testimonios entre consanguí- neos.....	731
<i>Dr. Guillermo Delmás Frescura</i>	

Complementación del Código Civil	735
<i>Raúl R. García Coni</i>	
Los principios generales del derecho en el nuevo Código Civil.....	741
<i>Juan Carlos Mendonca</i>	
La Sociedad de Responsabilidad Limitada conforme a las disposiciones del nuevo Código Civil Paraguayo	757
<i>Exposición del Escribano Alejandro Doldán Insfrán en el marco de las sesiones de estudio del Nuevo Código Civil Paraguayo, organizado por el Colegio de Escribanos del Paraguay, los días Martes de cada semana</i>	
Sobre el artículo 1731 del Código Civil Paraguayo.....	765
<i>Prof. Dr. Raúl Sapena Pastor</i>	
La Tradición como requisito formal para adquirir la propiedad inmueble	769
<i>Escribano Público Samuel P. Melgarejo</i>	
De los Hechos y Actos Jurídicos	773
<i>Director: Exc. Pco. Carlos A. Alfieri</i>	
Conferencia dictada en el seminario sobre Derecho Procesal Civil que organiza la Corte Suprema de Justicia ...	777
<i>Prof. Dr. Juan Carlos Mendonca</i>	
Procedimiento en la Convocación de Acreedores	797
<i>Carlos Camp Ausina</i>	
<i>Julio Blas Noe</i>	

CONTENIDO

Cheque Post-Datado.....	817
<i>Dr. Jorge H. Escobar</i>	
Puede introducir modificaciones en su nombre la Mujer Casada	827
<i>Prof. Dr. Antonio Colmán Rodríguez</i>	
Separación de cuerpos por Mutuo Consentimiento. El acertado artículo 579 del proyecto del Código Procesal Civil de la República del Paraguay.....	833
<i>Dr. Alejandro Borda</i>	
La anualidad de las Asambleas Ordinarias en las Sociedades Anónimas	841
<i>Raúl Sapena Brugada</i>	
Prenda con Registro en el Código Civil Paraguayo	851
<i>Escribano Alejandro Doldán</i>	
De la excepción de nulidad en el juicio ejecutivo. Régimen actual. Anteproyecto	869
<i>Dr. Germán Arriola Verón</i>	
Repercusiones del nuevo Código Civil en el Contrato de Seguro.....	879
<i>Jorge S. Giucich A.</i>	
<i>Teresa María Gross Brown de Romero</i>	
Sobre la derogación del Decreto Ley N° 10.268/1941 (Sociedad Responsabilidad Limitada).....	889
<i>Dr. Raúl Sapena Brugada</i>	

La Citación en Garantía.....	897
<i>Adolfo Alvarado Velloso</i>	
El Daño o Lesión Moral en la legislación Civil Nacional	919
<i>Pedro Gamarra Doldan</i>	
La irretroactividad de la ley en el nuevo Código Civil Pa- raguayo	927
<i>Roberto Ruiz Díaz Labrano</i>	
El Cheque Bancario sin fecha o con fecha adelantada en nuestro Derecho Positivo.....	947
<i>Dr. José María Caniza</i>	
El Mutuo.....	965
<i>Francisco Bazán</i>	
Juicio sobre separación de cuerpo por mutuo consen- timiento: Problemática – Experiencia. Primeras resolu- ciones	977
<i>Carlos Campausina</i>	
La concentración de empresas y el Código Civil Paragua- yo.....	989
<i>Raul Sapena Brugada</i>	
El gerente en el Código Civil Paraguay	1017
<i>Mariano Gagliardo</i>	
Análisis y crítica al artículo 165 del Código Civil.....	1023
<i>Luis A. Irun Brusquetti</i>	

CONTENIDO

Doctrina de los propios actos en el Derecho Paraguayo..	1029
<i>Carlos Camp Ausina</i>	
Características de la S.R.L. unipersonal en el derecho societario Alemán.....	1039
<i>Christian O. Zschocke</i>	
Responsabilidad Médica.....	1051
<i>José Raúl Torres Kirmser</i>	
La dilación en el Proceso Civil	1069
<i>Dr. Sixto Milciades Rivas Soler</i>	
Del orden de las sucesiones intestadas.....	1073
<i>Luis A. Irun Brusquetti</i>	
Reactivación de sociedades disueltas.....	1084
<i>Mariano Gagliardone y Jose Octavio Claria (h)</i>	
De la emisión y circulación del cheque	1114
<i>Jose Raúl Torres Kirmser</i>	
El capital en las Sociedades Anónimas.....	1140
<i>Manfredo Maria Ramirez Jou</i>	
Nulidades absolutas y relativas.....	1156
<i>Luis A. Irun Brusquetti</i>	
Del pago con subrogación y del pago por tercero.....	1166
<i>Dr. Juan Carlos Mendonça (h)</i>	

El cheque no presentado al banco en tiempo útil. ¿Es viable la acción ejecutiva contra el librador?.....	1187
<i>Dr. Mario Ruben León Cavallaro</i>	
Algunos aspectos de la capitalización de la deuda externa	1193
<i>Dr. Mariano Gagliardo</i>	
Cuenta corriente bancaria, “In Rem Propriam” e ineficacia concursal	1201
<i>Oswaldo J. Maffia</i>	
Trabajo presentado en el VIII encuentro Latinoamericano de abogados expertos en el derecho bancario	1225
<i>Gerold Herrmann A.</i>	
Nulidad e inexistencia de los actos ineficaces	1255
<i>Dr. Luis A. Irún Brusquetti</i>	
Responsabilidad civil del médico I	1263
<i>Dr. José Raúl Torres Kirmser</i>	
Responsabilidad civil del médico II.....	1279
<i>Dr. Raúl Torres Kirmser</i>	
Los derechos de Autor en el mundo contemporáneo	1297
<i>Dr. Pedro Gamarra Doldan</i>	
El debido proceso	1305
<i>Adolfo Alvarado Velloso</i>	

CONTENIDO

Mandatos y poderes.....	1323
<i>Lucila Ortiz de Di Martino</i>	
Algunos comentarios sobre el Código Procesal Civil	1333
<i>Dr. José María Cañiza</i>	
Responsabilidad civil del médico. Ejercicio de la acción resarcitoria	1339
<i>Dr. José Raúl Torren Kirmser</i>	
Contralor administrativo y práctica societaria	1365
<i>Mariano Gagliardo</i>	
La reforma procesal civil (Primeras medidas).....	1381
<i>Prof. Dr. Hernán Casco Pagano</i>	
Alcance de la indemnización de daños y perjuicios en caso de expropiación.....	1389
<i>Marcela Gómez Navarro</i>	
Caducidad de instancia en los juicios concursales	1391
<i>Carmelo A. Castiglioni</i>	
Algunos casos de daños derivados del derecho de familia	1393
<i>Alberto Martínez Simón</i>	
El derecho procesal civil paraguayo. Una mirada retrospectiva, descripción actual y el anhelo de humanización del proceso	1395
<i>Abg. Juan Martín Palacios Fantilli</i>	

Sociedad de un solo socio.....	1397
<i>Juan Bautista Fiorio Giménez</i>	
El juicio ejecutivo	1399
<i>Dr. Neri Joel Kunzle</i>	
Disregard of Legal Entity.....	1401
<i>Abg. Pablo Costantini</i>	
La Personalidad Jurídica en la sociedad y la responsabilidad limitada	1403
<i>Abg. Pablo Costantini</i>	
La resolución de caducidad de tercera instancia. Revisión ante la Sala Civil y Comercial.....	1405
<i>Violeta Silva Velázquez</i>	
El recurso ordinario y horizontal	1407
<i>Violeta Silva</i>	
Acerca de la prescripción en curso de causa civil	1409
<i>Dr. Giuseppe Fossati López</i>	
El recurso horizontal.....	1411
<i>Violeta Silva Velázquez</i>	
Nuevas tendencias jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay en materia de Recursos de Nulidad, Apelación, Reposición y Aclaratoria	1413
<i>Andrea Ferreira Armele</i>	

CONTENIDO

Responsabilidad civil en procesos penales.....	1415
<i>Dr. José Raúl Torres Kirmser</i>	
Diferencias y similitudes entre la responsabilidad contractual y la extracontractual	1417
<i>Dr. Alberto Martínez Simón</i>	
Justice Served: Cómo el Paraguay gana (¡Finalmente!) El caso Gramont Berres	1419
<i>Dr. Roberto Moreno Rodríguez A.</i>	
La curatela en las sucesiones reputadas vacantes. ¿A quién corresponde?	1421
<i>Diego A. Soto Giubi</i>	
Causales de resolución de los contratos en el Código Civil Paraguay.....	1423
<i>Hugo Manuel Garcete</i>	
La empresa por Acciones Simplificadas (E.A.S.).....	1425
<i>Francisco Viveros Machuca</i>	
La caducidad de instancia en el contexto de la pandemi	1427
<i>Julio C. Pavón Martínez</i>	
Revisando la lesión, vicio de los Actos Jurídicos	1429
<i>Alberto Martínez Simón</i>	

Derecho Penal

El procedimiento correccional de menores	1433
<i>Prof. Dr. Alejandro Encina Marín</i>	

Las notificaciones en el proceso penal	1439
<i>Abg. Arnaldo Giménez Cabral</i>	
Procedimiento penal. El testigo. Consideraciones previas.....	1449
<i>Magistrado Antonio Escobar Cantero</i>	
Intervención fiscal en las cuestiones de competencia.....	1455
<i>Prof. Dr. Hugo Allen</i>	
El Auto de prisión debe ser fundado	1461
<i>Abg. Roque Adalberto Gómez López</i>	
El delito de usura	1473
<i>Dr. Luis Martínez Miltos</i>	
Delitos vinculados con Estupefacientes, Tenencia y Consumo	1491
<i>Dr. Jorge Eduardo Boumpadre</i>	
Desarrollo y delincuencia	1519
<i>Dr. Guillermo Delmás Frescura</i>	
Concurso de delitos.....	1525
<i>Dr. Carlos Alberto Tibio Torrecilla</i>	
Victimología – Víctima de delito	1547
<i>Clotildo Gimenez Benitez</i>	
Medidas que puede aplicar el juez en lo correccional en el tratamiento de menores en situación irregular	1551
<i>Angel R. Campos</i>	

CONTENIDO

Delito económico; doctrina y legislación	1567
<i>Manuel Peña Villamil</i>	
La detención preventiva y el diagnóstico médico	1579
<i>Guillermo Delmás Frescura</i>	
Panorámica para una reforma	1585
<i>Benigno Rojas Vía</i>	
Pagar cheques post-datados ¿Es Delito?.....	1595
<i>Prof. Dr. Jorge H. Escobar</i>	
El delito de supresión de la vida humana	1597
<i>Dr. Sixto Milciades Rivas Soler</i>	
La Casación y la Apelación Especial. Aspectos fundamentales	1603
<i>María Carolina Llanes Ocampos.</i>	
Reglas generales de los medios de impugnación en el nuevo Proceso Penal.....	1620
<i>Marcos A. Köhn Gallardo</i>	
El instituto de la remisión como cauce desjudicializador en el régimen penal de la adolescencia.....	1628
<i>Irma Alfonso de Bogarín</i>	
El principio de menor lesividad en el instituto de la legítima defensa	1630
<i>José Waldir Servín</i>	

Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas en el Paraguay	1632
<i>Delio Vera Navarro</i>	
Garantías en el sistema de responsabilidad penal	1634
<i>Mag. Bettina Ovando Bareiro</i>	
El estatuto de la Corte Penal Internacional	1636
<i>José Waldir Servín Bernal</i>	
Teoría de la pena	1638
<i>Inocencia Alfonso de Barreto</i>	
Nociones conceptuales iniciales, diversas formas de violencia. Violencia familiar	1640
<i>Dr. Arnaldo Martínez</i>	
Visión general de la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas privadas y su aplicabilidad en el Paraguay.....	1642
<i>Prof. Delio Vera Navarro</i>	
Revisión del Auto de Apertura por la Cámara de Apelación.....	1645
<i>Gustavo Enrique Santander Dans</i>	

Derecho y las pruebas

Pericias caligráficas.....	1649
<i>Dr. Eusebio Villalba</i>	

CONTENIDO

Absolución de posiciones	1659
<i>Prof. Dr. Hugo Allen</i>	
Hacia la correcta producción de la prueba pericial	1663
<i>Prof. Dr. Hugo Estigarribia Elizeche</i>	
El testigo.....	1671
<i>Prof. Dr. Antonio Colman Rodríguez</i>	
Reflexiones sobre el testimonio en sede penal.....	1685
<i>Dr. Sixto Milciades Rivas Soler</i>	
La pericia y su valor probatorio en el Proceso Penal.....	1693
<i>Dr. Sixto Milciades Rivas Soler</i>	
Confesión como prueba en el juicio civil	1703
<i>Dr. Sixto Milciades Rivas Soler</i>	
Sana crítica.....	1707
<i>Dr. Sixto Milciades Rivas Soler</i>	
Transferencia electrónica de fondos. Los medios de prueba	1711
<i>Dr. Carlos E. Delpiazso</i>	
Análisis pericial de las tintas en un documento.....	1733
<i>Roberto Zarate Peña</i>	
La prueba ilícita penal y su consecuencia jurídica.....	1737
<i>Silvia Teme Baron</i>	

La prueba indiciaria en el proceso penal	1751

José Waldir Servín

Derecho Notarial

Proceso y Fe Pública.....	1755

Antonio Colman Rodríguez

Las responsabilidades del Notario	1765

Esc. Púb. Carlos A. Alfieri

Aspectos notariales en el nuevo Código Civil	1775

Esc. Púb. Carlos A. Alfieri

Los documentos extraprotocolares en la legislación vigente	1793

Damos a conocer un trabajo elaborado por la escribana pública ANA MANUELA GONZALEZ RAMOS, profesional en el ejercicio de su Ministerio Fedante, permanentemente preocupada por examinar todas las instituciones que conforman el Derecho Notarial

Hitos Notariales	1811

Escribano Alejandro Doldan Insfran

Jornadas de reflexión	1835

Antonio Colmán Rodríguez

Teoría y práctica de la organización notarial latina.....	1847

Hugo Pérez Montero

CONTENIDO

Acceso de la función notarial en la República Argentina.	1865

Dr. Jorge Raul Causse

Derecho y su relación con otras disciplinas

Pedagogía y psicoterapia en la labor del Abogado.....	1881

Prof. Dr. José Emilio Gorostiaga

Régimen jurídico de las aguas. Contaminación. Criterio jurisprudencial	1893

Dr. Luis Fernando Sosa

Servicios públicos	1919

Miguel Ángel Pangrazio

Los principios generales del derecho	1929

Alejandro Marín Iglesias

Nota sobre ferias judiciales.....	1935

Amelio R. Calonga Arce

Comentarios de la legislación paraguaya sobre Banco de Órganos y Tejidos Humanos	1947

Dr. Atilio Gómez Grassi

La fenomenología de la existencia y su perspectiva metodológica en el derecho	1951

Prof. Manuel Néstor Alarcón Barrios

La organización del Poder Judicial en el Paraguay	1961

Dr. Carlos González Alfonso

La jurisdicción y el método aplicable para el conocimiento de la norma jurídica (Lingüística, Lógica, Hermenéutica)	1971
<i>Prof. Dr. Juan Carlos Mendonca</i>	
Régimen jurídico de la electricidad en el Paraguay.	1983
<i>Dr. Adolfo Ozuna González</i>	
La celeridad como presupuesto básico para la realización de la justicia.....	2009
<i>Dr. Antonio Escobar Cantero</i>	
Justicia y eficiencia	2017
<i>Roberto O. Berizonce</i>	
La justicia de las pequeñas causas	2025
<i>Conferencista: Prof. Dr. Ángel Landoni Sosa</i>	
Eficacia de la Ejecución de las decisiones Judiciales.....	2061
<i>Jorge W. Peyrano</i>	
Justicia pronta y barata ¿Porque la justicia del Estado es lenta?	2087
<i>Antonio Colmán Rodríguez</i>	
Sobre la ley del Registro del Estado Civil.....	2099
<i>Dr. Carlos Gonzalez Alfonso</i>	
Algunos aspectos de la Organización del Poder Judicial en la República del Paraguay.....	2101
<i>Joaquín Irun Grau</i>	

CONTENIDO

Aproximación a la investigación jurídica.....	2129
<i>Daniel Mendonca</i>	
El uso de las medidas cautelares	2147
<i>Dr. Sixto Milciades Rivas Soler</i>	
Cambio y modernización de la estructura fiscal, administrativa y tributaria en el Paraguay como basamento de un sistema democrático	2151
<i>Marco Antonio Elizeche</i>	
Abstinencia de la Corte frente al poder abusivo de los Medios Masivos	2163
<i>Daniel E. Herrendorf</i>	
Problemas de Derecho Internacional Privado Societario	2167
<i>Alejandro P. Radzyninski</i>	
El llamado aborto eugenésico y las facultades de los jueces	2179
<i>Vicente E. Andereggen</i>	
Las nuevas figuras en el derecho moderno, el Software, el Hardware y el Firmware como partes de la informática y la cibernética. La problemática de su protección jurídica entre los derechos intelectuales	2185
<i>Fremiort Ortiz Pierpaoli</i>	
Nuevas consideraciones sobre la Protección Jurídica del Programa de Computación.....	2197
<i>Jorge Oscar Allende</i>	

Introducción a la informática jurídica	2203
<i>Ramiro Barboza</i>	
Jurisdicción Internacional en el proceso de integración.	2261
<i>José Raúl Torres Kirmser</i>	
Derecho, Justicia y Derechos Humanos.....	2275
<i>José Luís Cea</i>	
La cultura jurídica chilena en relación a la función judicial	2287
<i>Jorge Correa</i>	
La función del Abogado	2315
<i>Francisco Cumplido</i>	
La necesidad de la modificación de la Ley 1376/88 de Honorarios de Abogados y Procuradores, en procesos o causas penales	2329
<i>Arnulfo Arias</i>	
Aportes del Derecho Latinoamericano al Derecho Inter- nacional.....	2331
<i>Elodia Almirón Prujel</i>	
La incompatibilidad para el ejercicio de la abogacía o los parlamentarios litigantes.....	2333
<i>Arnaldo Martínez Prieto</i>	

CONTENIDO

El derecho a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado como estándar de interpretación conforme y convencional	2335
<i>Horacio Antonio Pettit</i>	
Análisis Jurídico-Objetivo sobre los adultos mayores en la legislación nacional y comparada. Reflexiones y propuestas.....	2337
<i>Dra. Mirtha Beatriz González de Caballero</i>	
Orígenes de la doctrina del Disregard of the Legal Entity en los Estados Unidos	2339
<i>Pablo Costantini</i>	
La Doctrina del Disregard of The Legal Entity en el Derecho Inglés	2341
<i>Pablo Costantini</i>	
Enemistad, Odio o Resentimiento vs. Imparcialidad	2343
<i>Marcela Gómez Navarro</i>	
Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Visión crítica de la justiciabilidad de los mismos	2345
<i>María Elodia Almirón Prujel</i>	
De la crisis a la institucionalización del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.....	2347
<i>Cristian Daniel Kriskovich</i>	
La Jubilación de los Magistrados, Defensores Públicos, Actuarios, Fiscales y empleados del Poder Judicial	2349
<i>Prof. Carlos Sosa Jovellanos</i>	

¿Qué es el Ciberdelito?	2351

Rocío Carolina Pérez Tenace

La aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. (TRHA). La fecundación in vitro (FIV). El consentimiento informado. Derecho a la identidad e información.....	2353

Carmen Edith Escurre Páez

El fortalecimiento institucional del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados	2355

Fernando Silva Facetti

Análisis jurídico y jurisprudencial de la protección de la Marca Notoria en Paraguay	2357

María Gabriela Talavera García

Monografías

Los Nfts y el derecho de Propiedad Intelectual Paraguayo.....	2361

Pedro Lacasa

La mala fe como causal de nulidad	2363

Rebeca Salemma

La problemática del quantum indemnizatorio en los derechos de Propiedad Intelectual.....	2365

Alejandro Morra



Prólogo

La Gaceta Judicial nació con el propósito de sumar a la comunidad jurídica. Pero, ¿Qué sumamos? En la era de la información, que va creciendo vertiginosamente, tenemos la sensación de tener todo el conocimiento científico al alcance de un solo clic. Sin embargo, quienes estamos inmersos en el mundo del derecho sabemos que lo que lo mantiene vivo es la diversa, extensa e inabarcable conducta humana y la discrecionalidad con la que los jueces pueden interpretar las normas aplicables a esa conducta.

Por ello, al seleccionar los fallos a ser publicados, nos abocamos a distinguir los criterios tanto de la Corte Suprema de Justicia como de los Tribunales de Apelación, aplicados a aquellos casos que sirven de paradigma a los demás. Además, a lo largo de estos cuarenta años, han sido seleccionados cuidadosamente los ensayos y monografías que constituyen un aporte notorio a los usuarios de la revista.

Siempre enfocados en esta misión, pretendemos seguir entregando una herramienta tangible que pueda servir de inspiración a quienes, en su ánimo de mejorar la justicia, recurren al pensamiento y el trabajo investigativo de otros juristas.

En esta edición especial, presentamos algunos de estos prestigiosos aportes y aprovechamos para agradecer a todos aquellos que sumaron sus conocimientos y sus esfuerzos para colaborar con la gaceta desde su creación hasta hoy y asumimos con gusto el compromiso de seguir creciendo y seguir sumando.

Debido al límite de espacio, este ejemplar cuenta con solo nueve de los prestigiosos trabajos, en consecuencia, se nos encomendó la tarea de realizar una compilación completa la cual estará accesible

en la brevedad posible en la biblioteca virtual de la página de la Corte Suprema de Justicia.

Equipo de la Gaceta Judicial.



Breve reseña histórica de la Gaceta Judicial

Reconocimiento especial a *Sergio Arzamendia*¹, por la recopilación y elaboración del presente artículo.

La Gaceta Judicial nace en noviembre del año 1983, del deseo de divulgación de fallos del Poder Judicial del Paraguay, mediante la publicidad responsable del quehacer judicial con la colaboración en ese entonces de sus protagonistas, buscando incentivar y divulgar la producción doctrinaria en el campo jurídico, dar a conocer las Leyes, Acordadas, Procedimientos, Investigaciones, noticias y estadísticas referentes al ámbito judicial.

En aquel momento contaba con un Director, un Vice Director, un Consejo Redactor y un Consejo Asesor, que estaba conformado en su mayoría por Magistrados de destacada trayectoria.

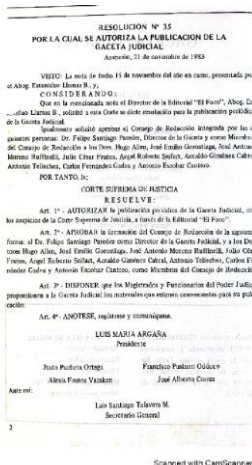
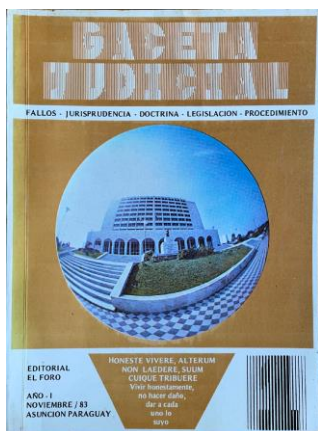
Su primer Director fue el **Prof. Dr. Felipe Santiago Paredes** seguido por el ex Magistrado **Dr. Joaquín Irún Grau** por un lapso de 10 años.

¹ Abogado, Técnico, Dirección de los Derechos de la Propiedad Intelectual, Diplomado en Derechos Intelectuales (CSJ); Diplomado en Bibliotecología y Archivología (UTIC), Diplomado de Tecnicatura en Gestión Administrativa con Énfasis en Función Pública (INAPP), capacitación en Liderazgo Estartégico (IAEE), curso sobre Conservación y Gestión de Archivos Históricos y Modernos (IILA), curso en Mediación como Método Alternativo de Solución de Controversias en materia de Propiedad Intelectual (CSJ), cursos de verano sobre La Propiedad Intelectual (CSJ) y los ODS (OMPI – IMPIUANL, México), curso sobre Propiedad industrial y ODS (OMPIOEP, España), así como Cursos Avanzados de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI).



La Revista fue registrada por la Corte Suprema de Justicia y publicada por Editorial El Foro.

Primera Época



Mediante la nota presentada el 15 de noviembre de 1983 por el Abg. Eusebio Barrios, Director de la Editorial “El Foro”, se solicitó a la Corte Suprema de Justicia (integrada por los Ministros Luis María Argaña como Presidente, Justo Pucheta Ortega, Francisco Pusineri Oddone, Alexis Frutos Vaesken y José Alberto Correa, como Miembros y Luis Santiago Talavera como Secretario

General) dicte resolución para la publicación periódica de la Gaceta Judicial.

Es por ello que a través de la Resolución N° 35, del 21 de noviembre de 1983 se autoriza la publicación periódica de la Gaceta Judicial con los auspicios de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Editorial “El Foro” (Art. 1).

En dicha resolución también se aprueba la conformación del Consejo de Redacción de la siguiente forma: Dr. Felipe Santiago Paredes como Director de la Gaceta Judicial, y a los Doctores Hugo Allen, José Emilio Gorostiaga, José Antonio Moreno Ruffinelli, Julio César Frutos, Ángel Roberto Seifart, Arnaldo Giménez Cabral, Antonio Tellechea, Carlos Fernández Gadea, Antonio Escobar Cantero, como Miembros (Art. 2).

Desde la Gaceta Judicial N° 8 (Año 2, Febrero-Marzo / 85) se suman al Consejo de Redacción Antonio Colman Rodríguez, Carlos González Alfonso, Myriam Peña de Ortiz y Carlos Alberto Alfieri como Miembros y a Roberto Ruiz Díaz Labrano como Coordinador.

Este Consejo estuvo encargado de la publicación de las Gacetas Judiciales desde noviembre de 1983 hasta agosto de 1986 (Gacetas Judiciales de 1 al 16).

Por Resolución N° 381, del 21 de noviembre de 1986, la Corte Suprema de Justicia resuelve, la reestructuración de la organización de la Gaceta Judicial, quedando constituida de la siguiente manera: Director: Dr. Joaquín Irún Grau, Vice Director: Dr. Marcos Riera Hunter, Comité Ejecutivo: Doctores Albino G. Garcete Lambiase, Carlos V. Köhn Benítez, Luis R. Escribá C. Benigno Rojas Vía, Luis Fernando Sosa Centurión, Luis Escobar Faella, Alberto Andrada Nogués, Roberto Ruiz Díaz Labrano y Hernán Casco Pagano. Secretario de Redacción: Dr. Alberto Rodríguez Alcalá. (Gaceta Judicial 17 al 25).

Una ampliación fue autorizada por el Presidente Luis María Argaña, que por Resolución N° 388 integra a la Gaceta Judicial el

Consejo Asesor con las siguientes personas: Doctores Raúl Sapena Pastor, Cesar Garay, Luis Martínez Miltos, Ramiro Rodríguez Alcalá, Jorge H. Escobar, Carlos Alberto Alfieri (Notario y Escribano Público) y Hugo Allen.

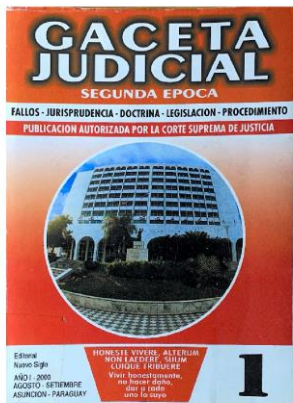
Una nueva reestructuración se dio por la Acordada N° 20, del 24 de julio de 1989, (Corte Suprema de Justicia integrada por los Ministros José Alberto Correa como Presidente; Jerónimo Irala Burgos, Francisco Pusineri Oddone, Albino Garcete Lambiase, Benito Pereira Saguier como Miembros y Carlos Acuña Lugo como Secretario General) ampliando la nómina de miembros del Consejo Redactor con los Doctores Flaviano González, José Raúl Torres Kirmser, Cesar Antonio Garay, Rodolfo Gill Paleari, Cristóbal Sánchez, Anselmo Aveiro (h), Antonio Escobar Cantero, María Sol Zuccolillo Garay de Vouga. El Consejo Asesor quedó conformado con las siguientes personas: Luis María Argaña, Alexis Frutos Vaesken, Arquímedes Laconich, Ramiro Rodríguez Alcalá, Alejandro Encina Marín, Juan Carlos Mendonça, Carlos Mersán, Miguel Ángel Pangrazio, Carlos Alberto Alfieri, Felipe Santiago Paredes, José Kriskovich, Raúl Sapena Brugada, Hugo Allen, José Villarejo, Horacio Lebrón y Alejandro Doldán Insfrán. Como Secretario de Redacción fue designado el Magistrado Rafael Cabrera Riquelme (Gaceta Judicial 26 al 28).

En dicha época la labor de búsqueda del material a ser publicado se realizaba visitando de manera personal cada despacho o juzgado, revisando de forma manual una a una las resoluciones dictadas como así también la transcripción de las mismas, muchas veces soportando el costo con fondos propios.

Con la vigencia de la nueva Constitución de 1992 y los cambios provocados en la estructura del Poder Judicial y de la Gaceta Judicial, esta tuvo una pausa y reapareció en el año 2000. Desde sus comienzos hasta la interrupción citada en el año 1998, publicó 28 números y 4 ediciones extras.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA GACETA JUDICIAL.

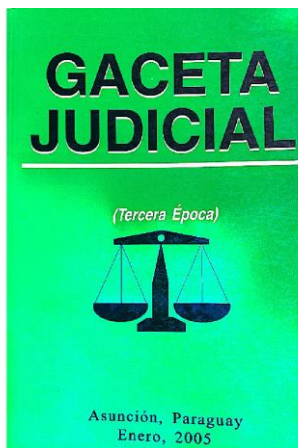
Segunda Época



Una nueva versión de la Gaceta Judicial fue autorizada por la Corte Suprema de Justicia (integrada por los Ministros Carlos Fernández Gadea, como Presidente; Jerónimo Irala Burgos, Bonifacio Ríos Avalos, Elixeno Ayala, Luis Lezcano Claude, Felipe Santiago Paredes, Wildo Rienzi Galeano, Raúl Sapena Brugada y Enrique Sosa Elizeche como Miembros), por Resolución N° 733 del 15 de junio del año 2000.

Dicha Gaceta Judicial estuvo integrada por las siguientes personas: como Director fue designado el Dr. Felipe Santiago Paredes; Consejo de Redacción: Luis María Benítez Riera (Penal), José Kris-kovich Prevedoni (Laboral), Rodolfo Gill Paleari (Civil), Manuel Silv-io Rodríguez (Menor), Sindulfo Blanco (Contencioso) y Carolina Lla-nes, Marcos Köhn Gallardo y Roque Orrego (Reforma del Sistema Penal). Contó con 2 números publicados en el año 2000.

Tercera Época

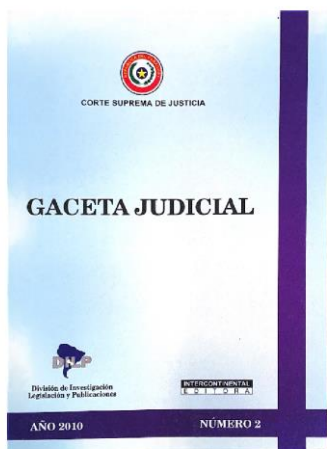


Scanned with CamScanner

Nuevamente aparece una publicación de la Gaceta Judicial, autorizada por la Corte Suprema de Justicia (integrada por los Doctores Víctor Manuel Núñez Rodríguez, como Presidente; Wildo Rienzi Galeano, Antonio Fretes, José Raúl Torres Kirmser, Sindulfo Blanco, Miguel Oscar Bajac Albertini, Cesar Antonio Garay Zuccolillo, José Victoriano Altamirano, Alicia Beatriz Pucheta de Correa, como Miembros y Esteban Kriskovich, como Secretario General) en la que se publicó 1 número, que fue lanzado en enero de 2005.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA GACETA JUDICIAL.

Cuarta Época



En el año 2010, surge la idea de retomar la publicación de la Gaceta Judicial por la imperiosa necesidad de publicación de textos con identidad nacional dentro del ámbito jurídico, para el estudio y la investigación, es por ello que la Corte Suprema de Justicia (integrada por los Doctores José Raúl Torres Kirmser, como Presidente; Víctor Manuel Núñez Rodríguez, como Vicepresidente 1°; Sindulfo Blanco, como Vicepresidente 2° y Miguel Oscar Bajac Albertini, Antonio Fretes, César Antonio Garay Zuccolillo y Alicia Beatriz Pucheta de Correa como Miembros) autoriza a la División de Investigación, Legislación y Publicaciones (hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas)², en ese entonces dependiente del Centro Internacional de Estudios Judiciales (CIEJ) para realizar las investigaciones del contenido, principalmente Doctrina nacional e internacional y Jurisprudencia de los Tribunales de Apelación y Corte Suprema de Justicia.

² La Corte Suprema de Justicia, a través de la Acordada N° 837, del 20 de agosto del 2013, resolvió modificar la estructura de la División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios Judiciales de la máxima instancia judicial, que pasa a denominarse Instituto de Investigaciones Jurídicas.

El equipo de la Gaceta Judicial estuvo integrado en sus inicios por el Ministro Director de la División de Investigación, Legislación y Publicaciones, Dr. Víctor Manuel Núñez Rodríguez, Carmen Dora Montanía Cibils como Directora de la División y la colaboración de funcionarios designados para la Coordinación General, la investigación y otras labores de ponderada importancia.



Esta Cuarta fase de la Gaceta Judicial principió con la firma del convenio con la **Editora Intercontinental** en el año 2010, representada por el Abogado Alejandro Gatti. El compromiso y la intención del convenio fue poner a disposición una permanente y periódica herramienta de consulta que mantenga actualizados a sus lectores en temas de interés jurídico.

El convenio fijó una publicación trimestral, 4 números anuales, los que debían contener principalmente doctrina nacional e internacional y fallos de los Tribunales y de la Corte Suprema de Justicia multitemáticos.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA GACETA JUDICIAL.

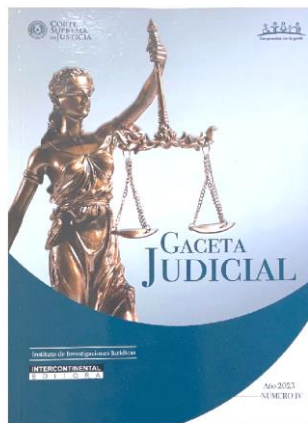
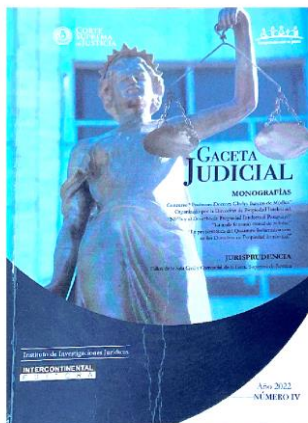


En el año 2014 se nombra al Ministro José Raúl Torres Kirmser como Ministro Responsable del Instituto de Investigaciones Jurídicas, que continuó con el trabajo de investigación y publicación de las gacetas judiciales desde ese entonces.



En sesión plenaria del 01 de abril de 2019, la Corte Suprema de Justicia designó al Prof. Dr. Eugenio Jiménez Rolón como Ministro Responsable del Instituto de Investigaciones Jurídicas, quien sigue desempeñando la función hasta el momento de esta publicación.

GACETA JUDICIAL. EDICIÓN ESPECIAL



Actualmente, sigue siendo uno de los principales objetivos de la Gaceta Judicial, la distribución gratuita de los ejemplares a los Magistrados, a la Biblioteca del Poder Judicial y a otras dependencias, en formato papel y también poner a disposición de los profesionales, estudiantes, docentes y funcionarios, el acceso a todos aquellos ejemplares que se encuentran digitalizados en la página web de la Corte Suprema de Justicia. Consideramos que tanto la Jurisprudencia como la Doctrina Nacional, son patrimonio común y están destinadas a ser divulgadas. Por esta razón, nos aseguramos de propiciar la accesibilidad de tal modo que esté disponible para todos sus destinatarios.



Derecho Constitucional

Coloquio sobre “La justicia como igualdad y la doctrina de la proporcionalidad”

Manuel Néstor Alarcón Barrios¹

Presentación.

Señoras y Señores:

La justicia como problemática es un planteamiento siempre presente al ser humano y mucho más en estos tiempos en que su conciencia es sensible ante las situaciones de injusticia². El sentimiento de la injusticia implica el sentimiento de la justicia. Tal intuición debe ser precisada mediante definición, a través de la cual el sentimiento deviene en conceptualización: ¿Qué es la justicia? La respuesta a esta pregunta es fundamental para contestar cuestiones planteadas en el transcurso de nuestro seminario sobre “Hermenéutica jurídica”.

- ¿Guarda el sistema jurídico, que concretiza un modelo teórico de convivencia entre los seres humanos, alguna relación con la justicia?
- ¿Expresan las leyes positivas y los principios jurídicos una determinada concepción de justicia?
- ¿El proceso judicial de un sistema jurídico concreto es un procedimiento que nada tiene que ver con la justicia?
- ¿Se identifican Derecho y Justicia?
- ¿Cuáles son las concepciones existentes de la justicia? Algunas de estas cuestiones han sido ya sistemáticamente

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 19-1987.

² Medellín. 1. Justicia, 1.1.

abordadas en esta serie de coloquios³Y, como coronación de nuestros “Cursos de Preparación de Tesis Doctoral en Ciencias Jurídicas” planteamos la pregunta: ¿Qué es la justicia?

Y, esta última pregunta del jurista es la primera pregunta del filósofo del Derecho.

Señoras y Señores:

Hemos ingresado en el ámbito de la filosofía no solo preguntando, sino con la perspectiva de una búsqueda seria de respuestas, conjugando nuestras inquietudes intelectuales, y fundamentados sobre los principios: “Verdad y Amistad” creamos la **“Fundación para la Formación Científica”**, institución que se dedicará a la reflexión epistemológica, a la teoría de la ciencia, a la metodología y a la praxis de la investigación científica.

Dentro de este marco de referencia, presento como primera propuesta esta intuición epistemológica: El conocimiento humano es una relación entre: sujeto, objeto, lenguaje, a priori, e interés. La temática a desarrollarse, la “justicia”, será analizada desde esta perspectiva. Consiguientemente, en ella o solo será considerada su problemática, y su relación con el Derecho, sino sobre todo, será objeto de mostración de esta epistemología.

1.0. Distintas concepciones de justicia.

Cuando se habla de justicia, no siempre se maneja el mismo concepto. Pues, mientras no se la defina, su significado permanecerá oscuro, confuso y/o ambiguo. La delimitación de su significado es dada mediante diversas definiciones, sostenidas por diferentes concepciones de justicia:

³“Normas Jurídicas y Justicia”, exposición realizada por el Abg. Juan Carlos Mendonca Bonnet “Justicia y Proceso Judicial”, exposición realizada por el Dr. José María Cañiza Pecci.

COLOQUIO SOBRE “LA JUSTICIA COMO IGUALDAD
Y LA DOCTRINA DE LA PROPORCIONALIDAD”

1.1. Justicia es tratar a cada uno igual.

Según esta concepción de justicia, cada miembro de un todo debe ser **tratado del mismo modo**. V. gr. Todos los ciudadanos de una nación son iguales ante la ley: sus derechos y obligaciones son iguales, y en los procedimientos judiciales se exigirá igual trato. Pero, ¿cuál es la extensión o conjunto de individuos a que se aplica dicha igualdad?

Un determinado grupo social, racial, religioso, o todos los ciudadanos de un país, o todo ser humano como miembro de la humanidad: **La determinación de ese conjunto es, en todo caso, arbitraria**. Dependerá de la concepción que tiene el hombre de sí mismo, de la sociedad de la humanidad entera.

1.2. Justicia es tratar a cada uno según sus obras o méritos.

Esta concepción de la justicia sostiene que el trato (Handlung) a una persona debe ser proporcional a sus obras o a sus méritos. Así, los premios o los castigos se rigen por esta regla: “A cada uno según su acción”. La determinación de los criterios, que miden las acciones, no son neutrales, sino responden siempre a una postura de cosmovisión: ideológica, política, económica, religiosa o de intereses creados.

1.3. Justicia es dar a cada uno según sus necesidades.

Esta concepción de la justicia sostiene que la existencia **mínima del ser humano debe ser asegurada**: alimentación, salud, educación, vivienda, etc. Que las necesidades básicas del ser humano sean solucionadas en una sociedad nacional e internacional. Esta definición de justicia se maneja en los organismos internacionales o eclesiales, donde se propone una mayor **justicia-social**. Y es la postura de justicia más cercana al amor al prójimo y a la caridad cristiana, que descubren al otro en sus necesidades personales; en cambio, la justicia considera al otro solo como miembro de un todo.

La pregunta es: ¿cuáles son esas necesidades, que llamamos esenciales? ¿Son ellas siempre las mismas en el espacio y en el

tiempo? Las necesidades son también productos históricos sociales y deben **ser definidas operacionalmente**.

1.4. Justicia es el trato según el rango o posición de cada uno.

Esta concepción de justicia sostiene que los hombres pertenecen siempre a diferentes categorías y por su rango cumplen funciones diversas y propone un trato correspondiente a cada categoría. Así, tenemos que los miembros de los poderes del Estado tienen ciertas inmunidades jurídicas que el ciudadano común no posee. El trato exigido para los miembros de una determinada categoría, sin embargo, debe ser igualitario.

El cuestionamiento que es factible plantearle a esta concepción de la justicia, no solo radica en los criterios de determinación de dicha categoría, sino también en los criterios de determinación de los privilegios correspondientes.

1.5. Justicia es dar a cada uno lo suyo.

Esta es la justicia legal: “A cada uno lo suyo”, según está determinado por el sistema jurídico. Lo justo será la aplicación de las leyes, lo injusto su inobservancia. Esta concepción de justicia supone la identidad entre Derecho y Justicia. Pero, ¿que es lo que corresponde a cada uno? ¿Qué es lo suyo? Es todo aquello que las leyes de un sistema jurídico garantizan a uno. Aunque “lo suyo” esté determinado, está definido arbitrariamente. El sistema jurídico es un producto socio-histórico y como tal materializa intereses de grupos dominantes de una sociedad.

1.6. Justicia formal.

A partir de estas consideraciones sobre las distintas formas de justicia concreta es ya difícil hablar de la justicia en sentido unívoco. Cada concepción de ella sostiene una determinada posición: una cosmovisión, una ideología, o intereses de grupos políticos, económicos, religiosos, etc. “Tatsächlich enthält jede Definition der konkreten Gerechtigkeit bestimmte persönlich gefärbte Weltanschauungen

COLOQUIO SOBRE “LA JUSTICIA COMO IGUALDAD Y LA DOCTRINA DE LA PROPORCIONALIDAD”

gsmomento”⁴. En realidad, toda definición de justicia concreta contiene determinadas apreciaciones personales de cosmovisión. La justicia es perspectivada por el “a priori” y el “interés”, dentro de un marco historicista, relativista o positivista, sin posibilidad aparente de lograr una unidad conceptual, exigida por el jusnaturalismo y por cualquier corriente formalista. Empero, estas concepciones de justicia, aunque sean divergentes, poseen un **elemento-común**: la **igualdad**. “Aber welche Differenzen auch immer zwischen den Konzeptionen der konkreten Gerechtigkeit bestehen, alle nehmen dieselbe Definition der formalen Gerechtigkeit an: die Forderung nach Gleichbehandlung aller Wesen derselben Wesenskategorie”⁵. (Esto es: Aunque existen diferencias entre las concepciones de la justicia, todas suponen una misma definición formal: la exigencia de igual trato de todos los miembros de una determinada categoría).

La única problemática subyacente sería, pues, la materialización de la igualdad en una categoría determinada, dependiente de una cosmovisión o perspectivación: a priori e interés.

La delimitación conceptual de la justicia formal es clara y precisa, según Perelman: “Der Begriff der formalen Gerechtigkeit ist klar und präzise....”⁶. Quizás, podríamos coincidir con él en este punto: **el concepto de justicia como igualdad es unívoco**. ¿Pero, en qué consiste la igualdad? ¿Es una idea clara y distinta intuitivamente?

2.0. La igualdad y la doctrina de la proporcionalidad.

La **igualdad** es una **relación-proporcional**, doctrina esta desarrollada como formalización-matemática de la **teoría de la armonía** en la música. Citemos a uno de los textos griegos más antiguos de la literatura de la música y de las matemáticas, referente a la doctrina de la proporcionalidad: “Existen tres proporciones en la música: la

⁴ PERELMAN, Chäim. *Über die Gerechtigkeit*. München, Verlag C.H. Beck, 1967. P. 43.

⁵ *Ibidem*, P. 42.

⁶ *Ibidem*. P. 43.

primera es la aritmética, la segunda es la geométrica y la tercera la armónica”⁷.

La **proporción aritmética** se basa en la substracción y análogamente se extiende a la operación contraria, la adición. Su término medio es la suma de los extremos sobre dos. Sus fórmulas matemáticas son:

Proporción aritmética

Término medio aritmético

$$a - b \text{ ----- } b - c$$

$$\frac{a + c}{2} = b$$

$$\begin{array}{c} 10 - 6 \text{ ----- } 6 - 2 \\ 4 \text{ ----- } 4 \end{array}$$

$$\frac{10 + 2}{2} = 6$$

La **proporción geométrica** se basa en la división, y análogamente se extiende a la operación contraria, la multiplicación. Su término medio es la raíz cuadrada del producto de los extremos. Sus fórmulas matemáticas son:

Proporción geométrica

Término medio geométrico

$$a : b \text{ ----- } b : c$$

$$\sqrt[n]{a.b.}$$

$$8 : 4 \text{ ----- } 4 : 2$$

$$\sqrt{8.2.}$$

$$2 \text{ ----- } 2$$

$$\sqrt{16=4}$$

⁷ Archytas, Fragmento 2.

COLOQUIO SOBRE “LA JUSTICIA COMO IGUALDAD
Y LA DOCTRINA DE LA PROPORCIONALIDAD”

La **proporción armónica** se basa en la división y en la substracción. El término medio armónico combina el término medio aritmético con el término medio geométrico. Sus fórmulas matemáticas son:

La proporción armónica

$$\begin{array}{l} a : (a - b) \text{ ----- } b : (b - c) \\ 12 : (12 - 8) \text{ --- } 8 : (8 - 6) \\ 12 : 4 \text{ ----- } 8 : 2 \\ 4 : \text{ ----- } 4 \end{array}$$

Término medio armónico

$$\begin{array}{l} 2.a.c. = b \\ a + c \\ \underline{2.12.6} = b \\ 12 + 6 \\ \underline{144} = \\ 18 \end{array}$$

Además, interpelando término medio aritmético y el término medio armónico, se obtiene la proporción perfecta. Cuyas fórmulas matemáticas son:

Porción perfecta

$$\begin{array}{l} a : b \text{ ----- } c : d \\ 12 : 8 \text{ ----- } 9 : 6 \\ 3/2 \text{ ----- } 3/2 \end{array}$$

Término medio perfecto

$$\begin{array}{l} 2.a.c. = 2.12.6 = 8 \\ a + c \quad 12+6 \\ \underline{a + c} = \underline{12+6} = 9 \\ 2 \quad 2 \end{array}$$

La porción perfecta deviene una ecuación cuando uno de sus cuatro términos es una variable: $12:8 = 9:x$

La porción tiene tres elementos fundamentales:

1º. La **equivalencia** –relación comparativa- o correspondencia matemática entre dos grupos numéricos: $(a:b) \text{ ----- } (b:c)$

Los resultados de cada grupo numérico son siempre equivalentes entre sí.

2º. La **distancia** existente entre los miembros de cada grupo numérico: $(a:b); (b:c)$.

3º. Y, el **término medio** puede ser idéntico o no, según la clase de proporción.

La **igualdad** es el **término medio** de la **proporción**. Este crea la **distancia** entre los extremos de la relación, y produce una **equivalente** entre los grupos comparados.

La igualdad no es la identidad ni la uniformidad, sino ella es el **término medio - la unidad- en la diversidad**.

3.0. La justicia como igualdad.

La idea de la justicia implica una ordenación racional de la sociedad. Dicha racionalidad se funda en la doctrina de la igualdad. La cuestión radica en que clase de igualdad, o que igualdades y como las combina una sociedad para configurar su **armonía – social**. Esta configuración depende de la decisión de los miembros o grupos de la sociedad. Así, Aristóteles proponía una justicia basamentada en la proporción geométrica (Ética a Nicómaco 11 31 b); mientras Platón sostenía como ideal de justicia la igualdad aritmética (Leyes, VI, 757 b-c). También las diversas formas de organización social de la sociedad mundial actual presuponen distintas concepciones de justicia o combinaciones diferentes de ellas: El capitalismo, por ejemplo, se funda en la igualdad geométrica; en cambio, el comunismo propone más bien la igualdad aritmética; y, el socialismo combina ambas igualdades para la creación del orden social: el Estado percibe su ingreso de los ciudadanos, según la proporción geométrica y lo distribuye entre ellos, según la proporción aritmética. La opción por una forma de justicia como igualdad es arbitraria: ella contiene el “a priori” y el “interés” de esa sociedad.

Empero, la idea de la justicia es objetiva. La justicia es una relación entre personas y las cosas en una sociedad, basada en la proporcionalidad, que sirve de principio para la creación y el sostenimiento del equilibrio y de la armonía social. La justicia no es cualquier ordenamiento ni cualquier determinación ciega de una sociedad, sino la ordenación-racional de ella, según la igualdad.

4.0. Derecho y justicia.

El Derecho es el ordenamiento coercitivo de las relaciones entre las personas y/o instituciones de una sociedad. Este ordenamiento positivo: el sistema jurídico como tal, las leyes particulares, o el proceso judicial de dicho sistema, puede estar conforme o no a la idea de la justicia. Derecho y justicia no son idénticas conceptualizaciones ni realidades: el orden legal puede ser un orden injusto. Con esto no se niega la vigencia de la ley; pero sí su justificación-racional en la idea de la justicia, siempre y cuando las leyes se oponen a ella.

El Derecho es la concreción de una concepción de convivencia humana. El sistema jurídico puede o no operacionalizar una o varias formas de justicia para dicha convivencia. El orden jurídico está expresado en un conjunto de proposiciones y estas adquieren significado y sentido dentro de la unidad de regulación: las leyes valen en el sistema.

Estas proposiciones pueden ser leyes positivas o principios generales del orden jurídico: libertad, dignidad, justicia, etc. Estos últimos son criterios valorativos de las reglamentaciones. Ellos sirven de justificación y de orientación de sentidos del orden jurídico establecido. Tanto las leyes positivas como los principios están dados en el texto-legal.

El sistema jurídico expresa y determina una concepción y modo coercitivo de convivencia humana e institucional. Lo fundamental de toda comprensión en Derecho es descubrir esa concepción jurídica subyacente, que encierra todo sistema de leyes. La interpretación consiste en la explicitación-coherente y unitaria de dicha concepción, a partir del texto jurídico y su contexto. Existiendo interpretaciones divergentes, además de considerar las condiciones metodológicas de las hipótesis interpretativas, cabe señalar como criterio semántico último la idea subyacente en el texto sobre dicha convivencia: concepción de libertad, dignidad, paz, justicia... La interpretación que mejor explicita esta concepción de convivencia, esa es la más satis-

factoria. Una interpretación que contradiga dicha concepción, expuesta en el texto, no puede ser adecuada. Cuando existen conflictos entre principios ante casos concretos debe ser considerado el orden jerárquico de los mismos. En última instancia el interpretante tendrá en cuenta los objetivos finales del ordenamiento jurídico. Esa decisión por un determinado principio para evitar el desequilibrio, deducible del propio sistema de equilibrio es la equidad. La equidad es una opción fundamentada en la justicia del orden jurídico.

5.0. Hacia una nueva fundamentación epistemológica de la justicia.

En este análisis de la justicia se han puntualizado los siguientes elementos del conocimiento humano:

El sujeto-cognoscente(s): Quien define la justicia tanto en su contenido como en su forma. Existen diversas concepciones de justicia. Cada una de ellas delimita contenidos diferentes - justicias concretas. También el elemento común entre ellas: la igualdad justicia formal es definida en diversas formas.

El objeto-cognoscible(o): Aunque la justicia puede ser determinada en su forma y contenido, ella tiene su propia consistencia: la igualdad en la proporcionalidad. Y, toda proporción tiene necesariamente estos elementos: la distancia, la equivalencia y el término medio.

El lenguaje (l): La lengua es la categoría definitoria de la realidad y del pensamiento. El sentimiento de justicia deviene concepto en las definiciones. La delimitación lógico-semántica de la justicia se realiza a través de las formulaciones lingüísticas.

El a priori (a): Es el conjunto de condicionamientos previos del sujeto. Estos condicionamientos pueden ser de orden psico-somático-mental, e histórico-socio- cultural.

El interés (i): Es la intención del sujeto cognoscente -aquí, del sujeto interpretante-. Esta intención se manifiesta en la dirección de

COLOQUIO SOBRE “LA JUSTICIA COMO IGUALDAD
Y LA DOCTRINA DE LA PROPORCIONALIDAD”

la pregunta, en los axiomas o presupuestos, y en la metodología utilizada para lograr determinados resultados. La perspectivación del conocimiento se da desde el “a priori” al “interés”. Las posibles opciones por una forma determinada de justicia o combinaciones de ellas, responde a esta perspectivación. El conocimiento humano, según esta intuición epistemológica, tiene cinco argumentos: sujeto(s), objeto (o), lenguaje (l), a priori (a) e interés (i):

C = df. R (S,O,L,A,I).

Mediante este análisis sobre la justicia se intenta demostrar la fructuosidad metodológica y la consistencia científica de esta teoría del conocimiento.

6.0. Palabras finales.

Señoras y Señores:

Este acto es para nosotros un acontecimiento de triple significación:

1º. Es el coloquio de clausura de los “Cursos de Preparación de Tesis Doctoral en Ciencias Jurídicas”.

2º. Es el coloquio del acto fundacional de la “Fundación para la Formación Científica”.

3º. Es el discurso de presentación de una nueva orientación epistemológica.

Esta exposición es solo una primera posición en este coloquio. Abramos, pues, el diálogo científico-filosófico.



Libertad de prensa, la censura y la protección a la moral

**Transcribimos un fallo de la Cámara de la Justicia de Faltas de la
Municipalidad de Buenos Aires -con un comentario del Prof. Germán J. Bi-
dart Campos- que está relacionado con el “ensobramiento” de revistas que
afecten a la moral y el pudor¹**

*El comentario y la Sentencia fueron publicadas en el N°
6850 del Diario EL DERECHO de fecha 27 de octubre de 1987.*

EL ENSOBRAMIENTO DE REVISTAS POR RAZON DE MORALIDAD PÚBLICA

I

Tanto el art. 14 de la Constitución, cuanto el 13 del Pacto de San José de Costa Rica (vigente en Argentina desde el 5 de settembre de 1984, fecha de su ratificación) impiden la censura previa. El primero, respecto de la prensa; el segundo, genéricamente respecto de la libertad de expresión por cualquier medio.

El sentido originario de censura apunta a revisión o permiso previos, pero la doctrina constitucional entiende que para no burlar ese sentido, hay que asimilar a censura todo otro medio de coerción que cercena la libertad de expresión, aunque sea posterior a la expresión misma ya exteriorizada.

Con este somero concepto, cabe preguntarse si la calificación municipal posterior a la impresión del material previsto en la ordenanza 40.852, pero previa a su circulación, transgrede las prohibiciones del art. 14 constitucional y del art. 13 del Pacto de Costa Rica.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 22-1988.

Tal calificación implica la obligación de remitir el material sujeto a ella a la Comisión encargada de efectuarla, sin cuya intervención la circulación no se autoriza. Pero la Comisión tiene, a su vez, la obligación de calificar en breve plazo, con lo que la circulación se asegura, en tanto se acate el deber de enviar el material en la forma señalada.

Practicada la calificación, la circulación no puede prohibirse. La única limitación consiste en el eventual deber de ensobrar el material, sin cuyo cumplimiento no puede ser exhibido públicamente.

Esta limitación obedece a razones de moralidad pública, y como el art. 19 de la Constitución prevé el ejercicio del poder estatal por razones de esa índole, estimamos que la naturaleza benigna de la limitación referida de ninguna manera permite sostener que contenga vicio de inconstitucionalidad. La publicación no queda prohibida, ni restringida en su difusión, sino solo condicionada a colocarse en un sobre. Ello, de por sí, no afecta la libertad de prensa, y mucho menos puede reputarse arbitrario.

II

La Justicia Municipal de Faltas de la Capital Federal, en instancia de apelación, ha sostenido por decisión de su Cámara que no es inconstitucional la norma municipal que, en primera instancia, había sido declarada violatoria de los arts. 14, 28 y 32 de la Constitución.

Se trata de la citada ordenanza 40.852 en cuanto supedita la circulación de material imuna calificación administrativa y obliga, preso en ciertos casos, a ensobrarlo para su difusión y venta.

Del pronunciamiento de segunda instancia se desprende que la situación no configura censura previa, porque no sujeta el material a revisión anterior, y porque el trámite de la calificación administrativa posterior a la impresión gráfica es de plazo brevísimo, que no dilata la circulación; esta, además, nunca puede ser obstaculizada ni

prohibida; el único resultado posible radica en el eventual ensobramiento, según lo dijimos.

Es interesante destacar que el primer voto alude al derecho a la dignidad, que incluye el rechazo a los atentados al pudor. Tal derecho es analizado con remisión al art. 33 de nuestra Constitución al Pacto de San José de Costa Rica.

Los argumentos en torno de la libertad de la exención de censura son elocuentes. La tutela de la moral pública justifica con validez la reglamentación razonable que, con base en los arts. 19 y 28, impone un dispositivo de calificación inmediata (y posterior) a la impresión del material, y obliga a su circulación bajo sobre cerrado cuando concurren las condiciones requeridas. Esta forma de exhibición limitada es tan moderada que, aparte de no tipificar censura preventiva, resulta difícil valorarla como inconstitucional. La vemos, nítidamente, como mecanismo protector de la moral pública, sin ribete alguno de severidad y, ni siquiera, con forma subrepticia de control previo a la publicación.

Parece, entonces, que en la decisión de alzada de la Justicia de Faltas se ha dado buena, respuesta a favor de este mínimo de tutela al pudor.

Germán J. Bidart Campos.

2ª INSTANCIA. Buenos Aires, diciembre 3 de 1986. La doctora Calvo Soler dijo:

La cuestión que aquí se debate es, en síntesis, si un derecho expresamente consagrado por la Constitución Nacional puede ser acotado en su ejercicio por las normas que lo reglamentan, o si por el contrario, los derechos expresamente consagrados por nuestra Carta Magna son absolutos e ilimitados.

Resulta obvio que cualquier reglamentación de alguna manera, limita o restringe el ejercicio de un derecho al someterlo al cumplimiento de formas y tiempos, y es la propia Ley Fundamental la que establece que los derechos se ejercen conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, por lo que es evidente que los derechos constitucionales no son limitados en su ejercicio, sino que pueden ser ejercidos y gozados dentro de ciertas pautas o límites establecidos en la reglamentación, que son la garantía de la necesaria armonía jurídica, donde el ejercicio de un derecho no vaya en detrimento del ejercicio de otro de igual o mayor jerarquía, armonía dentro de la cual puede desarrollarse normalmente el fin principal del Estado: el bien común. Lo que importa es que la reglamentación mantenga inalterable la vigencia del derecho en recuestión (art. 28, Constitución Nacional).

Para completar esta muy breve introducción al concreto análisis de la cuestión subexamen, resta recordar que los derechos que la Constitución Nacional consagra expresamente no son los únicos con jerarquía constitucional, ya que, conforme al art. 33 de la misma, hay otros derechos que si bien no están explicitados nominalmente, también son reconocidos con fuerza o carácter constitucional. Por ello es que me permito señalar que habitualmente nos referimos a derechos constitucionales en plural, pero hay un derecho que sin duda alguna es el primero por ser la condicio sine qua non para la existencia y consecuente ejercicio de los demas: el derecho a la vida, el derecho a ser y vivir como persona humana y consecuentemente el derecho irrestricto a la dignidad de la persona humana.

Expuesta ya en una muy breve síntesis mi opinión sobre la constitucionalidad de la reglamentación del ejercicio de los derechos y el presupuesto esencial de los mismos: la vida y la dignidad de la persona humana, paso al análisis de la cuestión objetiva o de hecho que origina estas actuaciones: ¿es razonable, es conforme al espíritu y principios constitucionales, lo preceptuado por la ordenanza 40.852? Preguntado de otra manera: ¿altera el derecho de libertad de imprenta, de expresar libremente las ideas por la prensa, lo dispuesto en la ordenanza 40.852?

No es función de los Tribunales de Justicia el análisis de cuestiones in abstracto, sino que su función es expresarse sobre situaciones concretas, que tampoco pueden analizarse en un marco jurídico ideal o abstracto, utópico, sino que deben analizarse y resolverse dentro del marco de una sociedad concreta y actual donde viven los hombres titulares de esos derechos. Es por ello que considero válidas algunas precisiones sobre la realidad política, social y cultural que vive hoy el país en general y la ciudad de Buenos Aires en particular.

Resulta público y notorio, pues basta para conocerlo el gozar del sentido de la vista y poder recorrer la ciudad que, y para no emplear el término pornografía, existe una proliferación de manifestaciones que atentan seriamente contra el pudor derecho esencial de la persona humana-, provocan una sobrecarga de estímulos eróticos y agresivos que resultan desproporcionados a la capacidad del psiquismo (sobre todo de los adolescentes) y ponen el cuerpo de la mujer elemento esencial de su persona y su femineidad- 21 nivel de “una cosa más” que está en el mercado.

Nuestro país está atravesando una etapa de transición histórica que lo afecta, más que nada, en su identidad cultural y social; resulta pues preciso situar la cuestión del pudor dentro de esa perspectiva histórica. La pérdida del pudor en materia sexual manifestada en una obsesiva fijación en lo genital y la virtual exaltación de la violencia, son elementos indubitadamente indicadores de una incompreensión de las implicancias profundamente humanas que tiene la sexualidad en cuanto comunión de personas o comunicación de personas y la esencial diferencia entre la violencia y la fuerza de carácter.

Habiendo leído con atención el documento de la Conferencia Episcopal Argentina titulado: “El pudor, defensa de la intimidad humana”, me permito transcribir uno de los párrafos del citado documento por considerarlo un ponderado y equilibrado análisis sobre el pudor y exento, el párrafo en cuestión, de connotaciones confesionales o dogmáticas. El apart. 7) dice: Siendo el pudor un sentimiento connatural a todo hombre, sus modos de expresión son, sin embargo,

hasta cierto punto variables, de acuerdo a las condiciones diversas en las que se materializa la convivencia humana, v. gr. culturas, sexo, edad, etc. No se debe confundir, sin embargo, la manera variable de significar el pudor, de acuerdo a los diversos códigos naturales, con el acostumbramiento al impudor, característico de nuestra sociedad contemporánea. En este caso se trata de superar el impulso pudoroso natural de todo hombre por considerarlo simple producto de una mentalidad deformada, obscurantista, y se sostiene que el pudor no es más que un prejuicio timorato del que hay que liberarse. Quienes profesan estas ideas no es raro que apelen a que ese sentimentalismo solo sería una cuestión de costumbres. Olvidan que la mera costumbre no es criterio de moralidad. Existen hábitos buenos y malos, virtudes y vicios que son tales por sí mismos. Por ejemplo, la drogadicción. ¿Podrá alguna vez la costumbre decir con derecho que la drogadicción es buena? La falacia de los argumentos que tal cosa pretenden no puede ni debe disimular la profunda inhumanidad y el desprecio social de quienes con esa aparente liberalidad solo procuran, las más de las veces, favorecer sus verdaderos intereses económicos o ideológicos”.

Hechas estas consideraciones generales sobre la continuada y permanente agresión a la dignidad de la persona procurando generalizar el impudor y, también señalamos, destruyendo el concepto de fuerza de carácter por medio de la exaltación de la violencia propagando una falsa sinonimia, vale, a mi criterio, entrar a simple título de ejemplo en la pormenorización de algunas situaciones que se presentan cotidianamente en las calles de nuestra ciudad y a las que procura ponerles remedio la norma impugnada. Una de las partes, en apoyo de la sentencia del a quo había de las (ella así las califica) “impertinencias” con que son agredidos los hogares a través de ciertas emisiones de la televisión. Me pregunto qué diferencia hay entre esa impertinente agresión televisada y la agresión que recibe el adulto, el niño y el adolescente cuando, por ejemplo, un padre o una madre se acercan a un “kiosco” de diarios y revistas a comprar una revista infantil o un “diario” y al recorrer los paneles donde se exhi-

ben las publicaciones periódicas buscando algo propio para un infante o un adolescente -que recorre la exposición con mirada preñada de interés- se encuentra con “tapas” realmente ofensivas a la dignidad de la mujer, y por ende a su propia madre, hermanas y abuelas: “tapas” que deshumanizan la sexualidad reduciéndola a una mera genitalidad; “tapas” que reducen el amor a una mera función genital; “tapas” que agravan profundamente a la mujer a través de una morbosa ridiculización de su cuerpo por medio de imágenes que no responden a la realidad y donde se reafirma la fealdad ridícula. Para no abundar en relatos de ejemplos que son por todos conocidos, pues lamentablemente han proliferado, no explicitaré otras situaciones no menos importantes como son la promoción de la violencia asimilándola a la “fuerza de carácter” como si no fuera en realidad que la característica típica de la conducta habitual de los realmente fuertes, es la paciencia, la misericordia y la tolerancia. Vale recordar aquí el dicho de que Dios nos guarde de la, ira de los mansos. Una cosa es querer librarse de tabúes y represiones, de malos entendidos y exageraciones y otra, muy distinta, degradar a la persona humana desde la sexualidad, dedicándose a la publicación de lo obsceno.

Nos encontramos pues ante una grave, permanente y continuada ofensa a la dignidad de la persona humana, fundamentalmente niños, adolescentes y mujeres.

Frente a ese ataque a la dignidad de la persona humana, además de toda la antigua legislación y jurisprudencia nacional, no podemos olvidar que el llamado “Pacto de San José de Costa Rica” (aprobado por Ley 23.054 [EDLA, 1984-22]) establece:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” (art. 59, apart. 19).

“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad” (el subrayado es mío) (art. 11, apart. 19).

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (art. 17, apart. 19).

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiera por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Frente a una situación de hecho como la descripta y en pro de la defensa de la dignidad e integridad de la persona humana en general, y de la mujer, los adolescentes y los niños en particular, el Estado (Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires en el caso de autos) dicta una norma reglamentaria que corresponde analizar su adecuación a nuestra normativa constitucional más allá de la muy loable intención que pueda haber tenido el legislador.

Se ataca la norma en cuestión invocando que nuestra Carta Magna garantiza y consagra el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa (art. 14, Constitución Nacional) y que los derechos reconocidos en la Constitución Nacional no podrán ser “alterados” por las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28, Constitución Nacional). También dispone nuestra Ley Fundamental que el Congreso Federal no dictará normas que restrinjan la libertad de imprenta (art. 32, Constitución Nacional).

Resulta claro pues de la simple lectura de las disposiciones constitucionales citadas, nuestro ordenamiento constitucional que Consagra y protege especial y expresamente la libertad de prensa en su acepción amplia.

Asimismo, la sana doctrina es pacífica al considerar a la libertad de prensa como un pilar fundamental para la vida y desarrollo de los estados republicanos y democráticos, pues asegura la real vigencia de los derechos políticos, la libertad de enseñar y aprender, la libertad de cultos y otros derechos que hacen a la posibilidad del desarrollo de un país en la unidad de objetivos y pluralidad de ideas y pensamientos. Esta muy breve síntesis, me permite opinar, expresa con claridad la enorme importancia de la concreta vigencia de la libertad de prensa.

Hechas estas consideraciones voy ya al análisis expreso del contenido de la norma impugnada.

La ordenanza 40.852 en el art. 29 dispone: “La calificación estará dirigida a la protección de los menores y los adultos que no presen su consentimiento, respecto de aquellos espectáculos, exhibiciones, publicaciones y expresiones gráficas en general, dirigidas al público o que se exhiban en lugares con acceso al mismo, que puedan representar un peligro de perturbación intelectual, afectiva o moral o que puedan considerarse ofensivos a la moral y buenas costumbres y al pudor”. Más adelante, en el art. 6, dispone: “...la publicación deberá circular en sobre cerrado, opaco...y posteriormente, en el art. 99 establece los plazos (muy breves, por cierto) en los que debe expedirse la administración.

Observo, en primer lugar, que el organismo municipal no tiene facultad alguna para opinar sobre las ideas (filosóficas, políticas, religiosas, etc.) que puedan contener las publicaciones, sino que, en el caso concreto que nos ocupa, limita la intervención estatal a las publicaciones y expresiones gráficas que puedan perturbar intelectual, afectiva o moralmente o que puedan ser ofensivas a la moral y buenas costumbres y al pudor. No hay pues ninguna facultad que permita limitar la defensa y difusión de ideas, filosofías o pensamientos que hagan al crecimiento del conocimiento o desarrollo intelectual y espiritual de la población. No puede pues el gobierno o el funcionario de turno afectar la difusión de ideas por no “adecuarse” a una concepción “oficial” sobre el o los temas desarrollados. La ordenanza 40.852 no autoriza a limitar o impedir la difusión de ideas o pensamientos porque no condigan con una determinada cosmovisión, o con una determinada filosofía, o con una determinada doctrina.

Prosiguiendo con el análisis de la norma: ¿Cuáles son las facultades de la Comisión Calificadora? No puede impedir la circulación y comercialización de la publicación; simplemente puede determinar una modalidad de exhibición: que, al exhibirse, al efectuarse la circulación y comercialización, sea en sobre cerrado y opaco. ¿Cuánto tiempo tiene para expedirse? Doce horas.

Si bien la inmediatez entre el hecho y la difusión de la noticia es un elemento esencial en la prensa de nuestros días, no puede decirse que la normativa municipal pueda afectar la necesaria inmediatez entre el hecho y la noticia pues, y hay que atenerse a lo reglado en el artículo 20 de la norma subexamen, la materia sujeta a análisis es si las exhibiciones y publicaciones afectan las buenas costumbres y el pudor.

Estas facultades y el accionar en consecuencia ¿pueden considerarse censura previa? No se faculta a nadie para que pueda constituirse en un taller gráfico y revisar las “pruebas” o analizar o investigar los cables o télex de las agencias o las creaciones intelectuales de los periodistas o pensadores y determinar qué se imprime y qué no se imprime. Nadie está facultado para determinar qué noticias se difunden y qué noticias se ocultan o silencian. Nadie puede determinar previamente qué material se imprime y cuál no. Es cierto que sería ilusorio el derecho si se permitiera la impresión, pero se negara su circulación, pero tampoco se impide la circulación; simplemente se establece un modo de exhibición en la circulación que, a mi juicio, “no altera” el derecho constitucional de publicar las ideas por la prensa sin censura previa, pues no hay censura.

Volviendo al tema, crucial para la prensa moderna, de la inmediatez entre el hecho y la noticia también sería ilusorio el derecho y, por encontrarnos frente a una forma solapada de censura si el modo establecido pudiera demorar de tal modo la circulación de la publicación que afectara al contenido por una posible o potencial pérdida de “interés” del eventual lector. La norma no apunta a “noticias” buenas que sí requieren o pueden requerir una tremenda rapidez en su difusión. Apunta como ya he dicho a exhibiciones o publicaciones que afectan las buenas costumbres y el pudor. El más que breve plazo establecido en la ordenanza (medio día) de ninguna manera puede afectar la difusión de ideas o pensamientos. Sería minimizar ridículamente el valor de una idea o un pensamiento el pretender que una demora de no más de doce horas en llegar al público a través de la prensa le quita valor o lo altera. Entiendo que la norma analizada no

establece censura y, por ende, su cumplimiento no implica censura previa.

En apoyo de la sentencia del a quo se cita al maestro Bielsa, quien nos enseña que el ejercicio de la policía de la moralidad nunca puede ser preventivo, No cabe duda alguna sobre el tema; otros tratadistas, nacionales y extranjeros, y la jurisprudencia del más alto tribunal del país, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así lo han manifestado y establecido reiteradamente. Lo que sucede en el caso de autos es que, precisamente, la actividad del órgano estatal no es preventiva. Ya señalé que la Comisión Calificadora no actúa previamente a la edición para determinar qué se edita y qué no se edita. La edición -publicación ya es un hecho, ya es acto, no es potencia, y entonces puede actuar el poder de policía de las costumbres.

Aclarado ya que no es una acción preventiva, voy al fundamento jurisprudencial de la posición sustentada precedentemente. Para no sobreabundar en citas jurisprudenciales me limito a comentar un reciente fallo de nuestro más alto Tribunal que recoge, sintetiza y actualiza la jurisprudencia nacional sobre el tema. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un muy reciente fallo en los autos: “Campillay, Julio C. c. La Razón y otros” (mayo 15 de 1986) hace un largo, pormenorizado y muy ponderado análisis sobre la libertad de expresión y su garantía constitucional. Dice el máximo tribunal: “...el ejercicio de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas...”; más adelante señala “...Si bien debe evitarse la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y de sus funciones esenciales, no puede considerarse tal la de que su ejercicio resulte compatible con el resguardo de la dignidad individual de los ciudadanos...” “... El derecho de prensa, reconocido como derecho de crónica en cuanto a la difusión de noticias que conciernen a la comunidad como cuerpo social y cultural, requiere para su ejercicio que las restricciones, sanciones o limitaciones deban imponerse conforme a razones definidas especialmente por la ley, aun cuando esta pudiera remitirse a pautas

culturales...” Resulta claro que el derecho a la libertad de expresión no es ilimitado, sino que debe ser conciliado, armonizado, con los demás derechos constitucionales entre los que se encuentran la integridad moral de las personas y la dignidad individual de cada una de ellas.

Ante la trascendente magnitud del bien tutelado por la norma la dignidad de la persona humana- los mínimos condicionamientos establecidos por la ordenanza municipal 40.852 no vulneran ni alteran derechos constitucionales, sino que, por el contrario, armonizan razonablemente ejercicio y evitan que en nombre de la libertad de prensa se impulse a una nueva forma de esclavitud al degradar la persona humana. Entiendo que el legislador ha plasmado acertadamente en la letra de la ley el justo equilibrio en la libertad y el supremo derecho de la dignidad del hombre.

Por ello, voto porque se declare la constitucionalidad del art. 99, inc. a) de la ordenanza 40.852.

El doctor Benegas, dijo:

La presente causa viene a conocimiento de esta Cámara a los efectos de la parte 2a del art. 26 de la ley 19.690, es decir, para determinar si debe o no mantenerse la declaración de inconstitucionalidad del art. 9o, inc. a) de la ordenanza 40.852 hecha por el a quo en la sentencia que corre de fs. 17 a 19 vta., apelada por la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires. A fs. 55/60 corre agregado el memorial fundando la validez constitucional de la norma objetada, en la que se dispone:

“... Artículo 9o, inciso a) La calificación de material impreso nacional o importado, deberá efectuarse antes de la circulación del mismo no autorizándose esta sin la calificación definitiva. A tal efecto, el editor responsable o el importador en su caso, deberá remitir obligatoriamente el ejemplar de la publicación a la sede de la comisión, veinticuatro horas antes del envío para su distribución, con la respectiva calificación preventiva. La Comisión resolverá de inmediato sobre la calificación definitiva, notificando en forma fehaciente

al responsable o importador dentro del término de doce horas de recibida la publicación”.

El sentenciante se pregunta si el requerimiento de calificación previa a la circulación importa “una forma de censura”. Contesta esta pregunta diciendo: “Creemos que un acto de tal naturaleza, obligatoriedad previa de calificación a su circulación y prohibición subyacente a ella, ante el no cumplimiento con aquella, conlleva una velada intención de establecer un régimen de censura” (los subrayados me pertenecen).

Continúa el sentenciante opinando sobre: poder de policía, moralidad pública, intenciones de las comisiones censoras, validez de los juicios de valor, etc., llegando a invocar el “principio de igualdad de todos los habitantes” y a “las normas de convivencia democráticas con las mayorías” (sic) que se verían lesionados por “el hecho de que solo se haga valer lo que piensan unos pocos, en detrimento de los que son más” (sic). Desde luego que poco tiene de jurídico este planteo; en pocas palabras, el a quo está sosteniendo que si se creara una comisión integrada por la mitad más uno de los habitantes, podrían prohibir lo que quisieran sin afectar el principio de igualdad (supongo que se referirá al que la reconoce ante la ley, pues no hay otro) ni a las “normas de convivencia democrática con las mayorías” (sea lo que sea que esto signifique). A contrario sensu, el doctor Camio considera que las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la Constitución pueden violarlas “los que son más”, si solo perjudican a “unos pocos”.

Error de concepto en cuanto al significado de democracia (que no interesa para resolver el presente caso, en el que ese tema no debió introducirse) y fundamentalmente de enfoque. No interesa aquí determinar si existen veladas intenciones subyacentes sino si las facultades que se otorgan a la Comisión Calificadora bastan para que pueda llevar a la práctica la “intención censora” que pueda tener.

Sostengo que no, lo más que puede la Comisión es obligar a exhibir las publicaciones que califique como de “exhibición limitada” en

sobre cerrado, opaco. Sin este requisito no podrán exponerse en vidrieras, ni en lugares exteriores o con acceso al público (art. 69, ordenanza 40.852).

El sentenciante reconoce a la Comuna facultad para calificar, pero objeta que la calificación sea previa a la circulación, pues constituiría una “prohibición subyacente”.

Para considerar contraria a la libertad de prensa una norma en virtud de la cual la publicación, circulación, exhibición y venta de una revista, en ningún caso puede prohibirse, sino solo condicionarse con ciertos requisitos de fácil y rápido cumplimiento, no basta presumir o imputar “intenciones” o “subyacencias”; sin ocuparse en modo ni grado alguno de la razonabilidad de tal restricción o condicionamiento.

La limitación de la exhibición de ciertas publicaciones procura razonablemente proteger a quienes transitan la vía pública contra ataques a la que Carrara denominaba “pudicia”, es decir, el sentimiento individual de pudor. Si es conveniente y conforme a la libertad individual tutelar la de exhibir, también lo es proteger la libertad o derecho individual de no ser sorprendido con la impudicia que se le exhibe en la vía pública sin que pueda evitarlo. Entiendo, por otra parte, que no es la libertad de prensa la que se restringe mediante la norma objetada, sino la de comercio, al condicionar la oferta de ciertas publicaciones. Pero también desde este punto de vista creo razonable la restricción, no solo por el bien jurídico que pretende tutelar, sino porque la potencial “clientela” de ese tipo de publicaciones, con seguridad, lejos de ser desalentada, se sentirá atraída por la exhibición en sobre opaco.

Tampoco es objetable que la restricción la imponga una comisión (unos pocos) que interpretan el sentido corriente de moralidad o pudor, pues no sería razonable realizar un plebiscito por cada publicación.

Concretamente y de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal, voto porque se declare la validez constitucional del art. 99, inc. a) de la ordenanza 40.852.

El doctor Huárriz dijo:

A fin de poder emitir opinión respecto de la constitucionalidad del art. 99, inc. a) de la ordenanza 40.852, considero imprescindible determinar si la calificación previa impuesta por dicha norma importa o no la censura previa que veda el art. 14 de la Constitución Nacional.

Así también lo ha entendido necesario el a quo, concluyendo inicialmente que la “calificación” no constituiría, en principio, un acto de censura, ateniéndose al significado que a aquella palabra acuerda el “Diccionario de la Lengua Española” en la acepción que reproduce.

Hasta aquí concuerdo con el doctor Camio; el mero acto de calificar no puede ser considerado un acto de censura. No coincide, en cambio, con el sentenciante cuando interpreta que la calificación como requisito previo y obligatorio a la circulación de una publicación “conlleva una velada intención de establecer un régimen de censura”.

Entiendo que lo que corresponde al juzgador es determinar si, en la práctica, el procedimiento creado por la norma configura o no un régimen de censura, más allá de la designación que se haya atribuido a tal procedimiento o de las intenciones que no puedan haber orientado su creación.

El mismo diccionario citado por el a quo define a la censura previa como el “examen y aprobación que anticipadamente hace la autoridad gubernativa de ciertos escritos antes de darse a la imprenta”.

Constituyendo una diferencia específica respecto de cualquier otra actividad creo que no puede omitirse como nota distintiva de la acción de censurar la aprobación o desaprobación resultante de la

misma y, especialmente, el efecto que la eventual desaprobación produce sobre esa libertad de expresar las ideas que nuestra Carta Magna ampara.

En efecto, la desaprobación del censor tiene como consecuencia que lisa y llanamente se impida la publicación o que se la cercene alterando arbitrariamente su contenido. Entonces puede decirse que la censura implica el aniquilamiento o una restricción equivalente a tal de la libertad de publicar las ideas por la prensa, de ahí que nuestra Constitución Nacional exima a quien desee expresarse de someterse a ella.

Es claro que el efecto a que me vengo refiriendo no puede llegar a darse cuando la actividad del órgano de aplicación solo es de “calificar” en el sentido que concuerdo con el a quo en dar a esta expresión.

Resta entonces contemplar la posibilidad de que entre los efectos que puede producir la calificación dispuesta por la ordenanza 40.852 exista alguno que implique el aniquilamiento o, una restricción equivalente a tal, de la libertad amparada por la Constitución Nacional.

Observo al respecto que según sea uno u otro el resultado de la calificación, el único efecto posible consiste en la imposición de una distinta modalidad de comercialización al material que se califique como de “exhibición limitada”, lo que ni siquiera puedo presuponer que cause gravamen a las empresas que fueron imputadas desde que no lo alegaron ni mucho menos intentaron probar en autos.

Por lo expuesto, y no surgiendo de las constancias de la causa ni del análisis de la norma que la calificación previa impuesta por el art. 99, inc. a) de la ordenanza 40.852 reúna los caracteres de la censura previa que veda la Constitución Nacional ni cercenamiento de ningún derecho que ella ampara, ni que su aplicación cause perjuicio concreto alguno a los alcanzados por ella, voto porque se declare la validez constitucional del art. 99, inc. a) de la ordenanza 40.852.

En mérito al acuerdo que antecede y de conformidad con lo dictaminado por el fiscal se resuelve declarar la validez constitucional del art. 99. inc. a) de la ordenanza 40 852. Ana M. Calvo Soler. - Fernando Benegas. Juan C. Huárriz (Prosec.: Dolores M. I. Trelles Domínguez de Fernández).



La extraterritorialidad de las normas de control de cambios ante la Corte Suprema

Juan Javier Negri¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL RECIENTE: a) “con- trato de cambio”. b) “Moneda involucrada”. III. EL CASO “CITIBANK N. A, c. NARBAITZ”: a) Los hechos. b) Nuestro comentario.

I- INTRODUCCIÓN

En un trabajo anterior², analizamos el contenido del Art. VIII, secc. 2 (b) del Convenio sobre Creación del Fondo Monetario Internacional. Este Convenio es ley de la Nación (decreto-ley 15.970 de agosto 31-1956). Según el Art. 10 de esa norma, específicamente, “las disposiciones del Art. VIII, secc. 2 (b)... tendrán fuerza de ley en todo el territorio de la Nación...”. Recientemente, la Corte Suprema debió dirimir un pleito en el que -a nuestro juicio por primera vez- se planteó la aplicabilidad del Art. VIII, secc. 2(b) en la Argentina³.

La decisión de la Corte ofrece interesante material para el análisis. Conviene puntualizar de antemano que, aunque el resultado final es justo, los argumentos utilizados (tanto por la parte demandada al esgrimir como defensa el Art. VIII, secc. 2 (b), cuanto por los jueces de cámara al aplicarlo y por la Corte Suprema al descartar su aplicación) fueron incorrectos.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 23-1988.

² *Extraterritorialidad de las normas de control de cambio*, (1985), RDCO, 18-513.

³ “Citibank N.A. c. Narbaitz Hnos. y Cía., S.A. s/ ejecución de sentencia extranjera”. Un breve comentario sobre el fallo ha publicado CLAUDIO ONETTO (*Foreign Currency Obligations*, “International Financial Law VI”, N° 12, p. 48).

II EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL RECIENTE

El Art. VIII, secc. 2 (b) del Convenio de Creación del Fondo Monetario Internacional ha dado lugar a varias interpretaciones dispares acerca de su verdadero alcance⁴.

Nuevos análisis recientes sobre el tema con cita de los últimos avances jurisprudenciales, han permitido esclarecer las cuestiones dudosas sobre las que ya hemos llamado la atención. Al haberse producido el primer pronunciamiento de la Corte Suprema sobre esas cuestiones, conviene repasarlas, para luego comparar los principios sustentados por nuestros tribunales con los de la jurisprudencia internacional. En el artículo citado, hicimos una reseña de los aspectos conflictivos que surgen de la redacción del Art. VIII, secc. 2(b)⁵. Destacamos entonces la existencia de criterios dispares acerca de, por ejemplo, el alcance amplio o restringido que debe dársele al concepto de “contrato de cambio” o qué debe entenderse por “moneda involucrada”.

a) “Contrato de cambio”.

Desde la aparición de nuestro artículo, algún nuevo fallo judicial en el extranjero parece reflejar una cierta tendencia a adoptar un criterio restrictivo con respecto a qué contratos están sujetos a lo estipulado por el Art. VIII, secc. 2(b). Esta tendencia, insinuada con “J. Zeevi + Sons vs. Grindlays Bank (Uganda) Ltd”⁶, se ve confirmada por “Libra Bank vs. Banco Nacional de Costa Rica”⁷, ambos

⁴ *Extraterritorialidad...* p. 519 y sigtes., GOLD, *The Fund Agreement in the Courts, Washington, 1962-1986*, vols. I al III; Nurick, L., *The IMF Articles of Agreement en “Judicial Enforcement of International Law Institute, 1987.*

⁵ *Extraterritorialidad...* p. 524.

⁶ *Extraterritorialidad...* nota 44; GOLD, Op. cit., t. III, esp. p. 415; Nurick, Op. cit., p. 111.

⁷ “Libra Bank Limited, Libra International Bank, S.A., Banco de la Provincia de Buenos Aires, Banco Espíritu Santo e Comercial de Lisboa, Banco de Vizcaya S.A., Banque Internationale a Luxembourg S.A., Banque Rethschild y National Bank of Washington c. Banco Nacional de Costa Rica, S.A.” 570 F. Supp. 870, 896; GOLD, Op. cit., t. III, p. 67 y sigtes; Nurick, Op. cit., p. 111.

dictados por los tribunales neoyorquinos. En “Zeevi”, como ya se reseñara, la sentencia decidió que una carta de crédito no era un “contrato de cambio”. Los hechos del caso permitían, sin embargo, albergar dudas al respecto; no obstante, el tribunal prefirió, como queda dicho, una interpretación restrictiva. Se trata a de una carta de crédito pagadera en dólares en Nueva York, a favor de un beneficiario que era quien, además, había solicitado su apertura ante el banco emisor en Uganda, y depositado con el emisor una considerable cantidad de dinero ugandés. El Banco Central de Uganda consideró que, a través de la mecánica de la carta de crédito, el beneficiario no hacía otra cosa más que transferir fondos de Uganda a los Estados Unidos, lo que estaba prohibido bajo las normas cambiarias de aquel país. Si bien pudo haberse interpretado que a través de la carta de crédito se cambiaban chelines ugandeses por dólares estadounidenses, el tribunal sostuvo que la carta de crédito no constituía un contrato de cambio. Como fundamento de su decisión el tribunal neoyorquino citó como precedente “Banco do Brasil, S. A. vs. Israel Commodity Co.”, ya mencionado por nosotros. Por su parte, el caso “Libra” establece una regla clara aplicable a situaciones como la planteada ante nuestra Corte Suprema recientemente (y que analizaremos más adelante). Tal regla es que “un contrato por el que se toman dólares en préstamo, que exige que se devuelvan dólares, y que establece Nueva York como lugar de cumplimiento de la obligación del deudor, no es un contrato de cambio bajo el Art. VIII, secc. 2(b)”. El principio es también sustentado por los tribunales ingleses en “American Express Int’l Banking Corp. vs. Irvani”⁹ sobre el que volveremos luego.

Otra decisión reciente que ilustra acerca de qué debe entenderse por “contrato de cambio” y que considera el tratamiento que debe darse a la sobrefacturación de importaciones frente al Art. VIII, secc. 2(b) de la Carta del Fondo ha sido comentada por GOLD en 1996. Se trata del caso “United City Merchants (Investments)

⁸ *Extraterritorialidad...* p. 522 y nota 42; GOLD, Op. cit., t. III, p. 65.

⁹ Sentencia del 23 de julio de 1980; GOLD, Op. cit., t. III, p. 64 y sigtes.;

Ltd y Glass Fibres and Equipment Ltd. vs. Royal Bank of Canada y otros¹⁰, decidido en el Reino Unido, en el que el comprador peruano de una planta llave en mano pidió que el fabricante inglés sobrefacturara el precio de venta (para depositar luego el exceso en una cuenta a nombre del comprador).

El comprador lograba así hacerse de una buena suma de moneda extranjera... en el extranjero y al tipo de cambio oficial en violación a las normas peruanas sobre control de cambios. El banco confirmante (inglés) rehusó hacer pagos bajo la carta de crédito alegando que la sobrefacturación violaba el derecho del Perú. Sin entrar a analizar la validez de las múltiples relaciones contractuales que existen en el caso, cabe destacar que la Cámara de los Lores consideró que la expresión “contrato de cambio” debía interpretarse restrictivamente. Sin embargo, en el caso, se sostuvo que, a pesar de esa interpretación restrictiva, existía un “contrato de cambio”, puesto que la transacción, a pesar de su apariencia comercial, era un “negocio monetario disfrazado”. El concepto de “negocio monetario disfrazado” permitió así penetrar en la estructura de una operación comercial e incluir dentro de la categoría de “contratos de cambio” aquella porción de la carta de crédito que excedía el verdadero valor de la mercadería. Merece tenerse en cuenta el énfasis puesto por la Cámara de los Lores al sostener el principio general según el cual “si durante el desarrollo del pleito el tribunal descubriera que el contrato bajo el cual una parte demandó a la otra es del tipo que nuestro país ha aceptado considerar como inejecutable (...) el tribunal debe tratar la cuestión de oficio, aun cuando el demandado no la hubiera alegado, y rehusar su asistencia para ejecutar ese contrato. Esto no significa que (ese contrato) se convierta en ilegal bajo el derecho inglés o que los actos ejecutados en el país en cumplimiento de ese contrato sean ilegales”¹¹.

¹⁰ Lloyd’s Reporter 498 (1979) (primera instancia); Q. B. 208 (1982), (Tribunal de Apelación); 2 All E.R. 720 (1982), (Cámara de los Lores); GOLD, Op. cit., t. III, p. 57 y sigtes.

¹¹ All E.R. 729, GOLD, Op. cit., t. III, p. 60.

Al analizar este caso, GOLD critica una vez más como ya lo ha hecho otras veces en el pasado la interpretación restrictiva del término “contrato de cambio”. Aunque aprueba el resultado del fallo, expresa cierta preocupación por el proceso intelectual que llevó a los jueces ingleses, partiendo de esa interpretación restrictiva antes mencionada, a elaborar la regla del “negocio monetario disfrazado”: si cada contrato, tratado separadamente, no era un “contrato de cambio”, ¿por qué lo es la suma de contratos existentes en el caso? Por otra parte, si las normas peruanas sobre control de cambios anularan todo el contrato como consecuencia de la sobrefacturación, los tribunales ingleses, al considerar válida la operación por la porción correspondiente al verdadero valor de la mercadería, ¿no estarían, acaso, modificando el alcance de la norma peruana? En nuestra opinión, los jueces ingleses debieron haber investigado el derecho peruano aplicable al caso para evitar que, eventualmente, su decisión, que se funda en la aplicación extraterritorial de las normas cambiarias peruanas, no fuera contradictoria con esas mismas normas¹².

b) “Moneda involucrada”

Otro punto sobre el que ciertas decisiones recientes han echado alguna luz es el referido a la “moneda involucrada” en la transacción. El Art. VIII, secc. 2(b) se refiere a “contratos de cambio que involucran la moneda de un país miembro del Fondo”, o según la versión adoptada por nuestro decreto-ley 15.970/56. “celebrados en la moneda de cualquier miembro”¹³. ¿Cuál es la moneda involucrada en un mutuo denominado en dólares? ¿Solo dólares? ¿O está también involucrada la moneda que el deudor utilizará para adquirir esos dólares? Un análisis literal del texto completo del Art. VII, secc. 2 (b) permite una solución no necesariamente correcta: la norma alcanza a los contratos de cambio que involucran la moneda

¹² Como lo permite en la Argentina el precedente “Deutsches Reisebüro c. Speter”, CNCom., Sala E., (1984), ED., 108-232.

¹³ *Extraterritorialidad...* p. 524.

de un país miembro y que sean contrarios a las regulaciones de control de cambios de ese país miembro. Por lo tanto, el contrato inenajetable será aquél denominado en la moneda del país que impuso el control de cambios. Esta es la solución alcanzada en “Weston Banking Corp. vs. Turkiye Garanti Bankesi”¹⁴, también resuelto en Nueva York. El deudor, un banco turco, adeudaba francos suizos bajo un pagaré pagadero en Nueva York. Su falta de pago la fundamentó en las restricciones turcas, que prohibían el pago en moneda extranjera. Pero el tribunal sostuvo que el Art. VIII, secc. 2(b) convertía en inenajetables los contratos que involucraban la moneda de un país cuando eran contrarios a las normas cambiarias de ese mismo país. Al no estar la moneda turca involucrada, entonces la norma era aplicable. De esta manera, el tribunal rechazó la defensa del deudor, fundado en una posición restrictiva del concepto de qué es “moneda involucrada”. Nótese, sin embargo, que lo hace indirectamente: al considerar que el contrato involucra solo francos suizos, excluye la posibilidad de sostener que la moneda necesaria para adquirir esos francos esté también involucrada. GOLD, al analizar algunos precedentes jurisprudenciales austríacos, critica esta posición¹⁵.

La jurisprudencia alemana, por el contrario, ha sostenido que se halla “involucrada” la moneda de un país miembro cuando el cumplimiento del contrato afectaría el balance de pagos o los recursos en divisas de un país miembro del Fondo¹⁶. Hasta podría darse el caso de que la moneda de un país miembro esté “involucrada” aun si el contrato en cuestión no prevé pagos en esa moneda. A este resultado se llegó en un caso, resuelto por la Corte de Apelaciones de Düsseldorf (Oberlandes- gericht Disseldorf)¹⁷ en 1983: el acreedor además efectuó un préstamo al deudor austríaco en violación a las

¹⁴ 456 New York Sup 2nd., 684 (1982); Nurick, Op. cit. p. 113.

¹⁵ GOLD, Op. cit., t. III, p. 208.

¹⁶ GOLD, Op. cit., t. III, p. 260 y sigtes., (fallo del Tribunal de Apelaciones de Hamburgo, julio 7-1967).

¹⁷ GOLD, Op. cit., t. III, p. 276.

normas cambiarias austriacas. Ante la falta de pago el acreedor reclamó al garante, residente en Alemania. El tribunal consideró que, a pesar de que el garante podía desobligarse pagando en moneda alemana, ello le crearía un crédito contra el deudor, que este debería satisfacer en moneda austríaca, poniendo otra vez, en riesgo de ser violadas, a las normas cambiarias de Austria. (Nótese que, como el contrato entre el acreedor y el deudor era inejecutable por violar las normas austríacas, la garantía también era *inejecutable*, pero no nula).

Hemos planteado ya ciertas reservas frente al texto del Art. VIII, secc. 2 (b) tal como lo adopta nuestro decreto-ley 15.270/ 56, por cuanto nos ha parecido que “contratos celebrados en una moneda” no equivale exactamente a “contratos que involucran una moneda determinada”. Por eso, a nuestro criterio, llegar a la solución dada por el Tribunal neoyorquino en el caso “Weston” es más sencillo para un tribunal argentino que para un tribunal neoyorquino, dado el matiz diferente del Art. VIII secc. 2 (b), tal como está incorporado a nuestra legislación positiva. Volveremos sobre el punto al analizar el reciente fallo de nuestra Corte Suprema.

III EL CASO “CITIBANK N. A. c. NARBAITZ”

a) Los hechos

Aunque ni los fallos de la Cámara Federal de Bahía Blanca ni de la Suprema Corte reproducen los hechos, se los puede establecer a través del dictamen del procurador general. Aparentemente, el banco acreedor celebró con el deudor un contrato de mutuo, sometido al derecho neoyorquino, que estipulaba pagos en dólares en el domicilio del acreedor en Nueva York. Ante la falta de pago por el deudor, el acreedor lo demandó ante los tribunales neoyorquinos cuya jurisdicción se había pactado. Obtenida una sentencia favorable, el actor intentó ejecutar la sentencia extranjera en el país, donde el demandado posee bienes. El juez argentino, en primera instancia, hizo lugar al *exequatur*. Apeló la demandada, y la Cámara Federal de Bahía Blanca (en un fallo brevísimo) sostuvo, como

único fundamento, “que habiendo el gobierno argentino establecido el control de cambios ante la escasez de divisas -como la del dólar norteamericano, y encontrándose esta divisa involucrada como moneda de pago en el contrato de préstamo (...) la sentencia deviene inejecutable en esa moneda de condena (Art. VII, secc. 2 (b) del convenio de Creación del Fondo Monetario Internacional y decreto-ley 15.970/56)”.

La Suprema Corte, por sentencia del 17 de setiembre de 1987, hizo suyos, sin más, los fundamentos del procurador. Este había sostenido, en su dictamen del 2 de julio de 1987, que “el contrato de mutuo en cuestión fue celebrado en dólares estadounidenses (por lo que) debe interpretarse que las regulaciones de control de cambios que, en caso de existir, hubieran tenido aptitud para obstar a la ejecución, obviamente serían las establecidas por los Estados Unidos y no las impuestas por la Argentina que tuvo en cuenta el juzgador”. Agregó que, en virtud de los Arts., 511 y 518 del Código Procesal, al poder exigirse al vencido la entrega de moneda local por un valor equivalente al reclamado, la resolución de primera instancia es arbitraria.

Fundada en el dictamen transcripto, la Corte revocó la sentencia de primera instancia y devolvió los autos al tribunal de origen para que este dicte una nueva sentencia.

b) Nuestro comentario

Ante todo, debemos dejar en claro que el resultado final es justo, aunque se llega a él por razonamientos equivocados y argumentos erróneos. Del análisis detallado de ambos pronunciamientos (de la Cámara y de la Corte) se desprenden las siguientes conclusiones:

1) Tanto la Cámara como la Corte sostienen tácitamente que el contrato de mutuo es un “contrato de cambio” en los términos del Art. VIII, secc. 2 (b) de la Carta de Fondo. En este sentido, ambas sentencias siguen un criterio amplio acerca de qué debe entenderse

LA EXTRATERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS DE
CONTROL DE CAMBIOS ANTE LA CORTE SUPREMA

por “contrato de cambio”, en contra de muchos precedentes jurisprudenciales ingleses y estadounidenses, pero a favor de la interpretación amplia sostenida por el Fondo Monetario mismo, a través de sus dictámenes, y, entre otras, por la jurisprudencia alemana más reciente¹⁸.

2) A pesar de que el contrato que dio origen a la sentencia cuya ejecución se pretendía estaba sujeto al derecho neoyorquino, ni la Cámara ni la Corte entraron a considerar si el contrato de mutuo calificaba o no como “contrato de cambio” bajo ese derecho extranjero, cuya aplicación al contrato era legítima, fundada en el Art. 1205 y sigtes. del Código Civil. Nuestros tribunales difieren así del criterio sustentado por el juez inglés en el caso “*American Express International Banking Corp. vs. Irvani*”, que ya mencionáramos¹⁹. Allí, se sostuvo que el carácter de “contrato de cambio” debía surgir de lo que estableciera al respecto la ley que regía el contrato. Nuestra Corte, quizás “hablando prosa sin saberlo”, estuvo una vez más de acuerdo con la posición oficial del Fondo, que sostiene que los contratos de cambio serán inejecutables a pesar de que bajo la *lex fori*, el derecho bajo el cual se establecieron las normas de control de cambios no sea el derecho que rija el contrato o su cumplimiento²⁰. Los tribunales alemanes y franceses también se han expedido en el mismo sentido: el Art. VIII, secc. 2 (b) se aplica a un contrato cualesquiera sea el derecho aplicable a ese contrato según la *lex fori*²¹.

3) La Cámara de Apelaciones consideró que el dólar “estaba involucrado como moneda de pago en el contrato de préstamo”. Es

¹⁸ Kammergericht Berlín, 8 de julio de 1974; GOLD, Op. cit., t. III, p. 263 y sigtes; esp. p. 266.

¹⁹ Ver nota 8.

²⁰ Interpretación del 10 de junio de 1949, *Selected Decisions*, 11ª ed., p. 251.

²¹ Bamberg, 3 V 109/177 (julio 5-1978); GOLD, Op. cit., t. III, p. 275; Van Hager, *Collecting Receivables in France*, “International France Law Review IV”, N° 4, p. 21; “Banque Nationale de Paris Intercontinentale vs. Elkain Enterprises”, Cour de Cassation, 7 de marzo de 1974.

curioso que la Cámara haya utilizado una expresión (“estar involucrado”) que la ley no usa, y que creemos haber empleado por primera vez en la doctrina argentina al estudiar este tema²². Resulta desconcertante que la Cámara se haya apartado del texto legal en este aspecto dada la distancia conceptual entre “involucrar” y “celebrar”, que es el término que utiliza el decreto-ley 15.970, y que ese tribunal debió aplicar.

4) La Corte sostuvo que el contrato de préstamo “estaba celebrado en dólares”. Eso es correcto²³, pero el “estar celebrado” en dólares no tiene el mismo valor como antecedente conceptual que “involucrar dólares”, como lo requiere el texto original en inglés de la norma que el fallo de la Corte intenta aplicar. La sentencia de nuestro más Alto Tribunal tiene su lógica interna, pero el uso que hace de un tratado internacional mal traducido podría haber acarreado consecuencias absurdas, y hasta peligrosas.

Ese peligro radica en que, tal como fue ratificado por nuestro país, el Art. VIII, secc. 2 (b) tiene un alcance infinitamente más reducido que en su versión en otros idiomas. Con una redacción como la nuestra ¿cómo habrían podido fundar los tribunales alemanes su teoría de que se puede “involucrar” a una moneda en cierto contrato, a pesar que no haya pagos en esa moneda²⁴? ¿y los tribunales del Japón, que sostienen que el pago de moneda japonesa a un no residente “involucra” no solo a aquella moneda, sino también a la del país del no residente, desde que incrementa la tenencia de divisas del país del no residente²⁵?

5) Ahora bien, si la Cámara utilizó el texto correcto del Art. VIII, ¿cómo pudo llegar a la conclusión a la que llegó? En efecto,

²² *Extraterritorialidad...* p. 524.

²³ En rigor, es más correcto decir que un contrato está “denominado” en dólares antes que “celebrado en dólares”.

²⁴ Ver nota 15.

²⁵ “Shiro Trading Corp. vs. KK Greenhill Kato Shokai”, Superior Tribunal de Tokyo, 29 de octubre de 1960; GOLD, Op. cit., t. III, p. 756.

suponiendo que el contrato cuya ejecución se le solicitaba en la sentencia extranjera presentada por el actor hubiera violado el control de cambio de la Argentina, el contrato habría sido de objeto ilícito. La vía para negar la ejecución de la sentencia extranjera no era el Art. VII, secc. 2 (b), sino el orden público, argentino, por vía de la aplicación del Art. 517, inc. 4º del Código Procesal. (En ese sentido se expidió la Corte Suprema di Cassazione italiana, en el caso “*Terruzzi*”²⁶, al sostener que las normas de control de cambios italianas formaban parte integral del orden público italiano. La doctrina de “*Terruzzi*” se reitera en “*Malanca Motori SpA vs. Société des Etablissements B. Savoye S. A.*”, resuelto por la Cámara de Apelaciones de Bolonia en 1983)²⁷. Por otra parte, es de presumirse que la alegación acerca de la aplicabilidad del Art. VIII, secc. 2 (b) fue efectuada por la demandada. En ese caso, habría resultado interesante establecer si la misma demandada soportó la carga de la prueba de demostrar que, como lo dice el Art. VIII, secc. 2 (b), las normas sobre control de cambios que la demandada sostenía eran violadas por el contrato eran “mantenidas o impuestas de conformidad con el convenio (de creación del Fondo Monetario)”. En el caso “*Libra Bank Ltd. y otro c. Banco Nacional de Costa Rica, S. A.*”²⁸, el tribunal neoyorquino hizo soportar a la demandada la carga de la prueba en ese sentido.

6) El caso resuelto por la Corte guarda similitud con el caso de una ejecución de sentencia australiana ante los tribunales del estado de Massachusetts.: “*John Sanderson Co. (Wool) Proprietary Ltd. vs. Ludloy Jute Co. Ltd.*”²⁹. Allí se sostuvo que el Art. VIII, secc. 2 (b) debió ser alegado por la demandada ante los tribunales donde se originó la sentencia, y no durante el proceso de ejecución. El tribunal de Massachusetts consideró que la defensa basada en la

²⁶ *Extraterritorialidad...* p. 40.

²⁷ *Giurisprudenza Commerciale* II: 76 (1984).

²⁸ Ver nota 6.

²⁹ 569 F. 2d. 696 (1978).

Carta Constitutiva del Fondo era, a esa altura del proceso, improcedente. Creemos que, si las circunstancias del caso hubieran determinado la aplicabilidad de la Carta de Fondo cosa que no ocurrió - esa debió haber sido la solución correcta del caso que nos ocupa³⁰.

7) Este es, por supuesto, el nudo de la cuestión ¿era aplicable el Art. VIII, secc. 2 (b) al caso?

Entendemos que no. En primer lugar, *las normas argentinas de control de cambios jamás impidieron el cumplimiento de una obligación en moneda extranjera en el domicilio de pago situado en el exterior*. Siempre tuvo el deudor libre acceso a medios alternativos para satisfacer su obligación, como, por ejemplo, los Bonos Externos. En segundo lugar, las leyes argentinas prevén la posible ejecución en moneda local al tipo de cambio establecido por las partes, o en su defecto, al fijado por los bancos oficiales. La ejecución del contrato por el acreedor nunca hubiera violado normas cambiarias argentinas, por lo que la Cámara no debió haber hecho suyo (ni aplicado de oficio) el Art. VIII, secc. 2 (b).

Por otra parte, la Cámara parece haber detenido su análisis en la primera frase del artículo en cuestión. ¿Se determinó que el contrato fuera contrario a las regulaciones de control de cambios? ¿Eran esas regulaciones consistentes con la Carta del Fondo? ¿Determinó la Cámara si el contrato de mutuo era un contrato de cambio, o lo dio por sentado? ¿Y todas estas determinaciones, como se dijo antes no deberían haberse efectuado en el juicio seguido por el actor en los Estados Unidos? La sentencia de la Cámara nada dice acerca de que

³⁰ A esta solución llegamos en virtud del uso de los términos “contratos celebrados en una cierta moneda” que hace nuestra ley. En efecto, según la interpretación de la Corte, los tribunales estadounidenses son los que deberían haber negado la ejecución al acreedor, toda vez que este, supuestamente, intentaba violar las normas cambiarias de los Estados Unidos. Pero no hubiera sido necesario esgrimir el argumento de la Carta del Fondo para lograr ese efecto: el tribunal americano no habría hecho más que aplicar su propia legislación para impedirle al actor obtener una sentencia favorable.

el demandado alegara habersele impedido o retaceado su derecho al debido proceso.

La Corte pone las cosas en su lugar, pero al fundarse en un texto equivoco (si no erróneo) su decisión puede producir efectos peligrosos. En primer lugar, al restringir la aplicación extraterritorial de las normas de control de cambios solo a las de aquel país en cuya moneda esta denominado el contrato, se afecta toda la economía y el espíritu de la Carta del Fondo Monetario. ¿Qué hubiera pasado si el contrato de mutuo, denominado en dólares, hubiera sido pagadero en Chile, en violación de las normas chilenas? La Corte -atada al equívoco texto sancionado por el decreto-ley 15.970/56- habría vuelto a sostener que, como el contrato está celebrado en dólares, solo las normas estadounidenses de control de cambios tendrían derecho a ser aplicadas y permitiría la ejecución del contrato. Tal resultado estaría en directa oposición a muchos casos de los mencionados en este trabajo. En segundo lugar, y retomando el concepto ya anticipado en la nota 29, ¿no es tautológico que, en el fondo, la demandada sostuviera que la sentencia neoyorquina violaba el derecho de Nueva York? Por otra parte, un contrato de mutuo celebrado en dólares estadounidenses, pagadero en los Estados Unidos, ¿hasta qué punto puede considerarse que es un verdadero contrato de cambio? Allí parece no haber ninguna otra moneda involucrada. (Así lo sostuvo también la jurisprudencia americana en el caso “Libra”)³¹.

Para terminar, creemos útil transcribir un concepto de GOLD acerca de este punto: “... el conceto de moneda involucrada... es una alambrada verbal con la que muchos jueces y autores han tropezado. Han interpretado el concepto como «moneda de pago». Una consecuencia de esta interpretación es que los contratos que prevén pagos en dólares (la principal moneda de reserva y el principal medio internacional de pago) serán ejecutables por difícil que sea el balance de pagos del país donde reside el deudor. Si un país miembro (del Fondo) restringe los pagos para conservar divisas extranjeras a raíz

³¹ Ver nota 6.

de una difícil situación de su balanza de pagos, la moneda que seguramente más deseará conservar será el dólar. El balance de pagos de ese miembro no estará protegido por el Art. VIII, secc. 2 (b), porque los Estados Unidos no mantienen ni imponen controles de cambio”³².



³² Nuestra traducción de GOLD, Op. cit., t. III, p. 209.

Derecho a vivir

Alberto Jorge Gowland¹

SUMARIO: I. EL CASO. II. DERECHO A LA VIDA. III. ENCUADRE LEGAL.

I

EL CASO

Nos ocupa hoy el comentario de un asunto judicial con final feliz, ya que permitió salvar una vida, a la vez que demostrar que en muchas personas, está aún bastante claro el sentido del bien y del mal, la lucha por lo que es justo.

Un día viernes, ya fuera del horario judicial, se produce un llamado telefónico al domicilio particular del asesor de menores de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, doctor Alejandro Molina, informándole que en el Hospital de Clínicas se estaba por llevar a cabo un aborto, ordenado por un juez de instrucción, sobre una menor de edad que era además una incapaz de hecho. La intervención contaba con la conformidad de la madre de la menor, y esta había sido objeto de relaciones sexuales con un empleado del Instituto Frenopático donde se encontraba, el cual le “tocaba”, dando a entender una suerte de turno rotativo. Ante la comisión del delito de violación toma participación el juez de instrucción, quien dispone la intervención quirúrgica.

El representante promiscuo de los menores en la jurisdicción de la Capital Federal, se constituye en el Hospital de Clínicas, examina a la menor, habla con los médicos, y constata que esta padece

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 26/27-1989.

efectivamente de una seria incapacidad, pero distingue entre el “bicho” que le habían dicho que tenía en las entrañas, con el “bebé” que le gustaría llevar. La menor estaba en su cuarto mes de embarazo, y el aborto podría traer aparejados riesgos para su salud, la continuidad del embarazo no significaba riesgo alguno para la salud de la madre ni titucionalidad de toda norma penal que para el menor por nacer. Planteó la inconstitucionalidad de toda norma que contradijera su pedido, en cuanto significara poner en peligro el “derecho a la vida” de la persona por nacer, en cuyo nombre y representación el asesor actuaba.

Ante los hechos expuestos, el asesor de menores de Cámara se presenta el día sábado al domicilio de un juez de Primera Instancia en lo Civil, y le solicita decrete una medida de no innovar sobre la base de la necesidad de proteger la persona del nasciturus o persona por nacer, y la salud de la madre, menor e incapaz no declarada, que también era su representada.

Prevía vista al asesor de menores de Primera Instancia, quien objeta formalmente la intervención directa del asesor de menores de Cámara en su carácter de tal, sosteniendo: que en Primera Instancia este solo puede ser denunciante; analiza el asunto y presta su conformidad, a la vez que informa que promoverá juicio de insania (Art. 141, Código Civil) en protección de la menor presuntamente insana.

Con los antecedentes que someramente se han reseñado y con la urgencia del caso, el juez en lo Civil interviniente decreta la medida solicitada y hace saber al director del Hospital de Clínicas, que deberá abstenerse de realizar cualquier tipo de maniobra abortiva sobre el cuerpo de la menor presuntamente insana que pudiera poner en peligro la vida de la persona por nacer. Asimismo, le comunica que cualquier intervención médica deberá ser autorizada por el mismo.

Se hizo saber lo resuelto al Juzgado de Instrucción, el cual se excusó de continuar interviniendo en el caso, atento a que la actuación del juez en lo Civil significaba suficiente garantía para la menor.

La decisión y celeridad de los funcionarios judiciales intervinientes y el recto corazón del anónimo denunciante permitieron salvar una vida.

II

DERECHO A LA VIDA

“El «don de la vida» que Dios Creador y Padre ha confiado al hombre, exige que este tome conciencia de su inestimable valor y lo acoja responsablemente”, así comienza la Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, publicada por Ediciones Paulinas, 1987, p. 5. Sobre la condena al aborto son innumerables los documentos eclesiales que se expiden coincidentemente. Su Santidad JUAN PABLO II, dirigiéndose a los médicos² dijo: que el derecho a la vida era un “derecho primario y fundamental”.

Asombrados asistimos a la develación de los misterios de la genética, que a medida que se desarrollan demuestran cada vez que el hombre es *corpore et anima unus*³, desde la primera fusión del espermatozoide con el óvulo; como expresa la citada Instrucción...⁴: Los términos “cigoto”, “preembrión” y “feto” en el vocabulario biológico puede indicar estadios sucesivos en el desarrollo del ser humano. Todo ellos tienen idéntico significado ético. Con ellos se designa el fruto, visible o no, de la generación humana, desde el primer momento de su existencia hasta el nacimiento.

Recientemente leía en una nota de RODOLFO C. BARRA⁵, quien glosaba un artículo de TOMÁS LEWIN publicado en el “New York Times” del 9 de enero de 1989, comentando el caso de “Brenda

² JUAN PABLO II, “Discurso a los participantes en la 35 Asamblea General de la Asociación Médica Mundial”, 29 de enero de 1983.

³ Cont. Gaudium et spes. 14.1. Ediciones Paulinas, p. 20.

⁴ Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente (nota en p. 4).

⁵ BARRA, RODOLFO C., Cuando la Corte se hace cargo de los por nacer, La Ley Actualidad del 2 de marzo de 1989, p. 3.

Vaughan”, adicta a la cocaína, embarazada, condenada por un delito menor, a quien el juez impuso pena de prisión hasta la inminencia del alumbramiento “para proteger al feto de los efectos nocivos de la droga”.

Relata BARRA, que el fallo fue criticado por los abogados de la madre y las instituciones defensoras de los derechos humanos, fundándose en que se vulneraba el derecho a la privacidad de la madre. ¿Qué ocurre con los derechos del feto? ¿Qué contestaría si se le preguntara si quiere vivir? Cuenta el articulista estadounidense glosado por BARRA, que los críticos del fallo decían que de llevarse esta teoría a sus extremos se caería en el absurdo de que “para realizar un aborto habría que antes, celebrar una audiencia designando a un representante del feto”, situación absurda según el crítico. BARRA se pregunta: “¿Qué diría este representante (seguramente el defensor de menores) del feto?”: “¡Quiero vivir! ¡Quiero ser sano!”.

Es ello lo que cualquiera que sepa leer rectamente los dictados de la naturaleza diría. Felizmente para el nasciturus de nuestro caso, así lo interpretaron el asesor de menores de Cámara, el de Primera Instancia y el juez en lo Civil. Por eso vive.

No parece superfluo citar una vez más la mencionada Instrucción sobre el respeto de la vida humana...”⁶, cuando refiriéndose a la legislación civil expresa: “Se muestra incapaz de garantizar la moralidad congruente con las exigencias naturales de la persona humana y con las leyes no escritas» grabadas por el Creador en el corazón humano. Todos los hombres de buena voluntad deben esforzarse, particularmente a través de su actividad profesional y del ejercicio de sus derechos civiles, para reformar las leyes positivas moralmente inaceptables y corregir las prácticas ilícitas”.

⁶ Instrucción..., cit. en nota 3, cap. III, “Moral y Ley Civil”, Ediciones Paulinas, 1987, p.55.

III

ENCUADRE LEGAL

a) La persona por nacer. Es sabido que conforme al Art. 70 del Código Civil la existencia de las personas para nuestro derecho, comienza desde la concepción en el seno materno y desde ese momento, son sujetos de derecho. La solución de VÉLEZ SARSFIELD no es universalmente aceptada, así en diversos países las personas naturales comienzan su existencia desde el nacimiento, tal el caso de los códigos civiles: alemán, español, italiano, chileno, brasileño⁷.

Así pues estos incapaces de hecho que son los “por nacer” tienen cierta capacidad de derecho, el Art. 64 del Código Civil les permite adquirir bienes por donación, herencia o legado; pueden ser reconocidos como hijos (Art. 322, Código Civil); tienen derecho a reclamar alimentos, indemnizaciones de daños, ser beneficiarios de seguros, actores en juicio de reconocimiento de filiación post mortem de su padre o madre; se reprime penalmente el aborto provocado (Art. 85 y sgtes., Código Penal), y en las legislaciones donde existe pena de muerte se suspende la ejecución de las mujeres embarazadas.

En definitiva, nuestra legislación se inscribe en el concepto ius-naturalista que reconoce en ese ser vivo, una persona humana sujeto de derecho como tal.

b) Los representantes del “nasciturus” ¿Cómo calificamos a la persona por nacer?, hemos dicho que es un incapaz de hecho absoluto, sujeto de derecho, cuya existencia está sujeta a la viabilidad, rasgo este que no alcanza a darle una configuración demasiado diferente de la de otros menores.

¿Quién tiene la representación del nasciturus?, en nuestro caso se trata del hijo de una menor, incapaz no declarada, lo que coloca el tema, a nuestro juicio, en el ámbito del Art. 264 (terc.) del Código

⁷ BORDA, GUILLERMO A., Tratado de derecho civil, Parte General, Perrot, 1976, t. I, p. 247, núm. 227.

Civil (ley 23.264 [EDLA, 1985-184]), cuando establece que los menores hijos a su vez de menores de edad, quedan bajo la tutela – no la patria potestad- de quien tenga la patria potestad sobre el menor que tiene la tenencia del niño. Aplicando esta norma por analogía, llegaríamos a la conclusión que en un caso en el cual la menor embarazada conviviera con su madre (en este el padre aparentemente no convive), sería esta quien tendría la tutela sobre el nasciturus.

Al tratarse de una menor incapaz de derecho, tendríamos que pensar en la eventual curatela del “por nacer”. Pero en nuestro caso, la menor embarazada estaba internada en el Instituto Frenopático, es decir que la tenencia estaba delegada en un instituto especializado para deficientes, de modo que la abuela del por nacer no tenía la guarda definitiva, por ende tampoco la tutela.

Es decir que el único verdadero representante del menor por nacer, hijo a su vez de una menor internada por deficiente mental, era el asesor de menores e incapaces, y luego, quien el juez nacional en lo Civil designara al efecto.

Todo ello tiene gran importancia a los efectos de lo dispuesto en el Art. 86, inc. 2º del Código Penal, donde se exige el consentimiento del representante legal de la mujer idiota o demente víctima de violación para poderle practicar un aborto.

Así la menos la embarazada -bien o mal- tuvo como representante a su madre, pero el menor por/nacer, justamente en el acto de decidirse sobre su vida o muerte, no tenía representante alguno, lo que convierte en nulo dicho acto.

Vaya todo ello sin perjuicio de la causal de pérdida de patria potestad en que habría incurrido la madre (Art. 307, Código Civil) al pedir la autorización para abortar su hija y eliminar así su futuro nieto. Así lo señala el asesor de menores de Primera Instancia. Al estar la menor embarazada de cuatro meses el riesgo de una intervención era real, en cambio no implicaba riesgo alguno el parto, ni para la madre ni para el feto.

c) El aborto terapéutico. Lo primero que llama la atención es que el Art. 86 de dicho código habla del aborto no “punible”. El hecho criminoso descrito y sancionado en el Art. 85, ya o no consentimiento de la mujer, es considerado “no punible” en los supuestos del Art. 86, párr. 2º, incs. 1º y 2º del mismo cuerpo legal. No creemos ser demasiado sutiles ni alejarnos demasiado de las doctrinas penales clásicas cuando destacamos la diferencia entre el hecho delictuoso y su falta de punibilidad en circunstancias especiales.

También flotan en torno a la concepción del Art. 86, párr. 2º, inc. 2º del Código Penal, tres concepciones aparentemente superadas:

1. El hijo de una mujer “idiotas o demente” arrastrará consigo la misma tara, lo cual es científicamente inexacto en el más alto porcentaje de casos.

2. Quien eventualmente puede padecer esa tara y no es hijo de un acto de amor libre, no tiene acogida en la sociedad, no merece vivir. De allí, a los horrores de los campos de concentración nazi o al Monte Taigeto, median milímetros de distancia.

3. El delito sufrido por la madre justificaría la supresión de la “prueba de la deshonra” que constituye el hijo no querido.

Obsérvese que en ninguno de estos casos está en juego la salud de la madre, supuesto contemplado en el primer inciso.

Estos presupuestos históricos, científicos, éticos y sociológicos imperantes en 1886 no están vigentes hoy.

La evolución de la ciencia y la sensibilidad social del mundo moderno han corrido parejas con el desarrollo del respeto a toda forma de vida humana. En especial, cuando como en nuestro caso, ni la madre ni la persona por nacer tenían capacidad de expresarse libremente.

d) El derecho a la vida, GERMÁN J. BIDART CAMPOS⁸ nos recuerda que la Suprema Corte de Justicia, en fallo del 6 de noviembre de 1980 (Fallos, 302-1284) en la causa “S. y D., C. G.”, los doctores Gabrielli y Rossi emitieron votos de alusiones claramente iusnaturalistas, y dijeron que el derecho a la vida es el “primer derecho natural de la persona humana...”. “El voto de los doctores Frías y Guastavino, por su parte, coincide en reputar a los derechos de la personalidad como preexistentes a cualquier reconocimiento estatal y el derecho a la vida es el primero de todos” (consid. 8º de la sentencia). Y sigue BIDART CAMPOS: “La misma sentencia, cuando, reitera que las soluciones notoriamente disvaliosas no coinciden con el fin común de la tarea legislativa y judicial, está dando por cierto que no cualquier solución arbitrada por una ley resulta justa por el hecho de que la ley sea ley, sino que la solución justa que la ley tiene que proponer es justa cuando se «ajusta» a un valor que está por encima de la ley, y que es la justicia”.

En este marco de interpretación constitucional, no cabe sino aplaudir la reserva del caso federal introducido por el asesor de menores de Cámara, en su pedido de protección de la persona del nasciturus, cuando solicitó la declaración de inconstitucionalidad de toda norma que se oponga al derecho a vivir de su representado.

No llegó el caso al Superior Tribunal de la Nación, pero queda planteada la cuestión acerca de la constitucionalidad de la norma del Art. 86, inc. 2º del Código Penal, frente al derecho a la vida del por nacer ya gestado.

e) Dos jurisdicciones para los menores. El sinnúmero de problemas que crea la coexistencia de dos legislaciones y dos jurisdicciones para ocuparse del problema de los menores ya ha sido tristemente puesto de manifiesto en numerosos casos y muy recientemente en el

⁸ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., La Corte Suprema, Allende y Brea, ps. 79/80 y 85.

de la menor “Juliana”. Es indudable que son los jueces civiles y próximamente los jueces de familia quienes tienen la máxima experiencia para ocuparse de los menores en conflicto judicial.

Obsérvese que por la vía de la protección de una menor víctima de un delito de violación, se estaba por incurrir en un mal mucho más grave cómo era de privar de la vida a otro menor.

Es este un punto que clama por una urgente reforma, sobre todo porque el pueblo de la Nación no entiende de conflictos de jurisdicción ni cuestiones de competencia, pero tiene sí un instinto innato de lo justo y de lo que no lo es. También tiene clara la noción de la protección al desvalido. El caso comentado es un buen ejemplo.



Constitucionalidad

Dr. César Enrique Romero¹

I - Principios generales

Dentro del derecho público la palabra constitucionalidad o constitucional alude, como lo expresa su propia significación gramatical, a lo perteneciente a la Constitución de un Estado. Ya en forma específica, entiéndese con ella a la subordinación o adecuación que media entre leyes, decretos, ordenanzas o resoluciones que dictan los organismos de la administración con relación a las leyes fundamentales o constituciones. En Argentina, dado su régimen federal, esa subordinación asume un doble carácter en razón de la coexistencia de una Constitución Nacional y tantas constituciones provinciales como estados componen la República, aunque estas últimas se hallan sujetas a los principios generales de aquélla (C. N. 5°)

La voz constitucionalidad o constitucional significa, asimismo, que toda disposición normativa debe tener esa cualidad -dictada "en consecuencia" de la Constitución (C. N. 22)- so pena de que su obligatoriedad pueda enervarse en casos judiciales planteados o en decisiones de la propia administración, toda vez que es imperativo elemental de todos los funcionarios que de una u otra manera integran los poderes del estado, aplicar en primer lugar la Constitución; y a raíz de esa aplicación deviene la preterición de la norma antinómica o violatoria de la ley fundamental de la que aquélla, al final de cuentas, deriva su vigencia.

Es sin duda alguna que esta característica del Estado de Derecho -gobierno de la ley y no de los hombres-, y que por sí entraña un paso avanzado en la evolución política de las comunidades humanas,

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2005.

Delegado Interventor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Profesor Adjunto de Derecho Constitucional (Córdoba).

implica una conquista que fue cruenta y cuya defensa vuélvese actual. Es harto sabido que el estado de derecho ha sido visto como fruto de las ideas del siglo XVIII; y conforme a enseñanzas contemporáneas se proclama su periclitación como secuela de un proceso histórico superado. Empero, los acontecimientos de la hora, en su trágica significación, reclaman su vigencia, pues, el constitucionalismo, actualizando sus postulados, debe perdurar porque es garantía de la libertad, conquista cristiana y atributo de dignidad humana.

El constitucionalismo significa el imperio del derecho por medio de la ley de la norma jurídica, que excluye toda arbitrariedad circunstancial, intencionada o caprichosa².

La adecuación de las normas jurídicas a la Constitución es siempre prenda de seguridad y paz social, porque la Constitución es el límite a la voluntad humana en el Gobierno y garantía de los gobernados. En ese carácter radica la importancia superlativa de la Constitución porque sobre todas las cosas, según la vieja definición de Borgeaud, ella “es una ley de garantías”; una ley de protección política; garantía de la Nación contra las usurpaciones de los poderes a los cuales ha debido confiar el ejercicio de su soberanía, garantía también de la minoría contra la omnipotencia de la mayoría³.

II - Supremacía de la Constitución

El principio que nos ocupa es consecuencia lógica y necesaria de la supremacía constitucional, o sea que dentro de la gradación jurídica de un estado de derecho, la Constitución ocupa el lugar más

² Sánchez Viamonte “Derecho Constitucional”, t. I. Introducción, ed. Kapeluz, Bs. As. 1945. “Una Constitución -dice este autor- es, por definición, un programa máximo. Debe contener el máximo de posibilidad para las aspiraciones de justicia que caracterizan la inquietud social de un momento histórico” (Ib., p. 32).

³ “Etablissement et révision des constitutions en Amérique et en Europe”, París, 1893, p. 1.

eminente, y a ella se adecua toda la legislación, pues, la ley fundamental -o “ley de leyes”, como decía Alberdi⁴ entraña la medida suprema de la regularidad jurídica⁵.

En nuestro país, la supremacía de la Constitución se halla consagrada en el art. 22 de su carta fundamental. Cuando esa norma - que tiene su fuente en la cláusula 2a, art. VI de la Constitución norteamericana- expresa que la Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los Tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrato que contengan las leyes o constituciones provinciales, está afirmando, de modo solemne y categórico, que ella tiene vigencia irrefragable; está indicando su eminencia impar dentro del orbe jurídico argentino; está trazando, implícitamente, los marcos generales de la tarea legislativa, porque ella es el instrumento estricto supremo, el exponente más completo y amplio de la vida nacional, de la unión formada por el pueblo de todas las provincias⁶.

O dicho con palabras de Kelsen: La Constitución es la más alta grada jurídica positiva y su misión consiste en regular los órganos y el procedimiento de la producción jurídica, esto es, de la legislación, pues, en la norma fundamental arraiga en último término la significación normativa de todas las situaciones de hecho constitutivas del orden jurídico. Solo bajo el supuesto de la norma fundamental puede interpretarse como derecho, es decir, como sistema de normas jurídicas el material empírico que se ofrece a la interpretación jurídica⁷.

⁴ “Sistema económico y rentístico de la Conf. Argentina” Cap. III.

⁵ Eisenmann, “La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle D’Autriche”, París, 1928, p. 12/13; Ctr. Linares Quintana, “Gob. y Administr. de la Rep. Argentina”, ed. Tea, 1946, t. I, p. 209.

⁶ Joaquín V. González, “Manual de la Constitución Argentina”, p. 749.

⁷ Kelsen, “Teoría pura del Derecho”, ed. Losada, Bs. As., 1941. p. 99 y 109.

La supremacía de la Constitución es principio fundamental de todo estado de derecho, sea de tipo monárquico o republicano, unitario o federal. En el fondo, no es sino respeto a la ley; supremacía de la Constitución y no de los hombres o funcionarios encargados de aplicarlas. El principio que nos ocupa tiene un abolengo histórico de egregia estirpe. Aunque un buceo en el pasado acaso pueda ofrecer antecedentes, su formulación concreta se atribuye al juez inglés Coke que en 1610 sentenció que “cuando una ley del Parlamento es contraria al Derecho común y a la razón, o repugnante, o imposible de ser aplicada, el “common law” la limita e impone su invalidez⁹. Pero dicha doctrina aparece nítidamente, según lo pone de relieve Linares Quintana¹⁰, en el “Agreement of the people” de 1647 y el “Instrument of government” de 1653, cuando dichos documentos se proponen establecer una ley suprema, colocada fuera del alcance del Parlamento limitando sus poderes y declarando, por vía de restricciones expresas, cuales son los derechos que la nación se reserva y a los que ninguna autoridad podría allanar sin delito¹¹.

Aunque la doctrina de la supremacía constitucional enervase luego en Inglaterra, ella es acogida en las prácticas; judiciales y la doctrina de los Estados Unidos hasta su sanción en la cláusula 2a. del art. 6º de la ley de Filadelfia. Acaso sea Hamilton quien haya esclarecido la especie en las páginas siempre nuevas de “El Federalista”, cuando decía: “Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe

⁸ Matiezo, “Lecciones de Derecho Constitucional”, p. 208.

⁹ Linares Quintana, “Tratado de la ciencia del derecho constitucional”, ed. Alfa, Bs. As. 1953, t. II, 255/256. Este autor considera el principio de la supremacía constitucional, en forma exhaustiva.

¹⁰ Ibidem, op. y loc. Cit.

¹¹ Borgeaud, Op. Cit., p. 6; Cfr. Linaes Quintana, Op. y oc. Cit. Ibidem; Sánchez Viamonte, op. y loc cit., p. 246.

preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Solo *significa que el poder del pueblo es superior a ambos* y que donde la voluntad de la legislatura declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras”¹².

En las palabras del sabio comentarista americano, se vé claro que la doctrina de la supremacía de la Constitución básase en la distinción de poder constituyente y poder constituido que tuvo en Sieyes su precursor ilustre en los pródromos de la Revolución de 1789¹³.

Fue el “chief justice” Marshall en el “leading case” Marbury v. Madison, en 1803, quien proporcionó la palabra definitiva sobre la supremacía de la Constitución. “*Evidentemente -dice el célebre juez americano- todos los que han elaborado constituciones escritas las consideraron como ley fundamental y suprema de la nación, y consecuentemente la teoría de cada uno de tales gobiernos debe ser la de que un acto de la legislatura repugnante a la Constitución, es inválido*”¹⁴.

¹² Hamiltan-Jay-Madison, “El Federalista”, trad. y prol. de Gustavo Velasco, México, 1943, Ed. CCE, p. 340, 1a. Columna.

¹³ Sieyes, “Que es el tercer estado”, ed. Americalee, Bs. As. 1943, notas de Fco. Ayala. Es de relevancia superlativa este pequeño libro “oráculo del tercer estado” al decir de Dumont. Allí se lee: “La nación existe ante todo es el origen de todo. “su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella solo existe el derecho natural...”. “La Constitución no es obra del poder constituido sino del “poder constituyente” (p. 108/109).

¹⁴ Cit. Por Linares Quintana, ibidem, quien recuerda la síntesis que Johnson hizo de la célebre sentencia: a) La Constitución es una ley superior; b) Un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; c) Es siempre deber judicial decidir entre leyes en conflicto d) Si la Constitución está en conflicto con un acto legislativo el juez debe rehusar aplicar este último; y e) Si así no se hace se habría destruido el fundamento de todas las constituciones escritas (p. 264).

III - Control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes

Estrechamente vinculado a la supremacía de la Constitución, hállese este principio de alta importancia para mantener la vigencia de la ley fundamental. Si la supremacía de la Constitución supone un sistema básico de normas y que hay diferencia entre ley constitucional y ley ordinaria, es lógico concluir que debe existir un poder capaz de resguardar los grandes principios receptados en la Constitución, y que el pueblo ha estimado necesarios para la existencia del Estado y de su orden jurídico¹⁵. Los jueces son los investidos de ese poder en cuanto ellos son los encargados de aplicar la ley. De la supremacía constitucional deriva la potestad judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, porque los tribunales proceden siempre aplicando la Constitución, con prescindencia de toda disposición de los demás poderes que se hallen en oposición a ella¹⁶. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, fundado en lo que Hauriou llama “superlegalidad constitucional”, es de estricto derecho dentro del estado gobernado por leyes, y corresponde a la misión natural de los jueces¹⁷.

Esta prerrogativa judicial - “judicial review”- o “justicia constitucional”, al decir de Posada, tuvo su formulación definitiva, como dijimos ya, en la sentencia de la Corte Americana que recordamos, por boca de su juez Marshall¹⁸. Y el razonamiento que funda esa egregia facultad nos parece de toda lógica dentro de un estado de derecho. Cuando el juez se encuentra que debe aplicar una norma en un caso sometido a su decisión y ella es contraria a la Constitución, su obligación es dar preferencia a esta. Entonces, niega aplicación a la ley

¹⁵ Bielsa, “La protección constitucional y el recurso extraordinario”, Bs. As. 1936, p. 52; Cfr Lindsay, “El estado democrático moderno”, p. 318.

¹⁶ Joaquin V. González, “Manual...”, p. 318, N° 313, in fine.

¹⁷ Hauriou, “Principios de der. público y constitucional”, ed. Reus, p. 33.

¹⁸ Edouard Lambert, “Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation social aux Etat Unis”, ed. Giard, París, 1921, donde recuerda la agria controversia que precedió a la aceptación de la doctrina de la supremacía de la Constitución.

invocada porque aplica la Constitución, cuya vigencia, por ser suprema, es incoercible. Por ello la declaración de inconstitucionalidad de una ley, decreto, ordenanza o resolución deviene como consecuencia necesaria de la aplicación de la ley fundamental.

Siempre es nueva la argumentación de la Corte americana que recuerda Corwin: Puesto que la Constitución tiene carácter de ley, debe ser interpretada y aplicada por los jueces en los casos que surjan con motivo de ella. Puesto que es ley suprema, los jueces deben darle preferencia sobre cualquiera otra ley¹⁹.

Este poder de los jueces no es absoluto, puesto que él se da solo en los “casos” o “causas” sometidos a su decisión. El juez no enerva la norma; simplemente en el caso particular, hace privar la Constitución y rehusa aplicar la norma que reputa contraria a la ley suprema. Recuérdese que el principio de la división de los poderes que hace a la forma republicana de gobierno, es límite o freno de aquella prerrogativa. Dentro de nuestro sistema institucional, el juez no crea normas, sino que simplemente determina la que debe aplicarse de entre las existentes²⁰.

No ver como legítima la revisión judicial de las leyes -atacada con vehemencia por Jefferson- sería romper el equilibrio de los poderes, subordinando el poder judicial a la omnipotencia legislativa, siempre funesta para las instituciones libres. La decisión del legislador y la decisión del juez tienen en doctrina el mismo carácter²¹; la decisión del juez no es sino un juicio particular, como la ley es un juicio general. Entonces, así como el legislador no está sometido a otra autoridad que la Constitución, lo mismo el juez no debe estar sometido a otra autoridad que el poder constituyente. Imponer al juez la obligación de aplicar una ley inconstitucional es declararlo inferior al legislador, es colocarlo bajo su dependencia; es violar el

¹⁹ Corwin, “La Constit. Norteamericana y su actual significado”, Bs. As. 1942, ed. Kraft, p. 140.

²⁰ Bielsa, op. Cit. p. 48. Cfr. Bielsa, op. Cit., p. 72.

²¹ “El espíritu de las leyes”, ed. Libertad, Bs. As. 1944, p. 156.

principio de la separación de los poderes, siempre garantía de la libertad.

Por ello es lógico afirmar que la inconstitucionalidad de una norma jurídica, surge indirectamente en razón de la preferencia o privilegio que el juez asigna a la norma básica, reputada como suprema. Lo contrario a la Constitución se tiene por inexistente. Es huérfano de vigencia jurídica. No es ley, como decía Marshall²².

Sobre esta potestad jurisdiccional ha dicho nuestra Corte Suprema in re: “Municipalidad de Bs. Aires v/ Elortondo”, 1888, “*Fallos*”, t. 33, p. 194, “*que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderada, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos*”²³.

IV - Formas y modos de asegurar la supremacía constitucional

Para garantizar la vigencia constitucional y con ello la “constitucionalidad” de las normas que dicte el poder público, son varios los sistemas propuestos y ensayados dentro del derecho público. El principio sería lírico si la propia Constitución no dispusiera la forma de asegurar su aplicación. Según lo recuerdan los autores, tres grandes sistemas se han establecido; el control de la constitucionalidad de la ley por un órgano político; el control, por un órgano judicial (dentro

²² Bosch “Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes”, Bs. As. 1944, p. 204.

²³ Sobre el particular nos hemos ocupado anteriormente en “La declaración de inconstitucionalidad en la ley fundamental de Stgo. del Estero, y el principio de la separación de los poderes” (La Ley, t. 48, p. 1061).

de este, por un tribunal especial o por los jueces comunes); y un sistema mixto o ecléctico²⁴. En Francia, se ha ensayado este primer sistema, desde la Revolución de 1789. Últimamente, en su Constitución de 1946 créase un “Comité Constitucional”. En Ecuador, es el Congreso quien se pronuncia sobre la constitucionalidad de las leyes cuando es requerido por la Corte Suprema. El sistema más difundido y que ha dado mejores resultados es el del control jurisdiccional. El mixto tiene aplicación en Portugal y Brasil.

Nuestro país, siguiendo al modelo americano, ha establecido el control jurisdiccional (C.N. 22, 95) por medio de los tribunales judiciales comunes. Todo juez está autorizado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma jurídica. El control por tribunales especiales se realiza por organismos instituidos para ese fin. Austria según su Constitución de 1920 redactada por Kelsen estableció una Alta Corte Constitucional. España, en su Constitución de 1931, erigió un Tribunal de Garantías Costitucionales. Cuba y actualmente Baviera tienen, asimismo, tribunales especiales.

En virtud del art. 95 de la Constitución Nacional de nuestro país, que fuera reformada en 1949, mantiénese el principio que asignaba ese control a la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales inferiores en cuanto decide que corresponde conocer en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y leyes de la nación cuya supremacía consagra el art. 22. Para ello y reglando el procedimiento se sancionó en los inicios de nuestra vida institucional las leyes números 48 y 50 modo y forma de introducir la cuestión federal para procurar la justicia nacional, donde se señala la decisión expresa de los tribunales, y por último de la Corte Suprema, por medio del recurso extraordinario (art. 14, ley 48). Después de la reforma de 1949 (art. 95), la interpretación que la Corte haga de los artículos

²⁴ Siempre la Corte reiteró el principio que el control jurisdiccional se dá en casos o causas (C.N., 95), no decidiendo nunca de oficio ni por vía de medida general. (“Fallos”, t. 26, p. 127); t. 196, p. 131; t. 202, p. 18; t. 205, p. 166; t. 212, . 145; t. 30, p. 283).

de la Constitución es obligatoria para los jueces nacionales y provinciales. Prevé, también la norma mencionada, que una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinarios y de casación, como así también para obtener la revisión de la jurisprudencia.

Desde ahora es más, la inteligencia de la Constitución Nacional será lo que la Corte Suprema interprete. La interpretación que realice, pues, el más alto tribunal de la república, adquiere, así, el carácter de auténtica²⁵.

En el ámbito provincial, la constitucionalidad de las leyes, en relación con sus respectivas cartas políticas, es asegurada por sus tribunales ordinarios; en forma especial, por las Cortes o Tribunal Superiores de cada estado, quienes deciden los conflictos legales por medio de los recursos extraordinarios de revisión, casación, inconstitucionalidad o inaplicabilidad que en una forma u otra prevén el modo de introducir la cuestión constitucional para provocar la decisión final del más eminente organismo jurisdiccional²⁶.

En esta materia del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, son de vigencia algunas premisas, tanto en el orden nacional como en el provincial, por medio de los cuales se ha tendido a elaborar una verdadera doctrina y que pueden considerarse como expresión de respeto hacia el grande principio de la separación de los poderes, freno de toda tiranía y garantía de los derechos humanos.

Ellas son:

El Poder Judicial es el guardián de la Constitución.

Este principio es fundamental porque si la Constitución es una ley de garantías, su vigencia, con la posibilidad del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, esta asegurada. “El palladium” de la libertad -ha dicho la Corte- es la Constitución, ésa es

²⁵ Linares Quintana, “Tratado...”, t. II, p. 278 y sgtes., donde puede consultarse con provecho el tema que nos ocupa, al que seguimos en sus líneas generales.

²⁶ C. S. Nac., “Fallos”, t. 215, p. 501; Ib. 219 p. 98 (dictamen del Procurador General); La Ley, t. 58, p. 262.

el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal”²⁷. Nuestra Constitución ha erigido a la Corte Suprema en el intérprete final e irrevocable de todas sus reglas, doctrinas y poderes; y al hacerlo -dice Joaquín V. González- ha creado una fuerza indestructible que circula por todo su organismo y le comunica siempre nueva savia y vitalidad²⁸.

El contralor jurisdiccional y el equilibrio de los poderes.

Esta prerrogativa asegura el equilibrio de los poderes, por cuanto en esa función de los jueces halla un valladar insalvable la onnipotencial legislativa y el eventual avance en sus atribuciones que pueda realizar el Poder Ejecutivo. Igualmente, la función judicial aludida, tiende a asegurar los resortes de un federalismo en cuanto la Corte Nacional puede enervar leyes que el Congreso sancione violando los derechos preexistentes de las provincias argentinas.

El Poder Judicial no procede de oficio sino en causas.

Aquí se respeta la división de poderes. Los tribunales solo pronuncian la inconstitucionalidad de las normas jurídicas en causas sometidas a su decisión o sea en los litigios o controversias que se suscitan por acción de una parte y defensa en otras²⁹. La Corte siempre ha sostenido, ese principio en perfecta congruencia con la norma del art. 95 de la Constitución. No hace mucho tiempo reeditándolo ha

²⁷ Sampay, “Los modos de promover el contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en la Prov. de Entre Ríos”; La Ley, t. 27, p. 396; C. de PP. CC. de Córdoba, art. 1274; C. de Pp. Pp. de Córdoba, art. 512; Código del Fuero Laboral (Ley 4163); Ib. Art. 104.

²⁸ “Fallos”, t. 32, p. 128; Ib., 1, 548; 28, 172, 12, 155. H (28). “Manual...”, p. 759/60.

²⁹ González Calderón, “Derecho constitucional”, t. 1, p. 479. C. S. N. “Fallos”, 217, 617; La Ley, 5. 60, p. 405; C. Civ. 2a. de la Plata, La Ley, t. 27, p. 854.

establecido que un dispositivo legal no puede ser tachado de inconstitucional mientras su aplicación a casos concretos no lleve a extremos que pugnen con las garantías constitucionales³⁰.

El Poder Judicial no conoce en cuestiones políticas.

Los problemas de jaez político son ajenos al Poder Judicial; ellos pertenecen a las ramas legislativa y ejecutiva dentro del sistema de gobierno argentino y americano. No hay dentro el de la Constitución una norma que así lo disponga; pero principio ha sido elaborado por copiosas jurisprudencias, tanto en los Estados Unidos como en nuestro país. Debe entenderse por cuestiones políticas, dice Linares Quintana³¹, a los asuntos que entran en el dominio de la “prudencia política”. Pero este principio, de difícil delimitación, ha sido relativizado en nuestro país, cuando con motivo de pronunciamientos revolucionarios, la Corte Suprema dictó Acordadas de evidente matiz político.

El Poder Judicial no controla el ejercicio de facultades privativas de los otros poderes.

Tiende también este principio a mantener el equilibrio de los poderes. El Poder Judicial carece de atribuciones para ejercer una potestad general de supervisión sobre los procedimientos y la acción de los diversos departamentos administrativos del gobierno, como lo sostiene la Corte Americana. Por su parte nuestra Corte Suprema ha dicho que el recurso extraordinario solo procede respecto de resoluciones emanadas de tribunales de justicia, que excepcionalmente se equiparan a ella las de los funcionarios y organismos administrativos cuando estos las dictan en ejercicio de facultades judiciales y con

³⁰ C. S. N. “Fallos”, 217, 617; La Ley, t. 60; p. 405; C. Civ. 2a. de la Plata, La Ley, t. 27, p. 854.

³¹ Op. Cit., t. II, p. 319, N° 1113; Voto Dr. Casares in re: “Mayor v/ Municipalidad de Bs. Aires”, “Fallos”, 201, p. 287, donde se menciona a la prudencia política, ajena al contralor de la justicia. Bielsa, op. cit., p. 111; Carl Schmit “Teoría de la Constitución”, expresa que la decisión política es asunto de la legislación y de la dirección política. La ley produce una vinculación que evita la politización de la justicia (p. 3).

fuerza de cosa juzgada. De otra manera la Corte no ejercería su jurisdicción extraordinaria en el marco de sus legítimos e irrenunciables límites, sino que se arrogaría la facultad de revisar los actos y resoluciones de los otros poderes, con violencia del principio de la división y equivalencia de los mismos³². Claro está que debe entenderse esta limitación siempre y cuando los otros poderes, so pretexto de ejercitar sus facultades privativas, violen los grandes principios constitucionales, sea en lo relacionado a las garantías o a la organización de los mismos, pues, la “Constitución rige íntegramente la vida jurídica de la nación”³³.

Tampoco juzga de los propósitos del legislador.

Sobre esta premisa, fundada en razones obvias y que hacen a la independencia de los poderes, la Corte argentina tiene resuelto desde 1871 que a los tribunales les está vedado juzgar del mérito intrínseco de las leyes y de su justicia en abstracto, saliendo de sus atribuciones que son ius dicere, no ius condere, juzgar según las leyes y no juzgar de las leyes³⁴. En un caso resuelto en 1947, dijo que: “La Corte no se pronuncia respecto de la conveniencia o eficacia de un determinado sistema fiscal, sino de su manifiesta incompatibilidad con las garantías constitucionales”³⁵.

Presunción de constitucionalidad de los actos públicos.

Este principio es de lógica jurídica pues no puede suponerse que los poderes públicos tengan el deliberado propósito de avasallar la Constitución. De por sí la declaración de inconstitucionalidad es un acto grave y delicado y solo corresponde hacerlo cuando la incongruencia de la norma jurídica con la ley fundamental sea clara e indubitable. La Corte Suprema tiene resuelto que toda duda debe decidirse a favor de la parte demandada, de acuerdo con los principios

³² “Fallos”, t. 202, p. 265.

³³ Rivarola, “Diccionario de instrucción y práctica constitucional”, p. 282.

³⁴ “Fallos”, t. 10, p. 436.

³⁵ “Fallos”, t. 210, p. 211; Ctr. 195, 262; 198; 86; 190; 233; 194. 428; 193, 369; 187; 234.

generales y con la presunción de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, en cuanto no haya una demostración concluyente en contrario³⁶.

Bibliografía General

Bettincourt, Lucio, “O controle jurisdiccional da constitucionalidade de leis”, ed. Rev. Forense, Río de Janeiro, 1949.
Barthelemy et Duez, “Traité de droit constitucional”, París, 1933.

Posada, “Tratado de Derecho Político”, t. II.

Blondel, “Le controle juridictionnel de la constitutionnalité des lois”, París, 1928, Cap. I y II.

Gorostiaga, “El recurso extraordinario ante la Corte Suprema”.

Hughes, “La suprema corte de los Estados Unidos”, México, 1946.

Tocqueville, “La Democracia en América”, Madrid, 1911, t.1

Vázquez, “La Corte Suprema. Su función política”, Bs.As. 1946.

Giuliani Fonrouge, “La declaración de inconstitucionalidad”, La Ley, t. 31, p. 966.

Willoughby, “The constitutional law of United States”, t. I, New York, 1910.

Gn Longhi, “Derecho Constitucional Argentino”, T. 1.



³⁶ “Fallos”, t. 10, p. 323; Cfr. La Ley, rep IV. p. 245.

Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano

Jorge Carpizo¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2010.pdf. (pág. 17)



¹Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1 – 2010.

Investigador emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la cual fue Rector, adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas donde se desempeñó como su Director. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Tutelas urgentes y cautela judicial

Miguel Angel Vargas Díaz¹

*El estudio de las tutelas de urgencia se justifica
en la garantía del justiciable al debido proceso
y a obtener una tutela judicial efectiva.*

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2011.pdf. (pág. 25).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2 – 2011.

Está basado en el informe nacional sobre Tutelas Urgentes y Cautela Judicial, que fue elaborado por el autor de este trabajo. Dicho informe fue presentado por la Dra. Mabel de los Santos y Petronio Calmon en las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, 26 al 28 de agosto de 2010, llevadas a cabo en Santiago de Chile.

Abogado. Miembro del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Encarnación. Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Nacional del Nordeste de Corrientes, Argentina. Profesor de Filosofía del Derecho y Técnica Jurídica en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de Itapúa y de Filosofía y Derecho Procesal Civil, parte práctica, en la Universidad Católica de Itapúa. Profesor de Teoría General del Proceso en la Universidad del Norte.

La República del Paraguay y el paradigma constitucional modelo de estado: democrático, social de derecho y republicano

Emiliano Rolón Fernández¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2015.pdf. (pág. 21).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2015.
Miembro del Tribunal de Apelación Penal. Cuarta Sala. Capital.

Constituciones extraviadas

Juan Carlos Mendonca Bonnet¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_3_2019.pdf. (pág. 23).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 3-2019.

Especialista en Derecho Penal y Criminología por la Universidad de Roma “La Sapienza”. Miembro del Tribunal de Apelación Penal, 3ra Sala. Capital.

Derecho de la Niñez y la Adolescencia

La adopción en el Código del Menor

Carlos A. Alfieri¹

ANTECEDENTES

El código Civil, en cuanto a la organización jurídica de la filiación, establecía dos categorías: la referida a la filiación legítima y a la ilegítima.

La filiación legítima corresponde a los hijos nacidos del matrimonio de sus padres y la ilegítima, la que generaba fuera del matrimonio, como en los casos de los hijos naturales, adulterio, incestuosos y sacrilegios.

Hijos legítimos: Los nacidos durante el matrimonio de sus padres, dentro de los plazos fijados por el art. 240 del Código Civil.

Hijos naturales: Los nacidos fuera del matrimonio, pero de personas que al tiempo de la concepción podían contraer matrimonio (art. 311 del Código Civil).

Hijos adulterinos: Los nacidos del acercamiento afectivo de dos personas que, al momento de la concepción, no se encontraban en condiciones de contraer matrimonio, ya que una de ellas estaba casada (art. 338 Código Civil).

Hijos incestuosos: Los nacidos de padres impedidos de casarse por el parentesco, atendiendo a las disposiciones fijadas por los incisos 1, 2 y 3 del artículo 9 de la Ley del Matrimonio Civil.

Hijos sacrilegios; los nacidos de padres clérigo de ordenes mayores o bien de personas que habían hecho solemne voto de castidad, en órdenes religiosas aprobadas por la Iglesia Católica, como surge

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 13 -1986.

del artículo 340 del Código Civil. Cabanellas, y yendo al grano, caracterizaba a los mismos como hijos del cura o la monja.

ARREMETIDAS CONTRA ESTAS ABERRANTES DISTINCIONES

Como primera providencia, todas las disposiciones relativas a los hijos sacrílegos, fueron derogados por la ley del Matrimonio Civil en su artículo 12.

La Constitución Nacional del año 1967, en su capítulo de la familia, siente este principio orientador; Si bien el estado reconoce en la Familia la célula fundamental de la sociedad y protege al matrimonio como institución básica de la Familia, impone al padre, con toda justicia, la obligación de mantener, educar y asistir a sus hijos menores.

Establece, además, que la maternidad sea amparada por la ley y que se formulen las normas indispensables para asegurar al niño, sin discriminaciones, protección integral desde su misma concepción.

Nuestra Carta Magna Fundamental, con muy buen criterio a los efectos de evitar las indebidas interpretaciones en cuanto al alcance de sus disposiciones en este capítulo tan trascendente, sienta la conclusión y, en forma tajante, que en los documentos de las personas no se haga referencia a la calificación sobre la naturaleza de la filiación.

De esta manera, quedaban abiertas las puertas para que nuestra legislación civil librase a seres inocentes, del comportamiento de sus padres, de encapsulamientos denigrantes.

EL CÓDIGO DEL MENOR LEY 903/81

Toma a su cargo regular en forma integral, los derechos y garantías de los menores, desde su concepción, hasta su mayor edad.

Todas las odiosas como extraviadas distinciones apuntadas precedentemente, fueron sepultadas en buena hora. Solamente

puede hablarse de “hijos matrimoniales”. Los Derechos de los menores se consagran, sin consideraciones sobre supuestos como artificiales legitimados o ilegitimidades.

RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

El art. 51 de la Ley del Registro del Estado Civil, ley número 58 del año 1.914, había decidido que no se podía hacer constar en el Acta de Nacimiento del menor, el nombre de la madre de los hijos incestuosos, ni el nombre del padre ni de la madre, en el caso de los hijos adulterinos. No correspondía, por consiguiente, instrumentar el reconocimiento de los mismos por la vía notarial.

En cuanto a los hijos naturales, su reconocimiento notarial era posible, siempre a requerimiento de sus padres o de uno de ellos.

Atendiendo a lo dispuesto en el Art. 22 del Código del Menor, procede el reconocimiento, en sede notarial, de los hijos extramatrimoniales.

Los notarios no deben entrar en calificaciones ya eliminadas. NO se encuentran habilitadas para hablar de hijos naturales, ni adulterinos, ni de incestuosos, solamente, de hijos habidos fuera del matrimonio, existan o no impedimentos para la celebración del matrimonio, al tiempo de la concepción.

QUIENES PODRÁN PEDIR EL RECONOCIMIENTO

El padre, la madre o ambos simultáneamente. Si el padre reconoce, no podrá revelar el nombre de la madre. Si la iniciativa corresponde a la madre, procede la prohibición apuntada, con relación al padre del niño.

IRREVOCABILIDAD DEL RECONOCIMIENTO

En el supuesto en que el padre o la madre hubieren reconocido notarialmente a un hijo extramatrimonial, ninguno de ellos podrá, con posterioridad, dejar sin efecto el reconocimiento, ya que el mismo

es irrevocable, a tenor de lo previsto en el art. 22 del Código del Menor, Y esta conclusión nos parece correcta, porque las declaraciones hechas en torno al menor, no pueden quedar libradas al pensamiento cambiante de sus padres.

PODER PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

El reconocimiento del hijo extramatrimonial no es una actuación personalísima como en el caso del testamento. No es requisito visceral la intervención personal de quien deba formalizar el reconocimiento. El art. 1181 del Código Civil, en su inc. 6, autoriza el otorgamiento del poder especial para el reconocimiento de los hijos naturales, que ahora, con las nuevas denominaciones, debe aplicarse para el supuesto de reconocimiento de hijos extramatrimoniales. Siempre existe la posibilidad de actuar con la intervención de un tercero. Es función delegable.

NOTIFICACIÓN AL REGISTRO CIVIL

Si el reconocimiento del hijo extramatrimonial se produjera ante el Juez de Menores, dicho reconocimiento deberá asentarse en el Libro habilitado por el Juzgado para dicho efecto. Se fija un plazo de 48 horas para que se libre comunicación al Registro Civil. Pero cuando el reconocimiento se efectúa por la vía notarial, no se menciona la necesidad de comunicar tal hecho al Registro Civil.

Por consiguiente, el Notario debe someterse al precepto de que la actividad protocolar no puede trascender. El examen del protocolo se permitirá a los autorizados para hacerlo, como lo establece el art. 154 del Código de Organización Judicial. Mediando orden judicial, no vemos ningún inconveniente que proceda el examen del protocolo y la misma comunicación al Registro Civil.

Pero, si bien no procedería la consulta ilimitada o acceso ilimitado al protocolo para examinar la escritura de reconocimiento, ni tampoco la procedencia de la comunicación al Registro Civil, en el

interés del menor, el Notario tendría que elevar la escritura pertinente al Juez de menores, para que el mismo disponga lo que pudiera corresponder.

LA ADOPCIÓN

La adopción determina el parentesco, sin el expediente del vínculo de la sangre. En la nota al art. 4.050 del Código Civil, se lee que dicho Código no reconocía adopción de ninguna clase.

Por ley 831 del 7 de septiembre del año de 1.962, se incorporó al Código Civil, la adopción. Se podía tomar por hijo al que no lo era por los conductos normales o leyes de la naturaleza.

LEY 831. ESCRITURA PÚBLICA

La ley citada en su artículo 7 admitió la adopción recurriendo a la escritura pública. Y en los artículos siguientes ordenaba que la copia de la misma escritura se anotase en el registro civil del domicilio del adoptado en el libro especial destinado a ese objeto. Y paralelamente al margen de la partida de nacimiento del adoptado.

EL CÓDIGO DEL MENOR HA SUPRIMIDO LA INTRVENCIÓN NOTARIAL REEMPLAZÁNDOLA POR UN EXCLUVIO PROCEDMIENTO JUDICIAL

Toda solicitud en ese sentido deberá radicarse en el juzgado tutela del menor, ya que al titular del mismo le corresponde conocer y resolver sobre la adopción de menores como determina el art. 227 inc. D) de Código del menor.

De la solicitud presentada, el Juez correrá vista al Agente Fiscal de Menores y al del mismo, si lo tuviere. Cumplidos todos los Trámites previstos en el Art. 282 del Código de que se trata, quedará a cargo del Juez dictar la resolución final.

Como puede observarse, la formalización de la escritura pública que establecida el art. 7 de la derogada ley 831, ya no corresponde en el procedimiento de la adopción.

No es de la competencia del Notario elaborar el documento que registre la adopción, o sea, desde otra óptica que la adopción de menores no integra el ámbito de su competencia funcional.

Si el notario no tuviese en cuenta lo apuntado, su actuación será ineficaz por aquello de que para la validez del acto como instrumento publico es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones respecto a la naturaleza del acto como los consagra categóricamente el art.980 del código civil.

El notario no debe olvidar jamás que en lo notarial no tiene relevancia aquello de que lo no prohibido está permitido. Lo válido y orientado es lo siguiente: lo no permitido, está prohibido. La función notarial se encuentra rigurosamente reglada. Los notarios deben movilizarse exclusivamente dentro del área material y geográfico que se les ha asignado. Solamente así producirán documentos con el sello de la autenticidad.



Las nuevas legislaciones Paraguaya y Argentina sobre patria potestad

Prof. Dr. Guillermo Borda¹

Tanto en Paraguay como en la Argentina se han dictado nuevas leyes que introducen profundas reformas al régimen de la Patria Potestad, tal como fue concebido y legislado por el Código de Dalmacio Vélez Sársfield.

Desde la época en que fue sancionado aquel Código, se han producido ondas transformaciones en la manera de concebir el papel de la mujer en el matrimonio y en las relaciones paterno filiales. Vélez reconocía a ambos padres la Patria Potestad, pero reservaba su ejercicio al padre. Las nuevas legislaciones de nuestros países han incorporado el principio del ejercicio compartido de la Patria Potestad. Es justo que así sea, porque en la realidad de la vida, padre y madre comparten plenamente ese derecho, sobre todo en lo que tiene de más importante la Patria Potestad, que es la educación y formación moral de los hijos. Y es bueno que esta realidad se vea reflejada en la ley.

Ello explica que el sistema de la Patria Potestad compartida por ambos progenitores, haya sido adoptado por el Art. 156, C. Civil español, el Art. 316 del Código italiano, el Art. 1401 del portugués, el Art. 373 del belga, el Art. 213 del C. francés después de la reforma de 1970, el Art. 1627 del Código alemán; igual principio ha sido adoptado en Bolivia, Uruguay, Colombia, Costa Rica, México, Guatemala y por los países comunistas: Rusia, Yugoslavia, Alemania Oriental.

Tratándose de hijos matrimoniales, el Art. 67 del Código Paraguayo del menor establece que el padre y la madre ejercen con iguales derechos y deberes la Patria Potestad sobre los hijos habidos en

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 15-1986.

el matrimonio; por su parte, el nuevo Art. 264 del Código argentino establece que el ejercicio de la Patria Potestad corresponde conjuntamente al padre y a la madre. Pero ese ejercicio implica tantos y tan variados actos, algunos cotidianos y sin mayor trascendencia y otros trascendentes en la vida del menor, que se hace necesario arbitrar un sistema que por un lado, implique que no cualquier acto de ejercicio de la Patria Potestad deba necesariamente ser realizado conjuntamente por el padre y la madre y que por otro, establezca una solución legal para el caso de desacuerdo de los cónyuges.

La nueva legislación argentina prevé dos situaciones: los actos ordinarios de ejercicio de la Patria Potestad, respecto de los cuales establece la presunción de que los actos celebrados por uno de los padres cuentan con el consentimiento del otro, salvo que mediare expresa oposición; y los actos de particular importancia, respecto de los cuales se requiere el consentimiento expreso -ya no tácito- de ambos padres. Esos actos que la ley ha juzgado de especial importancia son los siguientes: autorizar al hijo para contraer matrimonio; habilitarlo de edad; autorizarlo para ingresar en comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; autorizarlo a salir de la República, ya que ello implica sustraer al menor del contralor de su Juez natural; autorizarlo para estar en juicio; disponer de los bienes inmuebles y derechos muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen; ejercer actos de administración de los bienes de los hijos, salvo que uno de los cónyuges delegue esa facultad en el otro.

En todo caso de desacuerdo entre los cónyuges cualquiera sea la importancia del acto y aún por nimia que esta sea, debe decidirla el Juez competente.

Como puede apreciarse, ha sido una preocupación del legislador argentino establecer una igualdad plena y total, casi diría matemática, entre los derechos padre y la madre. Pero esa igualdad total no se aviene con la naturaleza misma de la función del hombre y la mujer en el ejercicio de la Patria Potestad. Porque el hombre y la mujer son diferentes. Gracias a Dios. Y no es lógico una paridad plena en el ejercicio de sus derechos y deberes.

Por lo demás, el principio de que la mujer tiene iguales derechos que el hombre, sancionada por los estados americanos en la convención de Bogotá de 1948, no significa sino sentar un principio general que admite excepciones derivados de la naturaleza peculiar del hombre y la mujer. Así, esta es preterida para la tenencia de los hijos menores de 5 años y nuestros jueces se inclinan casi siempre a otorgar dicha tenencia a la madre aunque los hijos sean mayores de esa edad; con respecto a los alimentos, el marido debe prestarlos a la mujer sin necesidad de que esta pruebe que los necesita y es el hombre quien debe probar que no los necesita; en cambio, el hombre solo puede pretender alimentos, en casos de extrema necesidad de imposibilidad de procurarse el sustento; lo que debe probar, en el derecho argentino se reconoce a la nueva viuda sin hijos un derecho hereditario del que carece el yerno viudo sin hijos. Por ello no contraría el principio de la igualdad jurídica de los cónyuges que así como en ciertos casos la ley establece ciertas preferencias a la mujer se reconozcan en otros casos preferencias o prioridades al hombre, sobre todo cuando esas preferencias están sujetas al contralor judicial. Estamos de acuerdo en que ciertos actos, de particular trascendencia en la vida del menor, exijan un consentimiento conjunto y expreso de ambos padres; pero establecer respecto de los restantes actos que la decisión del Juez sea el recurso normal para zanjar los desacuerdos entre los cónyuges, me parece francamente destructivo de la unión familiar. Respecto de estos actos, debería predominar la decisión del padre, salvo un recurso judicial que la madre podría intentar en caso de ejercicio abusivo o evidentemente lesivo para los intereses del menor, para rever una decisión paterna con la cual no estuviera de acuerdo. Así lo aconsejó el Primer Congreso Hispano Americano de Profesores de Derecho de Familia reunido en Salta en 1983.

Se ha dicho por los defensores de la actual ley argentina, que poner en cabeza del padre la decisión definitiva en caso de desacuerdo con la madre, sería dejar las cosas en el mismo estado en que se encontraban en el Código de Vélez. Pero evidentemente no es así. En primer lugar, porque se reconocería a la madre un derecho de

impugnar judicialmente la decisión paterna; en segundo lugar, porque siempre se admitiría el recaudo del consentimiento expreso de ambos padres respecto de los actos más trascendentes del ejercicio de la Patria Potestad.

He dicho ya que la intervención del Juez como recurso normal para decidir los desacuerdos de los cónyuges, es francamente lesivo para la unión de la familia. Pero hay más. Muchos actos no pueden ser decididos por el Juez, simplemente porque no es el magistrado quien pueda tomar una decisión justa en algunos problemas muy delicados de la formación y educación moral del menor. Supongamos que uno de los padres quiera bautizar al hijo y el otro se oponga; que uno quiera inscribirlo en un colegio religioso y el otro quiera uno laico. ¿Cómo puede dejarse estos problemas en manos de un extraño a la familia como es un Juez? Probablemente, si este es religioso se incline por bautizar al menor y por inscribirlo en un colegio religioso; probablemente si es ateo, se inclinará por no bautizarlo o por inscribirlo en un colegio laico. Pero yo me pregunto si es razonable dejar en manos de un extraño a la familia, la decisión de un problema tan delicado.

Dejar la responsabilidad de estas decisiones al criterio del padre es cortar un nudo que no puede desatarse de otra manera; porque reitero, la intervención normal del Juez como árbitro de las desavenencias conyugales, no hace sino crear un factor de perturbación en la vida familiar.

En cuanto a la administración conjunta de los bienes del menor, el régimen argentino actual crea situaciones que no tienen solución adecuada. Supongamos que el padre quiera sembrar maíz en el campo del menor y la madre quiera sembrar girasol; o que el primero quiera sembrar trigo y la segunda lino. Hay que acudir al Juez, quien para resolver el problema tendrá que hacerse asesorar por un perito. Pero mientras este se nombra, acepta el cargo, se expida y el Juez resuelva, habrá pasado ya el tiempo para hacer la siembra. Esto ha obligado al legislador argentino a disponer que, en casos de graves o

persistentes desacuerdos sobre la administración de los bienes, cualquiera de ellos podrá requerir al Juez competente que designe a uno de ellos administrador (Art. 294). Pero la existencia de graves y permanentes desaciertos entre los cónyuges, pone de manifiesto un matrimonio destruido por la desavenencia o la incompatibilidad de caracteres. La intervención del Juez será entonces tardía.

Mucho mas prudente y sobre este punto tan trascendente -y me refiero no solo a la administración de los bienes del menor sino a cualquier desacuerdo sobre el ejercicio de la Patria Potestad- ha sido el legislador paraguayo. Conforme con el Art. 67 del Código del Menor, en caso de desacuerdo entre los progenitores prevalecerá la decisión del padre hasta que el Juez de Menores, en procedimiento sumarísimo, resuelve la cuestión tomando en cuenta el interés del menor. Y si bien esta disposición deja librada en última instancia la cuestión a la decisión del Juez, establece como principio que prevalecerá la decisión del padre; y es de esperar que los jueces paraguayos no alteren esa decisión sino en caso de que ella sea arbitraria, abusiva o contraria a los intereses del menor. Con lo que la decisión paterna adquiere una fuerza trascendental y se evita que cualquier divergencia, por mínimo que sea el desacuerdo, se lleve a la instancia judicial.

Supongamos ahora el caso de separación de los cónyuges. Ambas legislaciones coinciden en que, en ese caso, la Patria Potestad será ejercida por el padre o la madre a quien se haya otorgado la tenencia del menor. Es una solución acertada. Quién vive con sus hijos debe tener la plenitud del ejercicio de la Patria Potestad. Esta disposición favorece en la práctica a la madre. Ya dijimos que ambas legislaciones establecen una preferencia en favor de ella respecto de los hijos menores de cinco años; y cumplida esa edad los jueces no alteran el régimen de tenencia sino por causas graves. Más todavía: aún tratándose de menores de más de cinco años, los jueces argentinos prefieren salvo situaciones excepcionales, a la madre. Y es lógico que así sea, porque el padre normalmente está retenido la mayor parte del día en sus ocupaciones fuera de su casa, en tanto que la

madre, habitualmente tiene más tiempo para convivir realmente con sus hijos.

Todo ello demuestra que, en caso de separación de los cónyuges, la madre está privilegiada para el ejercicio de la Patria Potestad.

Pero debo destacar una importante diferencia entre el régimen paraguayo y el argentino. Mientras el primero reconoce el ejercicio de la Patria Potestad en toda su plenitud, al padre o madre a quien se otorgara la tenencia del menor, el régimen legal argentino hace excepción de los actos mas trascendentales del ejercicio de la Patria Potestad -que han sido enumerados taxativamente por la ley y a los cuales me he referido ya hace un momento- en cuyo caso, aún en caso de divorcio o separación de hecho, es necesario el consentimiento expreso de ambos cónyuges. A título anecdótico diré que el principal -sino el único- motivo de agravio que tenían las mujeres argentinas respecto del régimen del Código de Vélez que reconocía al padre el ejercicio de la Patria Potestad, era que si una mujer separada de su marido quería pasar unas cortas vacaciones con sus hijos en Paraguay, Punta del Este o Brasil, necesitaba indispensablemente la autorización del padre para poder sacar a los menores del territorio nacional. Resultaba humillante para la mujer tener que pedir la autorización de un hombre con el cual, generalmente, se encontraba en muy malas relaciones y, por lo demás, no era raro que el marido caprichosamente negara su autorización, lo que hacía necesario, para suplir su consentimiento, un complicado trámite judicial que cuando llegaba a su término a través de dos instancias, había pasado ya la época de las vacaciones. Y resulta ahora que con el nuevo régimen legal esa autorización paterna o la supletoria del Juez, sigue siendo indispensable. Ell no ocurre en el sistema paraguayo, en el cual, el cónyuge al cual se ha deferido la tenencia, ejerce en plenitud la Patria Potestad.

Examinemos ahora el supuesto de nulidad del matrimonio. Mientras la nueva ley argentina no establece preferencia para ninguno de los cónyuges, sean de buena o de mala fe, el Art. 75 del Có-

digo del menor paraguayo dispone que si el matrimonio fuere anulado y hubiere buena fe de ambos cónyuges los padres ejercerán con iguales derechos y deberes la Patria Potestad; pero agrega sabiamente que si solo uno de ellos fue de buena fe, la ejercerá este, pero el de mala fe tendrá la obligación de prestar alimentos a sus hijos en la proporción que fije el Juez.

Esta distinta manera de legislar sobre este punto, suscita algunas consideraciones sobre la naturaleza y carácter de los derechos y deberes propios de la Patria Potestad. Sabido es que en el derecho romano primitivo el *pater familiae* tenía sobre sus hijos poder de vida y muerte; podía pignorarlos, alquilarlos, venderlos, disponer de sus bienes; tenía derecho a juzgarlos y condenarlos en judicium privata. Las potestades del padre subsistían hasta su muerte, cualquiera fuera la edad de los hijos. Es verdad que estos poderes fueron atenuándose con el tiempo sobre todo bajo la influencia moderadora de la Iglesia Católica, pero siguió subsistiendo el concepto de que debe atribuirse al padre amplios poderes sobre sus hijos. Este concepto de la Patria Potestad pasó a la antigua legislación española. Y así las Partidas vigentes en nuestros países hasta la sanción del Código Civil, otorgaba a los padres poderes casi absolutos. Incluso permitían la venta y empeño de los hijos en caso de extrema necesidad (Partida 3, tít. 17, ley 7) si bien el cristianismo, ya lo dije, había insuflado a las leyes un nuevo espíritu: la Partida 4, ley 18, tít. 18 prescribía que “el castigamiento de los hijos debe ser con mesura y con piedad”.

En el derecho moderno, se ha operado un cambio notable en esa antigua concepción de la Patria Potestad. Esta es concebida no ya solo como un conjunto de derechos sobre los hijos, sino como un conjunto de derechos y deberes respecto de los hijos. Más aún, se ha puesto el acento sobre todo en los deberes. Y se ha llegado a sostener que todos los problemas vinculados con el ejercicio de la Patria Potestad deben apreciarse y resolverse mirando exclusivamente el interés de los hijos. Eso nos parece, una concepción errónea. La Patria Potestad no se agota en los deberes que impone a los padres, ni en la función social contenida en esos deberes. Implica también derechos

que los padres tienen en su calidad de tales y que, por consiguiente, constituyen verdaderos derechos naturales. Tales por ejemplo, el derecho de educar a los hijos, de plasmar su espíritu, de formarlos de acuerdo con sus ideales morales, religiosos o políticos. Así, un padre católico tendrá el derecho de iniciar a sus hijos en esa religión, un padre judío tendrá la potestad de educarlos en el judaísmo; un padre comunista tiene el derecho de formar a su hijo en su ideología política. Deliberadamente me he referido a los padres comunistas, que profesan una ideología tan aberrante, tan contraria a la religión mayoritaria de nuestros pueblos, tan contraria a nuestros ideales de libertad y democracia, para señalar hasta que punto juzgo que el derecho de los padres de orientar a sus hijos es de derecho natural y no puede ser interferido por los Órganos del Estado.

Por eso mismo, nadie puede ser privado del ejercicio de la Patria Potestad sin justa causa. Y por ello resulta plausible la ley paraguaya encunto dispone tuviera a su cargo la guarda o tenencia del menor; esta solución parte del supuesto de que ambos padres hubieran reconocido al hijo. Pero si solo uno de ellos lo hubiere reconocido, es obvio que él tendrá el ejercicio de la Patria Potestad.

Puede ocurrir que habiendo con vivido los padres extramatrimoniales se separen de hecho ¿a cuál de ellos preferir? El Código del menor dispone que en tal caso decidirá el Juez de Menores; teniendo en cuenta la edad y el interés de ellos; los menores de cinco años quedarán preferentemente a cargo de la madre (Art. 100). Pero luego, en el Art. 102 se da una directiva que conviene destacar. Se dispone que si el padre o madre fuere soltero o viudo, le corresponde ejercer la Patria Potestad sobre el hijo extramatrimonial, con preferencia sobre aquel que fuere casado. La disposición es indudablemente acertada, porque un hijo extramatrimonial en una familia legítima, suele ser un motivo de perturbación de las relaciones entre padres e hijos y entre estos entre sí.

Pero cabe preguntarse qué ocurre si el hijo extramatrimonial tiene menos de cinco años (lo que engendra una preferencia en favor de la madre) y la madre es casada en tanto que el padre es soltero (lo

que engendra una preferencia legal en favor del padre). Entran así en colisión dos preferencias legales, que; el Juez deberá resolver teniendo en cuenta las circunstancias y el interés bien entendido del menor.

En lo que se refiere a los derechos y deberes inherentes a la Patria Potestad, ambas legislaciones coinciden fundamentalmente y con pocas variaciones han acogido lo dispuesto ya en el Código de Vélez Sársfield. Los padres tienen el deber y el derecho de criar a sus hijos, de alimentarlos, educarlos y orientarlos en su formación; tienen el derecho de corregir moderadamente a sus hijos; pueden exigir de estos que les presten los servicios propios de su edad, sin derecho de los hijos a pretender remuneración alguna; tienen asimismo el usufructo de los bienes de los hijos salvo que se tratare de bienes adquiridos por el trabajo o industria de los hijos, de los que hereden por motivo de la indignidad o desheredación de sus padres (innecesario resulta aclarar que si uno solo de los padres fue desheredado o declarado indigno, el usufructo, corresponderá al otro) o que fueron donados o legados a los hijos con la condición de que el usufructo corresponde a este el inc. c) del Art. 83 del Código del menor paraguayo, excluye también del usufructo paterno los bienes adquiridos por el hijo por caso fortuito. Es, nos parece, un error. No se ve motivo por el cual los padres deban quedar privados de la administración y usufructo de estos bienes. Tanto más cuanto que la hipótesis más frecuente de caso fortuito será el juego y no parece razonable estimular en los menores, ese tipo de actividad.

Si los hijos menores adultos ejercieran algún empleo, comercio o industria, se presumirá que están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes a dichas actividades; las obligaciones que nacieren de estos actos recaerán solamente cuya administración o usufructo no tuvieren los padres.

La legislación paraguaya no tiene una norma similar al Art. 128, Código Civil argentino, reformado en 1968 por ley 17.711. Según esta norma desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización

de sus padres; el mismo derecho tienen los menores que hubieren obtenido título habilitante. En estos supuestos el menor puede administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos.

La norma dice que el menor que ha cumplido 18 años puede trabajar aún sin consentimiento de los padres; y se ha interpretado con razón que puede hacerlo aun contra de la voluntad expresa de sus representantes legales. Lo que la ley ha querido es que el trabajo de los menores no dependa ya de la voluntad de sus padres.

No solo estos menores están autorizados a trabajar sino también a disponer libremente de los bienes adquiridos, con su trabajo, lo que significa que inclusive pueden hacer donación de ellos. En cambio, estos menores no pueden administrar ni disponer de los bienes que hubieran adquirido por otro título, como por ejemplo, donación, legado o juego, ni de sus frutos o productos, todos los cuales continúan bajo la administración de su padre o tutor. Y desde luego, el menor sigue bajo la Patria Potestad, lo que marca sobre los bienes una notable diferencia entre su Situación y la de los menores emancipados, sea por matrimonio o por habilitación de edad; pero sobre los bienes que el menor ha adquirido con su trabajo, el padre no tiene el usufructo.

Esta reforma es muy importante y obedece a una necesidad impostergable de la juventud moderna. Tanto la evolución social como un desarrollo más precoz de las facultades mentales. En derivada de los nuevos métodos educativos y del progreso de los medios de difusión, particularmente la prensa y la televisión, han despertado en los jóvenes una acuciante apetencia de trabajar e independizarse económicamente, de sus padres.

El legislador paraguayo no ha creído conveniente introducir una norma similar; le ha parecido suficiente la presunción de que los menores adultos que trabajan lo hacen con autorización de sus pa-

dres y con reducir la edad de la mayoría de los veinte años. No obstante la importancia de estas disposiciones, considero que la incorporación al derecho positivo paraguayo de una disposición similar a la del Art. 128 argentino, hubiera sido altamente conveniente. Porque autoriza a los menores que han cumplido 18 años a celebrar contratos de trabajo aún contra la oposición de los padres, lo que me parece positivo.

Bueno es recordar que en la legislación moderna tiende a prevalecer la regla de que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años. Así lo han dispuesto en Francia la ley del 5 de Julio de 1974; en Italia la ley del 8 de Marzo de 1975; en España el art. 12 de la Constitución Nacional, en México la ley del 31 de Enero de 1970; es también la solución del common law y de los países dominados por la influencia soviética.

Y aunque esta solución me parece excesiva, porque a los 18 años no se tiene todavía la experiencia suficiente para afrontar con la debida discreción de juicio, todos los problemas que implica la plena capacidad, en cambio sí pienso que es razonable autorizarlo a trabajar aún contra la voluntad paterna y a administrar y disponer de los bienes adquiridos con su trabajo.

En cuanto a la suspensión, pérdida y terminación de la Patria Potestad, ambas legislaciones coinciden casi textualmente.

La Patria Potestad se suspende por ausencia del padre declarada judicialmente, por incapacidad mental, por hallarse el padre sufriendo pena de prisión, por su ebriedad consuetudinaria o drogadicción. La ley argentina hace referencia expresa a los casos de inhabilitación de los incs. 1 y 2 del Art. 153 del Código Civil, lo que no hace el Código del menor paraguayo que fue dictado cuando todavía la inhabilitación no se había incorporado al Código Civil; pero los supuestos a que hace referencia el Art. 104 del Código del Menor son similares a los de la norma argentina antes citada.

La Patria Potestad se pierde por haber sido los padres condenados por delitos contra la persona o los bienes de los hijos, sea como

autor, instigador o cómplice: por abandono hecho de lo hijos; por dar-tes ejemplos o consejo inmorales o colocarlos a sabiendas en lugares peligrosos para la vida, la salud o la moral de sus hijos; por inducirlos a atentar contra el orden público y las buenas costumbres.

Finalmente, la Patria Potestad termina por muerte del padre o del hijo; por haber llegado este a la mayoría de edad, lo que en el Paraguay conforme con el nuevo Código Civil ocurre a los veinte años y en la Argentina a los veintiuno; y por emancipación de los hijos, sea por matrimonio o por habilitación de edad.

He trazado un bosquejo de las principales disposiciones relativas a la Patria Potestad que rigen en ambos países, para poner de manifiesto el paralelismo que existe entre las dos legislaciones. Ese paralelismo se pone de relieve también en la adopción por el nuevo Código Civil Paraguayo de muchas instituciones incorporadas al Código Civil Argentino por la ley 17.711. Aún después de dictado en Paraguay un nuevo Código Civil y de reformado profundamente en la Argentina el viejo Código de Vélez, nuestras legislaciones tienen sustancialmente una similitud que está poniendo de manifiesto la unidad espiritual de dos pueblos hermanos.



Reflexiones sobre aspectos procesales del otorgamiento de la guarda a la luz de la ley de adopciones

Dr. Silvio Rodríguez¹

*“Obra de tal manera que puedas querer que el motivo que te
ha llevado a obrar sea una ley universal”*

Enmanuel Kant

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2010.pdf. (pág. 31)



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2- 2010.
Miembro del Tribunal de Apelacion de la Niñez y de la Adolescencia.

Restitución Internacional de menores

Instrumentos jurídicos internacionales ratificados por la República del Paraguay

María Eugenia Giménez de Allen¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_4_2011.pdf. (pág. 25).



¹ Publicado en la Revista Judicial Gaceta 4-2011.

Miembro del Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia de la Circunscripción Judicial de Central. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Ntra. Señora de la Asunción”. Jueza Enlace por la República del Paraguay para la aplicación del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles sobre Sustracción Internacional de Menores, designada por Resolución de la CSJ N° 807 de fecha 25 de mayo de 2011.

Efectividad y protección jurídica a la niñez de los pueblos originarios

Carolina Lapierre de Schmalko¹

“Escuchemos todas las voces de los pueblos indígenas, y actuemos como sus asociados para proteger los derechos de los pueblos indígenas, particularmente de la niñez indígena. Ello no solo contribuirá a subsanar errores históricos y suprimir injusticias actuales, sino a enriquecernos a todos. Con nuestra ayuda, las niñas y niños indígenas de hoy pueden ser los líderes del mañana” (Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, Noviembre del 2003).

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2012.pdf. (pág. 25).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2012

Abogada, Alumna Distinguida, egresada de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Sede Regional de Itapúa (Año: 1.996) Estudio de Post-grado: * Notaria, Alumna Distinguida, egresada de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Sede Regional de Itapúa (Año: 2.002). *Completando el curso de 700 horas cátedras del Curso Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Americana Sede Central Asunción, en etapa de presentación de tesis. *Actualmente Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia. * Coordinadora del Área Niñez y Adolescencia de la U.D.H. de la C.S.J. (Itapúa). *Encargada de la Cátedra de Derecho de la Niñez y la Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Itapúa. *Condecoración: Comisión Nacional del Bicentenario otorgada a los Grandes hacedores del Bicentenario Patrio.

Las Reglas de Brasilia como instrumento para favorecer el acceso a la justicia de los adolescentes infractores

Irma Alfonso de Bogarín¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2012.pdf. (pág. 27).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2012.

La Dra. Irma Alfonso de Bogarín es Integrante del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia de Asunción. Docente de la Escuela Judicial Paraguaya, de la Maestría de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, de la UNINORTE y del Doctorado de la Universidad Católica - filial Villarrica. En el ámbito internacional se destaca como Co-Presidenta de la Asociación Internacional MERCOSUR de Jueces de la Infancia y Juventud. Asimismo, es Miembro de la Red Internacional de Jueces de la Haya.

Apreciaciones sobre un fallo judicial

Dra. Inocencia Alfonzo de Barreto¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2012.pdf (pág. 41).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2012.
Miembro del Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia. Paraguari.

El Maltrato infantil

Análisis del Maltrato Infantil en sus diversas formas: Maltrato Físico, Maltrato Emocional y Abuso Sexual. Marco Jurídico

María Teresa Garcete de Sosa¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_3_2012.pdf. (pág. 29).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 3-2012.

Defensora Pública de Pobres y Ausentes de la Niñez y Adolescencia. Docencia universitaria. Postgrados: Diplomada en Derecho de la Niñez y la Adolescencia, Didáctica Universitaria. Egresada de la Escuela Judicial del Paraguay. Diplomada en Mediación y otros Medios Alternativos de Conflictos. Varias publicaciones en la materia.

DERECHO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Restitución Nacional e Internacional

Manuel Silvio Rodríguez¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_4_2013.pdf. (pág. 25).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-2013.

Miembro del Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia. Curso Superior de Didáctica Universitaria. Profesor de la Cátedra Lógica Jurídica, Derecho Procesal Civil y Derecho de la Niñez y la Adolescencia en la Universidad Privada del Este. Profesor de la Cátedra Derecho de la Niñez, Derecho Civil (Hechos, Actos Jurídicos y Obligaciones) en el PostGrado de la Universidad Tecnológica e Intercontinental (U.T.I.C.). Varias menciones y reconocimientos recibidos por su cooperación en el mejoramiento de la Justicia y la jurisdicción. Autor de monografías y libros en materia de Niñez y Adolescencia. Instructor y expositor de varios Cursos y Seminarios en toda la República.

La atribución jurisprudencial del régimen de convivencia de los hijos ante la situación de ruptura de la relación de pareja

Lilian Lorena Rojas de Cardozo¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_3_2018.pdf. (pág. 21)



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 3-2018.

Abogada por la Universidad Nacional de Asunción. Egresada de la Escuela Judicial Paraguaya. Máster en derecho de familia, niñez y adolescencia, Universidad del Pacífico. Defensora Pública en lo Civil, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Capital.

Los medios telemáticos como acceso a justicia en el fuero de la Niñez y Adolescencia

Pili Rodríguez¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2021.pdf. (pág. 21).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2021.

Jueza de la Niñez y Adolescencia del Segundo Turno de la Ciudad de Luque. Abogada, Notaria y Escribana Pública. Magister en Planificación y Conducción Estratégica Nacional. Especialista en Proceso, Arbitraje y Mediación por la Universidad de Salamanca, España. Egresada de la Escuela Judicial del Paraguay del Consejo de la Magistratura. Formadora Iberoamericana de Ética Judicial, Docente de Grado y Posgrado. Ponente Invitada en la Escuela Judicial del Poder Judicial de Lima Sur en agosto y octubre de 2020.

El paso de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral en la niñez

Yngrid Susana Yambay Jacquet¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_3_2022.pdf. (pág. 17).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 3-2022.

Jueza de la Niñez y la Adolescencia. Poder Judicial. San Lorenzo, Paraguay. Email: ingridyambay@hotmail.com. Abogada y Notaria Pública (UCA). Escuela Judicial (2005). Magister, Especialista y Diplomada en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia (Univ. del Pacifico). Postgraduada en Psicología y Psiquiatría forense (Univ. Columbia), en Teoría y Práctica del derecho de familia y del niño en el siglo XXI (Univ. de Buenos Aires), en Derecho Constitucional (Univ. de Salamanca), Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Univ. de Bolonia), Especialista en Didáctica de la Educación Superior (UNA). Diplomada en Argumentación Jurídica, en Interpretación Constitucional, Bioética y Bioderecho y en Métodos de Resolución Alternativa de Conflictos con énfasis en mediación y conciliación (Escuela Judicial). Doctorando en Ciencias Jurídicas (Unibe Cohorte 2020).

Efectividad de las estrategias de prevención y el abordaje del abuso sexual infantil

Yngrid Susana Yambay Jacquet¹

Diana Verónica Arguello Cañiza²

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2023.pdf. (pág. 15).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1/2023.

Abogada y Notaria Pública. Egresada de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Egresada de la Escuela Judicial. Magister, Especialista y Diplomada en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Postgraduada en Psicología y Psiquiatría forense, en Derecho de familia y del niño, en Derecho Constitucional. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Especialista en Didáctica de la Educación Superior. Diplomada en Argumentación Jurídica, en Interpretación Constitucional, Bioética y Bioderecho y en Métodos de Resolución Alternativa de Conflictos con énfasis en mediación y conciliación. Docencia Universidad Católica. Doctorando en Ciencias Jurídicas. Juez de la Niñez y Adolescencia, Poder Judicial, San Lorenzo.

² Abogada y Notaria Pública. Egresada de la Universidad Nacional de Asunción. Magister en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Doctorando de la Promoción I del Programa Doctorado en Desarrollo y Seguridad Estratégica Nacional del Instituto de Altos Estudios Estratégicos (IAEE). Egresada de la Escuela Judicial del Paraguay y del Diplomado en Bioética, Bioderecho y Derechos Humanos. Especializaciones en Didáctica de la Educación Superior, en Inteligencia Estratégica, Procedimientos generales y específicos en materia de Niñez y Adolescencia. Posee varios títulos, represento a Paraguay ante diversas instancias nacionales e Internacionales.

¿El derecho a la identidad está situado por encima del Interés Superior del Niño?

María José Seijo Ayala¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2023.pdf. (pág. 43).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2023.

Abogada y Notaria por la Universidad Nacional de Asunción. Masterando en Derecho de Familia Niñez y Adolescencia por la Universidad Iberoamericana. Especialista en Didáctica de la Educación Superior por el Rectorado de la U.N.A. Diplomada en Mediación de Conflictos por el ISEHF y Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia por la Escuela Judicial del Paraguay y el Instituto René Cassin.

Derecho Laboral

ITAIPÚ. Normas de Trabajo y Seguridad Social

Felipe Santiago Paredes¹

Cada esquema Laboral concebido y aplicado responde a determinadas necesidades, convicciones, valoraciones y experiencias.

La ITAIPÚ es una Entidad Binacional creada por el Tratado suscripto entre la República del Paraguay y la República Federativa del Brasil el 26 de abril de 1973. Constituyen sus órganos principales: el Consejo de Administración (delibera y decide) y el Directorio Ejecutivo (decide y ejecuta).

En la Dirección Ejecutiva coexisten seis áreas competentes en razón de la materia (General, Técnica, Financiera, Administrativa, Coordinación y Jurídica). Sin embargo, impera el orden. Y la unidad institucional es granítica.

Para la realización de los servicios de subsistencia y apoyo la ITAIPÚ contrata empleados. Las relaciones entre ella y sus dependientes están reguladas por los documentos mencionados a continuación:

TRATADO DE ITAIPÚ Y ANEXO A (Art. XVIII inc. c; Art. 20);

REGLAMENTO INTERNO DE LA ENTIDAD (Art. 25 párrafo 17, Art. 48 párrafo 18, Arts. 52, 54, 64 y 78);

PROTOCOLO SOBRE RELACIONES DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL;

ACUERDO ADMINISTRATIVO REGLAMENTARIO sobre prestación de servicios médicos, referente a la extensión y modalidades de los servicios a cargo de los órganos directivos de seguridad

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-1983.

social, la coordinación entre los mismos y el régimen de compensaciones;

ACUERDO ADMINISTRATIVO COMPLEMENTARIO sobre Higiene y Seguridad del Trabajo que obliga al examen médico admisiona- l y periódico, fija adicionales por insalubridad y peligrosidad, ordena constituir Comisiones Internas de Prevención de accidentes y prevé la elaboración de los Actos Normativos;

ACTOS NORMATIVOS de actividades insalubres y operaciones peligrosas, reglas prácticas para evitar enfermedades profesionales o daños a la salud. Procuran eliminar los actos y las condiciones inseguras. Reducen pérdidas de vidas humanas;

REGLAMENTO DEL PERSONAL. Consolida y perfecciona las disposiciones laborales y de Seguridad Social. Expresión del poder normativo para garantizar el contenido del contrato individual, el orden y la disciplina;

MANUAL DE ADMINISTRACIÓN DEL PERSONAL, conformado por Resoluciones del Directorio Ejecutivo referentes a la Administración de los recursos humanos.

CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO, que permite mediante el juego de la autonomía de la voluntad, el acuerdo para establecer condiciones especiales o de excepción que interesan a las partes.

En cumplimiento del art. XX del Tratado de ITAIPÚ, el 11 de febrero de 1974, las Altas Partes Contratantes suscribieron el Protocolo Adicional sobre Relaciones de Trabajo y Seguridad Social, ratificado en el Paraguay por Ley N° 439 del 19 de julio del mismo año. Dicho documento conocido también como PROTOCOLO 1, consagra la aplicación de tres clases de normas: a) territorial; b) especiales uniformes; y c) más favorables al trabajador, consideradas en conjunto.

La territorialidad de la ley o la ley del lugar de celebración del contrato individual de trabajo rige en cuanto a: **Capacidad jurídica**

del trabajador, la formación y prueba del contrato, derechos sindicales de los trabajadores, la competencia de los jueces y tribunales, derechos y obligaciones de la ITAIPÚ y de sus empleados en materia de seguridad social y la identificación profesional.

Independientemente del lugar de celebración de los contratos fueron creadas las **normas especiales uniformes**. Substituyen a las reglas que están en vigor en Paraguay y Brasil.

He aquí los asuntos por ellas regulados:

LA JORNADA DE TRABAJO: duración 8 horas, con pausa intermedia para descanso y alimentación. No distingue entre período diurno, nocturno y mixto.

Edad mínima para contratación de un paraguayo: 18 años. Un Acto Normativo estableció que las actividades insalubres tienen duración máxima de 6 horas por día. Están sujetos a la jornada normal con todos sus efectos, aquellos dependientes que realizan tareas de vigilancia e inspección y los que con motivos del trabajo se enteran de secretos. Solamente se los excluye a los jefes, asesores, administradores de bienes y dinero.

PRÓRROGA DE LA JORNADA: hasta dos horas diarias, por acuerdo individual o colectivo, debido a fuerza mayor o para atender servicios impostergables por su naturaleza;

VALOR DE LA REMUNERACIÓN de horas extraordinarias no inferior a 25%, a ser negociado entre partes. En la zona de obras se elevó al 50%;

ADICIONAL POR TRABAJO NOCTURNO realizado entre las 21 y las 5:30 horas;

PRE-AVISO DE 30 DÍAS en los contratos sin plazo. Cursado u omitido, su duración integra la antigüedad. Es práctica abonar el importe substitutivo. No tener preavisados;

INDEMNIZACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIO cuando el contrato es indeterminado. Un mes del sueldo más alto por cada año de trabajo efectivo y por fracción igual o superior a 6 meses;

INDEMNIZACIÓN DEL 70% al término de todo contrato laboral para obra cierta.

Las Normas más favorables, en conjunto. La propia Entidad considera oficialmente como tales aquellas que regulan el régimen de vacaciones del Brasil, cuya duración máxima es de 30 días corridos, después de cada 12 meses de servicio, y el tiempo de prescripción de acciones laborales de dos años.

El aguinaldo paraguayo es un beneficio social inembargable. El derecho no se pierde. Es más ventajoso que el **decimotercer** salario del hermano país, abonado en cuotas. Existen otras.

ITAIPÚ, como cliente interesado en hacer construir las obras principales y auxiliares, suscribe contratos de naturaleza civil con firmas constructoras, fabricantes y Locadores de Servicios. Cada documento incluye cláusulas laborales padronizadas: nómina del personal, comunicación de entrada y salida, cantidad de trabajadores, calidad de la mano de obra, disciplina, salarios, higiene, seguridad, importe de cargas sociales destinadas a los trabajadores, seguro complementario en caso de accidentes, etc.

Los trabajadores son dependientes del Contratista o Locador de Servicios.

Se resumen así las normas aplicables a esas relaciones:

El ámbito normal de vigencia de estas normas, para Contratistas o **Locadores y sus respectivos subordinados, es la zona prioritaria.**

Fuera de la misma rige la Legislación prevista en el Contrato Civil, que puede ser también el correspondiente al esquema último, o la propia de cada país.

La fiscalización del cumplimiento de normas laborales la realiza ITAIPÚ, sin perjuicio de la que corresponde a las autoridades competentes del Paraguay y Brasil en sus respectivos territorios.

Los esquemas laborales aplicados en ITAIPÚ y la zona de obras logran los objetivos previstos y armonizan con la misión tutelar ínsita en el nuevo derecho. En ese sentido, se complementan con las condiciones apropiadas, preparadas por la Entidad para cada trabajador y su familia, como la vivienda decorosa y gratuita, lugares de recreación suficientes y adecuados, medios de transporte, facilidades para escolares, seguro de vida y accidentes personales, compensación por menor sede, gastos de traslados, viáticos, asistencia médica complementaria de alto nivel, alimentación variada, abundante, científicamente controlada.

Las comodidades materiales y Programas ejecutados son partes de una filosofía que considera al trabajador como el elemento más importante para la construcción de la USINA HIDROELÉCTRICA. Son pruebas de dignificación del trabajo.

Contrato Civil

ITAIPÚ

que contiene
cláusulas
laborales

CONTRATISTA

o

LOCADOR DE SERVICIOS

- Tratado de Itaipú y Anexos, en lo pertinente.
- Protocolo Adicional sobre relaciones de trabajo de Contratistas con sus respectivos trabajadores (Protocolo 2).
- Acuerdo Administrativo Reglamentario sobre Prestación de Servicios Médicos.

DERECHO LABORAL

- Acuerdo Administrativo Complementario sobre Higiene y Seguridad de Trabajo.
- Actos Normativos.
- Cláusulas laborales incluidas en el Contrato suscrito entre Itaipú y la Empleadora (con anexos).
- Reglamento Interno de la Empleadora.
- Contrato Individual de Trabajo.

TRABAJADOR.



Aspectos procesales de la estabilidad en el trabajo

Dr. Jorge Darío Cristaldo M¹

INTRODUCCIÓN:

El objetivo propuesto al preparar este ensayo ha sido demostrar que la estabilidad especial, tal como está regulada por el Código, dentro de las limitaciones teóricas y prácticas, es un instituto que favorece efectivamente la conservación del empleo durante toda la vida útil del trabajador, siempre que este no incurra en violación grave de sus deberes contractuales para el empleador.

El análisis de la tendencia de la rica y valiosa jurisprudencia paraguaya sobre esta materia, revela su voluntad de hacer cumplir la finalidad de la estabilidad, en el beneficio del trabajador, pero ella aún está aún está trabada por algunos preconceptos erróneos de cierta doctrina y por la falta de mayor claridad y coherencia lógica, como creemos demostrar más adelante.

Aquí no se estudia la estabilidad como instrumento que afecta la relación laboral en cuanto tal, sino de los aspectos procesales que garantizan su eficacia en nuestro derecho positivo; sin pretender agotar tampoco todos los problemas atinentes a la cuestión, que la casuística revela como casi inagotables.

De cualquier manera, hemos recurrido a nuestra experiencia profesional y docente al plantear algunos casos más comunes, analizándolos con rigurosidad lógica, para arribar a conclusiones que facilitan la labor judicial en su alta y noble función de aplicar el derecho como instrumento de la justicia.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 5-1984.

CASOS QUE PUEDEN PRESENTARSE

I. Despido sin alegarse causa alguna o por causa no autorizada por la ley. V.g reorganización administrativa, motivos económicos, etc. Es un caso claro de despido **ILEGAL**.

I. 1. El trabajador así despedido tiene las siguientes opciones procesales:

I.1.1. promover demanda peticionando la declaración de nulidad del despido y el cumplimiento del contrato o “restablecimiento del vínculo”, según Frescura (1), esta acción puede promoverla dentro del plazo de un año a contar desde la fecha de la cesantía.

I.1.2. aceptar el despido y reclamar las indemnizaciones correspondientes; deben promoverse dentro del plazo de treinta días a contar desde la fecha de la separación.

I. 2. No está autorizado el trabajador a promover conjuntamente ambas acciones, porque son contradictorias; sin embargo, si se promueve demanda por la nulidad del despido y el cumplimiento del contrato, la jurisprudencia admite que subsidiariamente se pida el pago de las indemnizaciones, aunque en puridad este pedido es irrelevante e innecesario. También se ha dado el caso de que, habiéndose demandado la nulidad del despido y el cumplimiento del contrato durante el transcurso del proceso el empleador se allana a abonar al actor las indemnizaciones legales, alegando incompatibilidad personal. Si el trabajador acepta no existe inconveniente en que la sentencia admita la demanda del trabajador y en vez del reintegro se condene al empleador a abonar las indemnizaciones legales.

I. 3. El empleador cualquiera sea la acción que hubiere deducido el trabajador, no tiene otra alternativa que allanarse a las pretensiones del mismo, aun cuando pudo discutirle algunos hechos, como la antigüedad, el monto del salario etc., pero en cuanto a las pretensiones en sí mismas, el empleador carece de defensa de fondo que pueda oponer, atento a lo dispuesto por los Art. 95 y sgts del Código del Trabajo.

I. 4. Contenido de la sentencia: depende de la petición del trabajador

I.4.1 Si opto por la nulidad del despido y el cumplimiento del contrato, además de la declaración de nulidad, la sentencia condenará al empleador a:

I.4.1.1 Reintegrar al trabajador, dentro del plazo fijado en el cargo y funciones que tenía antes del despido, con las mismas condiciones del trabajo.

I.4.1.2 Pagar el salario caído y además remuneraciones correspondientes al trabajador, durante todo el periodo de duración del proceso, desde el momento en que se presentó la reclamación formal, hasta el momento efectivo del reintegro del trabajador. Los fallos del tribunal del trabajo, por ahora solo admiten el pago de las remuneraciones hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, excluyendo las vacaciones remuneradas.

En estos casos la sentencia actúa como una condición suspensiva de la que depende el resarcimiento de la relación (2).

I.4.2. Si se optó por reclamar directamente las indemnizaciones significa que el trabajador confirma la conclusión del trabajo, poniendo solo en juego la determinación de la responsabilidad patronal y en consecuencia, el empleador será condenado a abonar el trabajador las siguientes indemnizaciones:

I.4.2.1. Por falta de preaviso, una cantidad equivalente a su salario durante el preaviso osea el importe de noventa jornales (Art. 88 inc. Código de Trabajo).

I.4.2.2. Por resolución injustificada del contrato, una cantidad equivalente a treinta jornales por cada 3 años o fracción de antigüedad (art 92 y 98).

I.4.2.3. La indemnización complementaria del Art. 84 del Código de Trabajo. Cuyo monto será equivalente a los salarios que habrían de devengarse desde que el trabajador presentó su reclamación

formal hasta la decisión de la autoridad competente, salvo que está tomando en consideración las circunstancias del caso y con criterio de equidad resuelva reducir dichos devengos. Si bien es cierto que este artículo habla de “salarios”, no se trata de lo que define el Art. 228 del Código de Trabajo retribución que debe pagar el empleador al trabajador por su trabajo. Aquí el salario es solo una medida, pero no lo identifica con la indemnización, aquí salario es solo una expresión reducida de un concepto más amplio, equivalente a indemnización igual importe de los salarios que habrían que devengarse al trabajador. En realidad, se trata de una medida indemnizatoria y no en rigor de una situación especial de salario (3). Habiéndose aceptado la terminación de la relación laboral, solo queda en juego el problema de determinar a cargo de quien quedó la responsabilidad consiguiente y con qué cuantía. Es obvio que la relación laboral extinguida no puede generar la obligación de pagar salarios después de su terminación.

“El Art. 97 Código de Trabajo es inconfundible con el Art. 84 del mismo. El primero trata de salarios y el otro sobre la indemnización complementaria variable (Ac. 15/74).

Observación: Cuando el juez anula el despido en este punto la **sentencia es declarativa**. En general la doctrina admite que en todo caso de incertidumbre jurídica, que no tenga otro medio de solución que el de un fallo judicial justifica una acción de mera declaración y una sentencia de esta naturaleza tiene efectos de condena, pues impone al empleador el cumplimiento de prestaciones, ya sea en sentido positivo (dar, hacer), ya sea en sentido negativo (no hacer, abstenerse).

La condena a que será conminado el empleador depende de la **cosa demandada** por el empleador.

Pareciera a primera vista, que al trabajador despedido no le estaría permitido demandar directamente las indemnizaciones, primero, porque con ello se confirma un despido nulo absolutamente, lo cual según los principios del derecho civil, no sería posible, segundo

porque la ley parece autorizar solamente la acción de cumplimiento o de restablecimiento del vínculo laboral (Art. 97 del Código de Trabajo). Sin embargo, nuestra jurisprudencia en forma pacífica y reiterada, admite el reclamo directo de las indemnizaciones, veamos algunos fallos “El trabajador elige: Indemnización o reposición”. El magistrado inferior es partidario de la reposición de todo trabajador estable, al margen de la voluntad de las partes. La elección de indemnizaciones en lugar de reposición se planteó desde el principio. El juez no puede cambiarla porque se expediría sobre una acción no deducida en juicio (causal de nulidad) que escapa a la facultar extra-petita consagrada en el Art. 229 del Código Procesal de Trabajo (Ac. 28/7) (5). “La suerte de la demanda está condicionada por la forma como quedó trabada la Litis. Reclamadas las indemnizaciones, el derecho de opción del dependiente quedó manifestado. No es posible rever la decisión, y sustituirla por la reinstalación, debido a la petición que aparece en la expresión de agravios” (Ac. 47/71) (6) “Las obligaciones económicas emergentes del hecho (del despido ilegal) fueron aceptadas en principio pues los despedidos ya percibieron el importe de las inmutaciones aguinaldo y vacaciones. Entonces aquellos que pretendían la reinstalación por ser estables y subsidiariamente las indemnizaciones ya hicieron la elección. La reposición ordenada por el inferior queda revocada” (Ac.13/72) (7).

En materia laboral, los efectos de la declaración de nulidad no son los mismos que en materia civil o mercantil, puestos están atemperados por las normas legales y en principio pro-operario o tuitivo, que impregna todo el derecho laboral, por eso, el trabajador estable no puede ser obligado a reintegrarse al empleo contra su voluntad; por otra parte el Art. 98 Código de Trabajo permite que el trabajador alegue incompatibilidad de índole personal, para que el empleador esté obligado a pagarle las indemnizaciones por despido injustificado de acuerdo con su antigüedad. Si la ley autoriza al trabajador alegar la incompatibilidad y reclamar las indemnizaciones luego de que el juez haya ordenado su reintegro al empleo, no existe razón alguna para negarle ese derecho en el momento de promover su demanda contra el empleador.

II. Despido por una causal autorizada por la ley. Estas causales solamente pueden ser dos; y su existencia el empleador debe probar **fehacientemente** ante el juez de trabajo son:

II.1 Cualquiera de los hechos imputables al trabajador enumerados taxativamente en el Art. 83 del Código de Trabajo.

II.2 El goce del beneficio de la jubilación o el “perfeccionamiento del derecho del trabajador a la jubilación, en virtud de las leyes especiales sobre la materia (8).

Pueden presentarse varias posibilidades:

1º) El empleador comunica al trabajador la resolución del contrato por un hecho previsto en la ley, verbalmente por escrito, es decir omite el procedimiento señalado por el Art. 96 del Código de Trabajo.

El acto es nulo por defecto de forma y en consecuencia, el trabajador tiene las mismas opciones mencionadas en el párrafo I.1, con seguridad, la demanda del trabajador será admitida.

Esta solución tiene su fundamento en lo que dispone en el Art. 96 del Código de Trabajo “El trabajador que hubiera adquirido estabilidad y a quien se imputaren lo hechos previstos en la ley, como casuales de despido, quedará suspendido en el empleo, pero su cesantía solo podrá hacerse efectiva después de admitida y legalmente probada la imputación ante la autoridad competente”.

Notamos falta de precisión terminológica en el Capítulo X, título II, libro I, que trata “De la Estabilidad en el trabajo”. En puridad, la decisión patronal de dar por terminado el contrato, invocando uno de los hechos mencionados en el Art. 95 Código de Trabajo, no constituye despido, en el sentido técnico que tiene nuestro derecho. El despido es una de las causas de terminación del contrato de trabajo, y se produce por sus efectos automáticamente, por la voluntad unilateral decisoria del empleador. (Art. 80 inc. j del Código de Trabajo). **No es un acto formal.**

Por eso prefiero hablar de **resolución** cuando me refiero a la terminación del contrato del trabajador estable, por voluntad unilateral de su empleador. “La resolución es la extinción de un acto jurídico en virtud de una clausula expresa o implícitamente contenida en la causa de ineficacia está prevista en el acto mismo, pero depende de un acontecimiento posterior” (9).

En el caso del trabajador estable, dichas resoluciones un **acto formal**, porque debe reunir ciertos requisitos esenciales para que sea válido y produzca la desvinculación.

Estos requisitos son: 1) la suspensión en el empleo del trabajador a quien se imputa la causal que producirá la ineficacia del contrato, la suspensión debe ser notificada al trabajador por escrito. 2) el empleador debe promover demanda laboral y en ella debe imputar al trabajador está incurso en uno de los hechos que autorizan la desvinculación y comprobar fehacientemente la imputación, la dirección del trabajo es autoridad incompetente en la materia. 3) obtener sentencia definitiva favorable a sus pretensiones, donde se da por terminado el contrato sin responsabilidad para el empleador. En puridad es el juez y no el empleador que en la sentencia declarará terminado o no el contrato del trabajador con estabilidad especial. Se trata de una sentencia constitutiva, pues extingue la relación laboral. “Se denomina sentencia constitutiva aquellas que sin limitarse a la mera declaración de un derecho y sin establecer una condena al cumplimiento de una prestación, crean, modifican o extinguen un estado jurídico” (10).

Hay pues aquí un condicionante. Si el tribunal declara la resolución justificada del contrato, la sentencia operaría como cumplimiento de una condición resolutoria de la relación laboral. Si rechaza la demanda patronal la sentencia actúa como una condición suspensiva de la que depende el reactivamiento de la relación, según lo previsto por el Art. 97 y 98 del Código de Trabajo.

¿Cuáles son las consecuencias de la omisión de estas formalidades por parte del empleador?

Dada la trascendencia que tiene el instituto de la estabilidad especial en nuestro derecho positivo y que la misma consulta no solo el interés privado del trabajador y empleadores, puesto que la persistencia o estabilidad de las relaciones de trabajo, responde al interés nacional, pienso que en esta materia la solución debe ser clara y precisa.

En rigor y abordando el problema desde la técnica jurídica, el omitir cualquiera de las formas imperativamente mencionadas por el Art. 96 del Código de Trabajo, determina la **nulidad del acto** y por tanto excluye la posibilidad de que se trate de una resolución del contrato sin responsabilidad para el trabajador.

Los precedentes jurisprudenciales del tribunal del trabajo respecto al Art. 96, establecen la ilegalidad del despido resuelto por el empleador sin la previa comprobación judicial de la causal invocada. Leamos algunos fallos “la justificación del despido debe ser previa a la efectivización de dicha decisión unilateral rescisoria” (Ac. 20/70); “No se intentó la demostración de causa ante el tribunal del trabajo en tiempo hábil” (A.I. N° 234/72). “Los demandantes con estabilidad especial no podrán ser despedidos sin juicio preliminar de justificación ganado por la empleadora. Habiéndose violado esa garantía los trabajadores iniciaron demanda optando por las indemnizaciones” (Ac. 59/73). “Este tribunal tiene sentado el criterio que a esta fecha hace jurisprudencia pacífica y constante de que la justificación del despido debe ser previa a la efectivización de dicha decisión unilateral rescisoria” (Ac. 34/80); De los términos en que quedo trabada la Litis resulta la suerte de este juicio. La Ilegalidad del despido del actor es consecuencia directa, inmediata e irreversible del haberlo resuelto el empleador sin la previa comprobación judicial de la causa alegada.

Es errado el criterio en que insiste el apelante en su escrito de expresión de agravios, al pretender convalidar un despido ilegalmente hecho invocando su justificación posterior. Pretende colocar al trabajador con estabilidad adquirida en la misma situación de aquel que no goza de dicho amparo, negándole el beneficio esencial que

otorga el régimen de la estabilidad especial del trabajador consagrado en el Cap. X Libro I del Código de Trabajo (Ac. 61/83). El patrono debió iniciar juicio de justificación ante juez del Trabajo porque el procedimiento establecido en la ley (Arts. 95, 101 del Código de Trabajo) en beneficio del subordinado estable, es orden publico (Ac. 42/74).

Crítica:

Estoy totalmente de acuerdo con la solución jurisprudencial sin embargo técnicamente corresponde que el despido sea declarado nulo por el juez o tribunal precisamente por tratarse de un despido ilegal, aquí la causa de la nulidad es la ilegalidad del hecho, la nulidad es el efecto de la ilegalidad del despido. La ilegalidad resulta de no haberse observado los requisitos de forma para la validez de la resolución del contrato. “La nulidad es la sanción legal establecida por la omisión de los elementos esenciales y formas exigidos para la validez de un acto jurídico, según su especie” (11).

Se trata en este caso de un acto nulo (Arts. 1042 y 1044 del Código Civil) “acto nulo es aquel cuyo vicio se halla manifiesto, patente en el acto mismo. En este caso el papel del juez es pasivo, se limita a comprobar la existencia de una invalidez declarada de pleno derecho por la ley” (12). Los actos nulos se reputan tales, aunque su nulidad no haya sido juzgada (Art. 1038 Código Civil); lo que significa que la sentencia no es intrínsecamente necesaria, aunque en la práctica resulta indispensable. La resolución del contrato sin el cumplimiento de las formalidades legales es un **acto nulo de nulidad absoluta**, pues se trata de una sanción en que está involucrado el interés social, por ser contravención a normas legales de orden público.; la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio por el juez o a petición de parte o del Ministerio Público, y no es susceptible de confirmación.

El insigne laboralista compatriota Luis Frescura y Candia afirma: “Si la acción (del Trabajador) prosperase, la sentencia judicial pertinente **DEBE DECLARAR LA ANULACIÓN DEL DESPIDO impugnado**” (13).

2º) El empleador da por terminado el contrato de trabajo y posteriormente promueve demanda laboral para justificar el hecho invocado como extintivo de la relación.

En este caso, el trabajador afectado a que se le notifica la demanda puede adoptar las siguientes actitudes:

2.1 Allanase a la demanda: sin embargo, el juez debe considerar la cuestión como de puro derecho y declarar la nulidad del despido en la sentencia, ordenando el cumplimiento del contrato según lo establece el Art. 97 del Código de Trabajo. Si la acción no prescribió, el empleador podrá iniciar nueva demanda cumpliendo con las formalidades del Art. 96 del Código de Trabajo; la excepción de cosa juzgada no sería válidamente oponible por no existir identidad de objeto

2.2 Contestar la demanda negando la existencia de la causa alegada y reconvenir por nulidad de despido, o el cumplimiento del contrato o el pago de las indemnizaciones legales.

De acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales citados, la demanda del empleador será rechazada y será admitida la reconvencción del trabajador.

Al respecto analicemos el Ac. N° 91/83 del Tribunal del Trabajo donde se lee: “En caso el empleador despidió directamente al trabajador aunque demandó al mismo a continuación, con el propósito de justificar la causal aducida. Los precedentes jurisprudenciales de este tribunal establecen la ilegalidad del despido resuelto por el empleador sin la previa comprobación judicial de la causa invocada, debiendo la justificación del despido ser previa a la efectivización de dicha decisión unilateral rescisoria (Ac. 61/83). Por ello la ilegalidad de la medida adoptada podría atribuirse a una errada calificación hecha por la empleadora del estado de suspensión en que debe quedar el trabajador mientras sea sustanciado el juicio de justificación”; sin embargo a continuación, el mismo preopinante Dr. Antonio Oviedo, agrega: “Es decir, si de las pruebas surgiera que el trabajador ha incurrido en la causal que le imputa, la errada calificación efectuada por la empleadora no obstaría que ello sea subsanado por

el juez declarando la rescisión del contrato de trabajo en la sentencia”. Por su parte el Dr. Albino Garcete en su voto expresa: “Adhiero al voto precedente que se refiere a la ilegalidad de la actitud patronal al despedir al trabajador antes de justificar judicialmente la causal del despido atribuida al trabajador con estabilidad adquirida, obedece a nuestra convicción de que solamente así se da real vigencia a las normas eminentemente tuitivas del Cap. X. Título II, Libro I que consagra el instituto de la estabilidad especial en el Código de Trabajo. Estamos completamente de acuerdo con el criterio que fundamenta la S.D. N° 19/71 expresando que: “...no basta proclamar el abuso o ilicitud del despido, sino conviene usar algún medio preventivo que obre por su presencia y seriedad. Si el patrono soslaya tal dispositivo jurídico, el magistrado laboral debe ordenar la reposición en el trabajo. Está prohibido despedir marginando el procedimiento señalado” (voto del Dr. Felipe Santiago Paredes).

A su turno el voto del Dr. Benito Pereira Saguier expresa: “Comparto el criterio de que ante la causal de despido del trabajador estable, el empleador que desea poner fin a la relación laboral debe primeramente suspenderlo en el empleo, quedando de esa manera expedita su cesantía a la comprobación legal de la imputación, ante autoridad competente (Art. 96 del Código de Trabajo). Ahora bien, en el caso singular y específico de autos, el empleador dispuso la rescisión del contrato directamente y posteriormente inicio la demanda de justificación del despido; el Aquo que bien pudo rechazar la demanda por improcedente o de lo contrario modificar la situación del trabajador con una medida pertinente o sea la de tenerlo por suspendido, dispuso sin percatarse dar curso a la misma pese de llevar ínsito el estigma del rechazo. Corrido el traslado de estilo al demandado, contesta sin recurrir a los resortes procesales dirigidos a poner fin a esta situación que se presentaba de puro derecho. En consecuencia, de la contestación y actos posteriores quedo fijada la discusión de la causa, recepción de pruebas y su consecuente producción. Como corolario y broche el inferior dicta resolución admitiendo la demanda por la causal de despido invocado y sin detenerse a considerar

la disposición del Art. 96 del Código de Trabajo. Por lo demás constituiría un craso ejemplo de la burocracia donde luego de enredarnos todos hasta este superior tribunal en un laberinto de papeleo procesal, concluiríamos el episodio, admitiendo que la demanda no correspondía ya al inicio, en sus comienzos por tener que previamente suspenderse al trabajador”.

Sintetizando las posiciones expuestas en este acuerdo se arriba a las siguientes conclusiones:

1º) Contestada la demanda por el trabajador y la reconvención que este hubiera deducido, el juez fijará audiencia de conciliación y fracasada está considerando la cuestión de puro derecho llamará “autos para sentencia” y dictará resolución rechazando la demanda del empleador y en su caso admitiendo la reconvención del trabajador. El fundamento de la sentencia será la nulidad del despido por haberse omitido las formalidades del Art. 96 del Código de Trabajo (conclusión fundada en el voto Dr. Garcete).

2º) Por imperio del Art. 96 del Código de Trabajo la decisión patronal no produce la terminación del contrato, sino que el mismo queda automáticamente suspendido por todo el tiempo que dure la sustanciación del juicio promovido por el empleador. Solo después de admitida la causal configurada en el escrito inicial del juicio por sentencia firme fundada en la ley, tendrá efectividad la cesantía del trabajador demandado. Es decir, a pesar de errada calificación hecha por el empleador del estado de suspensión, si de las pruebas producidas durante el proceso, surgiera que el trabajador ha incurrido en la causal que se imputa, la errada calificación efectuada por el empleador no obstaría que ello sea subsanada por el juez, declarando la rescisión del contrato de trabajo en la sentencia (voto Dr. Oviedo).

3º) Si el juez observa que la demanda no menciona haberse procedido a la previa suspensión del trabajador en el empleo, antes de ordenar el traslado de la misma podrá:

1) Rechazar la demanda por no haberse dado cumplimiento al Art. 96 del Código de Trabajo,

2) Modificar unilateralmente la situación del trabajador considerándolo suspendido, en vez de despedido.

También podrá:

1) Correr traslado de la demanda en la oportunidad considerar la cuestión de puro derecho y dictar sentencia rechazando la demanda del empleador y en su caso, hacer lugar a la reconvención deducida por el trabajador.

2) Si se le dio al proceso el trámite normal, admitiéndose la producción de las pruebas respecto a los hechos alegados por el empleador, por aplicación de principios de orden netamente procesal, si el inferior hubiere expedido sobre la causal invocada, declarando la resolución del contrato por causa imputable al trabajador, al tribunal no le está permitido invocar la omisión de la previa suspensión para fundar en esa sola circunstancia la revocación de la sentencia (Voto Dr. Pereira).

Crítica

Coherente con el criterio expuesto en este trabajo me adhiero a la primera **Conclusión**: ella contempla cabalmente las atribuciones de un juez laboral y responde exactamente a la letra y al espíritu de la ley. Favorece al trabajador porque le garantiza en corto tiempo el goce de los beneficios de la estabilidad especial, favorece al empleador, porque disminuye notablemente el perjuicio económico que conlleva el error de procedimiento en que incurrió, posiblemente por desconocimiento de la ley. La estabilidad es irrisoria si no existe un sistema procesal que la asegure eficazmente.

El Dr. Felipe Paredes, en el fallo 47/71 del Tribunal del Trabajo, afirmó “La antigüedad de 10 años confiere al dependiente el derecho a conservar su empleo, siempre que no sobrevenga justa causal de despido judicialmente comprobada. Se produce la simple suspensión de los efectos del contrato mientras se tramita el proceso, como antesala de la extrema medida y no a la inversa. El derecho subjetivo encuentra en la garantía el medio de hacerse efectivo. En materia de

estabilidad lo que importa no es la proclamación abstracta del derecho respectivo, sino la reglamentación concreta que se le otorga a la misma (Arts. 95-96 del Código de Trabajo). Debe ser observado estrictamente. En caso contrario, será tomada una de las siguientes decisiones 1) la reinstalación, 2) el pago de las indemnizaciones, si fuese demostrado el despido, sin suspensión previa, en base a hechos valorados unilateralmente por el principal (14).

La segunda conclusión, a primera vista pareciera equitativa para el caso, parte del supuesto de que lo importante según el Art. 93 del Código de Trabajo, es que el empleador pruebe fehacientemente el hecho extintivo que invoco para justificar la resolución del contrato y que no es esencial que el trabajador sea previamente suspendido en el empleo. Sin embargo, según se demostró más arriba, el procedimiento previsto en el Art. 96 del Código de Trabajo, debe ser considerado esencial en su totalidad en todas sus fases, la omisión de una formalidad implica la nulidad absoluta del acto del empleador. Y no puede ser de otra manera, pues si se admitiera que el empleador puede omitir la suspensión despidiéndolo primero para justificar luego la causal que alega no habría ninguna diferencia entre el trabajador estable y el trabajador efectivo, en cuanto al procedimiento para terminar la relación laboral cuando que el beneficio singular que otorga el instituto de la estabilidad especial, es precisamente el procedimiento del Art. 96 del Código de Trabajo, única garantía que por su seriedad y eficacia asegura plenamente los derechos inherentes a la estabilidad del trabajador.

Respecto a la **tercera conclusión**, me adhiero también a la opinión, de que el juez puede dictar sentencia rechazando la demanda y declarando la nulidad del despido con la sola presentación del escrito inicial, cuando resulta manifiesto que está en presencia de una resolución ilegal del contrato, tratándose en el caso de un acto nulo de nulidad absoluta, la nulidad puede y debe ser declarada de oficio por el juez (Art. 1047 del Código Civil). El inconveniente de esta solución radica en que, al no escucharse al trabajador, no existe posibilidad por parte de este de manifestar cuál es su opción, si el cumplimiento

del contrato o el cobro de las indemnizaciones legales. Por eso me parece más justa la primera solución.

Lo que al juez no le está permitido es modificar unilateralmente la situación del trabajador despedido, considerándolo suspendido. Por el principio procesal *iura novit curia* “el juez no está obligado a seguir a los litigantes en sus planteamientos jurídicos, puede apartarse de ellos si los considera erróneos. Son objeto de decisión los petitórios, no las razones” (15), pero no le está permitido al juez modificar los hechos. “En el procedimiento laboral, dada su naturaleza, las partes alegan y prueban los hechos, el juez interpreta y aplica el derecho, con la independencia de lo alegado o admitido por las partes en cuando al derecho” (Ac. 51/65).

No comparto tampoco la afirmación de que el tribunal no puede declarar la nulidad del despido por omitirse la previa suspensión del trabajador estable, cuando el inferior ya se expidió respecto a la causal de justificación alegada por el empleador, los principios de convalidación y aquel según el cual solo puede ser revisado lo apelado, de naturaleza netamente procesal, no impiden que el tribunal de Alzada declare la nulidad del despido, nulo de nulidad absoluta; en realidad, si el juez admitió la justificación del despido en primera instancia y el trabajador reconviniendo apeló la sentencia en razón decisiva que puede invocar el apelante es precisamente el haberse omitido el procedimiento legal de la previa justificación judicial del hecho que le imputo el empleador.

3º) El empleador suspende al trabajador alegando un hecho que justifica la extensión del vínculo contractual, pero promueve la demanda.

En este supuesto producido el hecho justificativo para resolver el contrato, imputable al trabajador, el empleador cumple con su obligación de suspender al dependiente, notificando válidamente al trabajador afectado y a la Dirección del Trabajo. El problema consiste en establecer el tiempo dentro del cual el empleador debe promover

la demanda ante el juez. El Art. 96 del Código de Trabajo no menciona plazo, tampoco existe precedente jurisprudencial sobre el punto. La solución encontramos en el Art. 392 del Código de Trabajo, que dispone si transcurridos treinta días desde aquel en que el empleador tuviere conocimiento de una causa justificada para separar al trabajador sin responsabilidad legal, no ejercitare sus derechos, estos quedarán prescriptos. Este plazo no rige si se invoca como causal la jubilación del trabajador.

III. Situación del trabajador estable suspendido demandado por resolución justificada del contrato de trabajo.

Notificado de la demanda, el trabajador puede:

- 1) Allanarse a las pretensiones del empleador, esto le permitirá obtener la exoneración de costas.
- 2) Contestar la demanda reconociendo los hechos expuestos por el empleador, como justa causa de despido y oponer excepción de prescripción de la acción. Esa excepción no sería procedente si se invocó el hecho de la jubilación del trabajador.
- 3) Contestar la demanda negando los hechos y las pretensiones del empleador
- 4) Reconvénir peticionando el cumplimiento del contrato (Art. 97 del Código de Trabajo o alegando incompatibilidad de índole personal reclamar directamente las indemnizaciones legales por despido injustificado (Art. 98 del Código de Trabajo)

IV. Situación del empleador demandado por un trabajador estable que alega resolución injustificada del contrato de trabajo.

- 1) Si en la demanda se reclama cumplimiento de contrato, con el consiguiente reintegro al empleo y el cobro de los salarios caídos, el empleador puede oponer las siguientes defensas:

- a) Deducir excepción de prescripción de la acción, alegando y probando haber transcurrido más de un año desde que se produjo la extinción del contrato.
 - b) Contestar la demanda negando el despido y demostrando que el trabajador solo fue debidamente suspendido en el empleo y,
 - c) Junto con la contestación, plantear reconvencción peticionando la resolución del contrato por uno de los hechos que menciona el Art. 95 del Código de Trabajo en concordancia con el Art. 32 de la Ley 430/73.
- 2) Si el trabajador promueve su demanda reclamando directamente las indemnizaciones por despido injustificado, el empleador podría oponer en su caso las siguientes defensas:
- a) Deducir excepción de prescripción de las acciones alegando y probando que transcurrieron más de treinta días, entre la fecha en que se produjo la terminación del contrato y la de iniciación de la demanda.
 - b) Contestar la demanda negando el despido y alegar y demostrar que el trabajador solo quedó suspendido en el empleo y,
 - c) Conjuntamente con la contestación plantear reconvencción, peticionando la resolución justificada del contrato de trabajo según los Arts. 95 del Código de Trabajo y el Art. 32 ley 430/73).

Es importante que el empleador demandado por despido injustificado se limite a contestar la demanda del trabajador y en ella se defienda invocando una causa legal de disolución del contrato, para cumplir con el procedimiento del Art. 96 del Código de Trabajo, el empleador debe plantear reconvencción, y a través de este mecanismo, deducir acción demandando la resolución judicial del contrato. Si así no procede, la demanda del trabajador será admitida.

Si el empleador antes de ser notificado del traslado de la demanda, hubiera iniciado contra el mismo trabajador juicio laboral

por resolución justificada de contrato, al contestar la demanda del trabajador deberá pedir la acumulación de ambos expedientes, la que se hará sobre el expediente más antiguo (Arts. 61, 62 del Código Procesal del Trabajo).

“La justificación del despido del trabajador con estabilidad especial debe hacerse forzosamente por vía de la acción y siendo así, la pretensión patronal al respecto, solo puede efectivizarse por decisión judicial requerida por la acción que promoviera quien pretende la desvinculación judicial” (Ac. 87/83). En el caso resuelto por dicha sentencia, el empleador contesto la demanda alegando haber suspendido previamente al trabajador y que dentro de los treinta días inició juicio para justificar la existencia de la causa legítima de despido, ofreciendo como prueba el expediente respectivo, traído a la vista dichos autos, resultó que en el mismo se habría declarado ya la perención de instancia, por resolución firme y ejecutoriada, con muy buen criterio, el tribunal consideró que: “Al perimir la instancia la suspensión como parte del proceso de despido del trabajador y el despido mismo quedaron sin sustanciación legal, por lo que al demandar el actor su reposición o las indemnizaciones correspondientes, el reclamo era procedente, de pleno derecho, porque se hallaba soslayado por el empleador el único procedimiento correcto para despedir a un trabajador con estabilidad especial”.

V. La jubilación como causal de disolución del contrato

La estabilidad del trabajador en el empleo comprende dos aspectos: La permanencia, persistencia o duración indefinida de la relación del trabajo y la exigencia de una causal razonable para su disolución (16).

El Art. 95 del Código de Trabajo menciona como causa de resolución que “El Trabajador estuviere en condiciones de acogerse a la jubilación en virtud de leyes especiales” Frescura interpreta esa norma diciendo, “El perfeccionamiento del derecho del trabajador a la jubilación en virtud de leyes especiales sobre la materia conlleva

la terminación del contrato de trabajo vigente” (17). Por su parte Ernesto Kats dice: “En el caso de existir jubilaciones o pensiones por vejez o incapacidad, el trabajador tiene ese derecho (a la estabilidad) hasta cuando adquiriera la jubilación o pensión” (18).

Es necesario, entonces remitirse a las leyes especiales para establecer de manera inequívoca, cuando la jubilación es una causa razonable para resolver el vínculo laboral. La ley 430/73 que establece el derecho al beneficio de jubilaciones y pensiones complementarias a cargo de I.P.S., dispone en su Art. 32: El afiliado que reúna los requisitos necesarios para obtener conjuntamente la pensión que le corresponde por la ley 375 y la jubilación ordinaria del Art. 43 de acuerdo con la presente ley, o en su caso la jubilación extraordinaria conjuntamente a la pensión obtenida por la ley 375, está obligado a acogerse a los beneficios que le corresponden. UNA VEZ OTORGADOS TALES BENEFICIOS EL EMPLEADOR PODRÁ DAR POR TERMINADO EL CONTRATO DE TRABAJO SIN OBLIGACIÓN DE PAGAR INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO.

Enfocado el problema desde el punto de vista del tema de esta mesa redonda, se arriba a las siguientes conclusiones:

1) El Art. 95 del Código de Trabajo debe interpretarse y aplicarse en concordancia con el Art. 32 de la ley 430/73 para todos los trabajadores sujetos al derecho laboral.

2) No es suficiente que el trabajador esté en condiciones de acogerse a la jubilación para poder resolverse válidamente su contrato; a dicho efecto es imprescindible que el derecho al beneficio haya sido efectivamente ejercido, en otras palabras, es indispensable que el afiliado, la caja respectiva le haya otorgado el goce de ese derecho, mientras ese hecho no ocurra, el contrato no puede resolverse. Si se despide al trabajador estable antes de que la caja resuelva otorgarle el beneficio, el despido será ilegal.

3) No cualquier clase de jubilación autoriza válidamente el despido del trabajador estable, solo la jubilación ordinaria o la extraordinaria con 60 años de edad y 15 años de aportes conjuntamente con

la pensión de vejez que otorga el I.P.S. faculta al empleador a terminar el contrato sin responsabilidad. Se trata de un derecho potestativo del empleador, en consecuencia, la jubilación no es causa que produce la extinción automática del contrato de trabajo.

Procedimiento

Si el trabajador aún no ha gestionado ante la caja respectiva el otorgamiento de los beneficios de la pensión de vejez y/o de la jubilación, el empleador debe darle pre-aviso durante noventa días laborales para realizar dichas gestiones; el trabajador común tiene la obligación de acogerse a tales beneficios, el trabajador bancario solo tiene la facultad de hacerlo (Art .53 Ley N°731/61).

El Art. 88 del Código de Trabajo dispone “Cuando se trata de un contrato por tiempo indefinido, ninguna de las partes podrá terminarlo sin previo aviso a la otra, salvo lo dispuesto en el Arts. 83 y 85 de este código conforme a las siguientes reglas: d) de los diez años de antigüedad en adelante, noventa días de preaviso”.

Excluido el caso de despido justificado, la norma solo sería aplicable cuando el trabajador estable esté en condiciones de acogerse a la jubilación, de lo contrario, deberíamos concluir que la norma no tiene aplicación posible.

Tanto el empleador como el trabajador tienen la obligación de preavisar a la otra parte , cuando hubieran decidido acogerle o acogerse al beneficio jubilatorio, la obligación de preavisar, por parte del trabajador tendrá por objeto dar tiempo al empleador a buscar un sustituto adecuado, la obligación de preavisar por parte del empleador, responde a la necesidad que tiene el trabajador tendrá por objeto dar tiempo al empleador, responde a la necesidad que tiene el trabajador de una licencia que le permita gestionar su jubilación. Una vez otorgado al trabajador los beneficios de la pensión de vejez y de la jubilación, (solo la jubilación en el caso de los bancarios), el empleador que desea la resolución del contrato debe seguir estrictamente el

procedimiento indicado por el Art. 96 del Código de Trabajo, analizado más arriba, si no procede así, la resolución del contrato será un acto nulo de nulidad absoluta, salvo que las partes pongan término al contrato de común acuerdo (Art. 80 inc. a) del Código de Trabajo.

Si al término del preaviso el trabajador no ha obtenido aun el reconcomiendo de su derecho jubilatorio, y al empleador le consta que está en condiciones legales para el goce de ese derecho, podrá suspender al trabajador en el empleo y promover demanda por resolución justificada del contrato; en este proceso, el hecho principal objeto de prueba será la negligencia o desinterés del trabajar en gestionar el goce de los beneficios, a pesar de tener cumplidas todas las exigencias de la respectiva ley especial, si se comprueba en el proceso que el retardo se debe a la negligencia de la caja y no del trabajador, el juez podrá adoptar las medidas conducentes a acelerar esos trámites, dando adecuada intervención al Agente Fiscal, a dicho efecto. Tratando de normas de orden público, tal intervención se halla plenamente autorizada y justificada.

VI. Negativa del empleador al cumplimiento del contrato ordenado por el juez.

Según el Art. 98 del Código de Trabajo, la reposición se sustituirá por la doble indemnización cuando aquella no fuere factible por haber sobrevenido incompatibilidades de índole personal.

Al declarase nula la resolución del contrato, se produce la reanudación de la relación, salvo que el trabajador hubiera optado por el cobro de la indemnización legales, técnicamente durante el proceso, el vínculo solo quedó suspendido, debiendo reanudarse si la acción del trabajador tiene éxito. Si ello es así, solo será posible sustituir la readmisión por la indemnización si el empleador alega y prueba fehacientemente posterior, hechos suficientemente graves o una conducta intolerable que autoricen al juez a admitir la sustitución. La conversión de reintegración en indemnización no es un derecho del empleador, sino prerrogativa exclusiva del juez.

Por esta razón, no comparto la afirmación del profesor Frescura, seguido por la jurisprudencia actual en materia (19), según la cual cuando el empleador alega la incompatibilidad (sin probarla) o fuese renuente en cumplir la reposición del trabajador estable dentro del plazo señalado en la sentencia condenatoria, el incumplimiento de esta se resolverá en el pago de la indemnización prevista en el Art. 98 que hará el empleador. Jurídicamente la reposición del trabajador constituye una obligación de hacer (20). “Así interpretada la estabilidad no constituye un medio efectivo y eficaz que asegure la permanencia del trabajador en la empresa porque permite finalmente que el empleador imponga su voluntad de terminar el contrato, aunque no exista causal legal, así la estabilidad resulta una simple apariencia una declaración abstracta” (21).

Reitero que “la readmisión no constituye respecto al empleador una obligación de hacer, sino una obligación de dar, de dar el empleo que ocupaba antes el trabajador en la empresa”; Esta posición tiene solido fundamento en el Art. 64 del Código de Trabajo que expresa: “Son obligación de los empleadores: a) dar ocupación efectiva a los trabajadores por ellos contratados”.

En conclusión:

La reposición solo puede ser sustituida por la indemnización cuando aquella no fuere factible por haber sobrevenido incompatibilidades de índole personal; no es preciso que la incompatibilidad haya surgido durante el proceso, debiendo con mayor razón, ser afirmada si ya existía antes de la respectiva demanda (22).

Cuando el empleador alega la incompatibilidad, ello puede deberse simplemente a su mala voluntad con el único objeto de dar por terminado el contrato de trabajo, de ahí que debe exigirse que el grado de incompatibilidad entre las partes sea tal que pueda afectar la producción de la empresa y su buena marcha y por eso se impone que se prueben fehacientemente los hechos ante el juez, quien es el único facultado para decidir si la reinstalación es verdaderamente

imposible, especialmente cuando el empleador es una “persona física”(23).

Si a criterio del Juez no existe causa relevante que razonablemente justifique la incompatibilidad, al trabajador le basta con ponerse permanentemente a disposición del empleador, quien puede readmitirlo cuando le agrada, pero mientras no lo haga, debe continuar pagándole el salario y demás beneficios, como si estuviera prestando efectivamente el servicio, puesto que, si no lo hace, esto depende exclusivamente de la voluntad del empleador.

NOTAS:

FRESCURA, Luis P. Derecho Paraguayo del Trabajo y la Seguridad Social, pág. 333.

DE BUEN, Néstor.

DE BUEN, Néstor.

COUTURE, Eduardo J, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, pág. 317.

PAREDES, Felipe Santiago, conflictos jurídico laborales, Asunción 1980, pág. 30.

PAREDES, Felipe S., o.c pág. 52.

PAREDES, Felipe S, o.c pág. 59.

FRESCURA, Luis P, o.c. pág. 328.

BORDAS, Guillermo. A. Tratado de Derecho Civil Argentino, parte general II, Buenos Aires, pág. 329.

COUTURE, Eduardo J. o.c., pág 319.

FRESCURA, Luis P o.c., pág. 319.

BORDA, Guillermo. A. o.c., pág. 331.

PAREDES, Felipe Santiago. o.c

PAREDES, Felipe Santiago. o.c pág. 52.

COUTURE, Eduardo J. o.c., pág. 188.

DE LA CUEVA, Mario, Derecho Mexicano del trabajo, tomo I, pág. 735.

FRESCURA, Luis P, o.c. pág. 328.

KATZ, Ernesto R, La estabilidad en el empleo, pág. 3.

PAREDES, Felipe Santiago, o.c., pág. 210.

FRESCURA, Luis P. o.c., pág. 331.

CRISTALDO, Jorge Darío Revista DERECHO SOCIAL N° 5-6,
pág.35.

BUENO MAGANO, Octavio Manual Direito do Trabalho, Volumen II, Sao Paulo, 1981, pág. 308.

CRISTALDO, Jorge Darío. o.c., pág. 34.



Siniestralidad laboral

Eloy Moreno De la Osa¹

El riesgo profesional es algo inherente al Trabajo mismo, esta afirmación, puede redicarse desde los mismos orígenes del hombre sobre la tierra, adquiere especiales ecos, desde la generalización del Trabajo por cuenta ajena en la Revolución Industrial y la complicación de estas etapas históricas, el riesgo profesional, con sus posibles secuelas, está presente siempre, tanto en el animo del legislador, como en los avances de las ciencias y disciplinas metajurídicas que hoy día confluyen de este sugestivo campo, con diversas técnicas de prevención.

En nuestros días, en que todos reconocemos que el hombre constituye el fundamento y el fin de toda inquietud social, debemos disponer de una política social eficaz, que garantice la progresiva mejora de las condiciones de trabajo y la consecuente reducción de los graves efectos, de todo tipo, que se derivan de los siniestros laborales.

Efectos que, en primer lugar, inciden sobre el hombre como trabajador, por cuanto no es otro el sujeto de los daños físicos que acompañan a los accidentes y los daños físicos, enfermedades del trabajo. El hecho de que muchos hombres fallezcan, sufran mutilaciones y enfermedades, por el hecho de aportar su persona a la producción nacional, ya es motivo, más que suficiente, para que el Estado disponga de los instrumentos necesarios para evitar que estos daños se produzcan, o al menos, se reduzcan a los estrictamente inevitables.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 9-1985.

Experto en Legislación y Reglamentación en materia de Seguridad e Higiene Ocupacional, funcionario del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo de España.

Pero, además, existen otras consecuencias de la siniestralidad laboral, que confieren a este problema una dimensión nacional de rango verdaderamente prioritario. Basta considerar el detrimento de salud, y de bienestar, familiar y social, que el problema origina para conferir, a este, su verdadera entidad. La consideración de los daños económicos que se derivan de los siniestros laborales, nos proporcionaría un nuevo y grave elemento de deterioro en la economía nacional.

En su resolución, el problema de la siniestralidad laboral presenta diversas facetas. Es evidentemente necesario una acción técnica de control y mejora de las condiciones de Trabajo y de situaciones arriesgadas, que es preciso desarrollar en los centros de trabajo y sobre la que la empresa tiene una responsabilidad ineludible. En un campo más amplio, la función de coordinación y formación de entidades sectoriales y patronales es, asimismo, necesaria.

La administración del Estado está obligada, del mismo modo, a disponer los instrumentos precisos para la reducción del problema y de sus efectos. Ahora bien, esa reducción deseada exige, fundamentalmente, la existencia de una política eficaz y coordinada en todos sus aspectos.

El desarrollo de una eficaz función preventiva, a nivel nacional, requiere, en principio, disponer de unos mecanismos normalizadores y fiscalizadores, que regulen y garanticen las condiciones y requisitos mínimos, que a efectos preventivos, hayan de cumplirse en las empresas, a fin de prevenir accidentes y enfermedades profesionales y de lograr las mejores condiciones y bienestar en los centros y puestos de Trabajo. Pero a su vez, además, es necesario la contribución de un instrumento tecnificado, que aparte de el conocimiento y la experiencia real de la verdadera naturaleza de los siniestros laborales, así como su casuística y circunstancias de todo tipo. Esos conocimientos reales son los que deben permeabilizarse hasta las normas y las inspecciones, para hacer que, unas y otras, sean efectivas y satisfagan los objetivos sociales que las motivan.

La siniestralidad laboral constituye un problema social de alta incidencia nacional, y corresponde a todas las fuerzas sociales del país su aportación y participación activa de cara a su resolución. Pero esa variada aportación, no puede estar basada en acciones aisladas y desconectadas, porque su eficacia no alcanzaría niveles significativos.

Es preciso, que esta participación esté coordinada y que sus diversos componentes se sumen, para orientar una política nacional preventiva, en el marco general de las relaciones laborales. No se trata de curar mejor o de pagar mejores pensiones: ni siquiera de contabilizar más exactamente los siniestros que suceden. Se trata de evitar el mayor número posible de tales siniestros. Y para ellos es preciso conocer las actividades de producción, es necesario mejorar los procesos de trabajo, hay que diseñar y construir protecciones, racionalidad, hay que organizar el trabajo siguiendo criterios de racionalidad, hay que educar a los diferentes elementos humanos de la producción y hacer comprender al hombre, que no es una partícula perdida en el horizonte oscuro de su trabajo, sino una célula vital del cuerpo social al que pertenece.

Asunción, abril de 1985



La influencia del Código Civil Paraguayo en el derecho laboral

Dr. Jorge Darío Cristaldo¹

El tema de esta mesa redonda que organiza el Instituto Paraguayo de Derecho del Trabajo no es fácil, aunque sí fascinante. Las dificultades para desarrollarlo con amplitud y solvencia son obvias y parece innecesario mencionarlas; el hecho innegable de que el nuevo Código Civil es y seguirá siendo aún por mucho tiempo, un texto legal desconocido, lleno de sorpresas y aun de misterio, no se presta, desde luego, para presentar el tema con exhaustividad y desde una posición de autoridad intelectual.

Nuestro objetivo, por eso, es más simple y práctico; deseamos plantear la cuestión desde una perspectiva muy general, aventurando algunas hipótesis y sosteniendo algunas tesis, que el estudio y la investigación permitirán ir corrigiendo o desechando con el correr del tiempo. Si hacemos ciencia jurídica –y es esa nuestra pretensión– consideramos conveniente una breve referencia introductoria acerca de esta cuestión.

No perdamos de vista que no son pocos los filósofos y científicos que niegan el Derecho la categoría de ciencia en sentido estricto; y que aún el mismo concepto de ciencia ha sufrido una transformación notable en el siglo XX.

Tradicionalmente las ciencias sociales (y sostenemos que el Derecho es una de ellas) son ciencias en la medida en que tratan de describir y explicar los fenómenos reales por el empleo de métodos de observación y/o experimentación, así como de formular “juicios de realidad” y no “juicios de valor”.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 16-1986.

El objeto de la ciencia jurídica es la conducta humana en interacción intersubjetiva, a través de normas que le confieren sentido (Frescura, pág. 20); dicho objeto es cultural y egológico; es cultural porque el hombre lo crea o modifica con su acción, atendiendo a fines valorados; es egológico porque su materia es la conducta del sujeto que actúa o la persona humana dotada de libertad, de la que puede predicarse su licitud o ilicitud, justicia o injusticia.

Recordamos que la ciencia jurídica tiene un carácter dogmático; esto es, el contenido del orden jurídico constituye un dogma para el jurista. Esta tiene que aceptar dicho contenido, limitándose a interpretarlo, construido y sistematizarlo, sin poder negarle validez. “El científico del Derecho, cuando procede estrictamente como tal, recibe las normas que integran cada derecho positivo, considerándolas intangibles y autárquicas; esto significa que no le es dado variar el contenido de las mismas ni poner en duda su obligatoriedad” (Frescura, pág. 21). En esto radica la diferencia con la filosofía del Derecho; el jurista científico considera solo lo que es el Derecho y no lo que debería ser. Por ello la filosofía del derecho tiene mayor radio de acción que la ciencia del derecho, y también utiliza métodos diferentes.

A pesar de lo dicho, modernamente ya no preocupa demasiado saber si la investigación científica describe o no la “realidad” de las cosas; como dice Duvergiier “el verdadero objetivo del sabio moderno no consiste en describir “la realidad” y los fenómenos”, sino en poner a punto reglas de acción. Se tiende hoy a sustituir la antigua idea de los “juicios de realidad” que es lo que debería expresar la ciencia, por la de “conceptos operacionales”, o lo que es lo mismo, por conceptos que permiten actuar sobre las cosas y los hombres”.

En el análisis del nuevo Código Civil, su realidad no será única ni unívoca; existirán varias “realidades”: de esta Ley, múltiples, complejas, diversas, en lo que se refiere a cada aspecto de ese universo, variable según sea el punto de vista del observador. Por eso, aquí no se trata de describir cada una de ellas en su relación con el Derecho Laboral –lo que sería probablemente imposible- sino de aislar ciertos

elementos que nos permitan actuar a los juristas y determinar conceptos que sean operacionales.

Para esa finalidad del quehacer científico, en la ciencia jurídica el empleo de los métodos científicos, está muy limitado y restringido. “Según un conocido sociólogo, querer describir la realidad o buscar resultados operacionales basándose únicamente en las observaciones científicas es lo mismo que imitar a un borracho que ha perdido su reloj en la callejuela sombría y que se obstina en buscarlo únicamente junto al reverbero de la entrada, porque es el único lugar iluminado” (Duvergier, pág. 15/16). Por eso, nuestra investigación descansa más en aproximaciones y en hipótesis que en hechos científicamente establecidos y comprobados

Por una razón de honestidad personal, también deseamos poner en claro lo siguiente. Hemos visto que el quehacer científico estricto, solo admite la formulación de “juicios de realidad” y no “juicios de valor”; de manera general, los “valores” son las creencias relativas al bien y al mal, a lo justo y a lo injusto, a lo que debe ser y no a lo que no debe ser. Los valores desempeñan un importantísimo papel en la vida social. La mayoría de las relaciones humanas (y las relaciones jurídicas lo son “per se”) no se basan exclusivamente en hechos positivos, objetivos, sino también en juicios de valor. En las ciencias sociales, en este caso en el Derecho, el observador forma siempre parte de la realidad que observa. Incluso el más honrado jurista no es nunca totalmente neutro con respecto a las diversas ramas de la ciencia jurídica. En nuestro caso, como *jus laboralista* por oficio y por convicción, es evidente que compartimos los valores jurídicos existentes en el Derecho del Trabajo, y que difícilmente podríamos desentendernos totalmente de ellos, más, esta circunstancia, lejos de menguar la utilidad de la investigación, la hace más valiosa, porque agrega una perspectiva original para ir conociendo mejor y penetrar cada vez más en esa materia *prima aún bruta*, no trabajada casi, que es el nuevo Código Civil Paraguayo.

El contenido normativo del nuevo Código Civil está destinado a regir las relaciones de Derecho Privado más universales de todas

las personas físicas que habitan el territorio paraguayo, sin distinción de nacionalidad o sexo; lo mismo que los entes de Derecho Público o Privado, instituido para el cumplimiento de fines elevados en la vida de relación dentro y fuera de la República. Buen número de preceptos del Código Civil que nos rige han sido trassegados o reproducidos en los cinco libros del nuevo Código Civil, pero ajustándose a las doctrinas jurídicas dominantes en la actualidad.

Por su parte, el Derecho del Trabajo, después de seguir un proceso de integración, similar al de otras ramas de la ciencia jurídica, adquirió sustantividad propia, para suplir la insuficiencia, lagunas e incompatibilidades del Derecho tradicional público o privado, ante la complejidad y trascendencia económica social de los problemas modernos del trabajo. Cuenta hoy, en todos los países civilizados, con autonomía científica, jurídica y didáctica, que no debe entenderse como antagonismo con las demás ramas jurídicas, pues ninguna de ellas puede subsistir sino en íntima coordinación e interdependencia con las demás.

El Derecho Laboral nació como un desprendimiento del antiguo Derecho Civil; la rama nueva, diferenciada y autónoma de la ciencia jurídica, surgió para disciplinar las relaciones derivadas de la prestación subordinada y retribuida del trabajo, para dar una solución jurídica a la llamada “cuestión social” mediante la aplicación concreta de la idea de Justicia Social o Justicia del Bien Común. El hecho que le dio origen, por efecto de factores económicos, sociales y políticos, en un largo proceso histórico que no corresponde analizar ahora, sufrió el impacto de doctrinas e ideologías que influyeron profundamente para darle al Derecho del Trabajo una identidad propia, una naturaleza sui generis, superando la tradicional división del Derecho en público y privado, para integrar un conjunto separado que se conoce como Derecho Social.

En este trabajo nos proponemos demostrar: 1) Que el nuevo Código Civil Paraguayo se enriqueció con la influencia del Derecho Laboral, receptando principios, normas e instituciones que hace mucho tiempo constituyen la esencia y la razón de validez del Derecho del

trabajo; 2) que ese “espíritu” del Derecho Laboral ha penetrado profundamente el espíritu del nuevo Código Civil; 3) que los jueces y tribunales deben ser abiertos, receptivos, estudiosos y sobre todo valerosos, para interpretar, aplicar e integrar la normativa del nuevo Código Civil sin titubeos ni mezquindades, con una nueva mentalidad, menos materialista, de la que actualmente tienen; 4) que los estudios del nuevo Código Civil, tienen que reconocer el hecho de que son nuevos los fundamentos, los principios y los intereses regulados y protegidos por el mismo, aunque ellos, desde hace más de un cuarto de siglo, son moneda corriente, de aplicación pacífica y constante, en el Derecho Laboral Paraguayo, y tienen aún mayor antigüedad en el Derecho Laboral comparado.

Los órganos jurisdiccionales de la justicia del trabajo, deberán aplicar como derecho supletorio el nuevo C.C. Paraguayo, que unifica las dos ramas del Derecho Privado Interno, nominada Derecho Civil y Derecho Mercantil, en materia de obligaciones y contratos.

La aplicación de las normas legales supletorias, queda autorizada en primera y segunda instancia, siempre que no desvirtúe los principios fundamentales del Derecho Positivo Paraguayo del Trabajo, por expresa disposición del art. 6° del Código vigente.

Por eso el nuevo texto legal adquiere relevancia teórico-práctica, en la interpretación, cumplimiento, aplicación e integración del Derecho del Trabajo en nuestro país.

1) Socialización del nuevo Código Civil

La evolución social contemporánea, tanto de los hechos como de las ideas, modificó las directrices jurídicas de los códigos civiles del siglo XIX que, inspirados por la filosofía jurídica individualista y el liberalismo económico, demostraron mayor celo por el capital que por el trabajo, considerándose esta como una simple mercancía, sujeto a la ley de la oferta y la demanda. La concepción constructiva de la “socialización” del derecho, inspirada en los principios del cristianismo y del socialismo, conmovió las bases jurídicas de los Códigos

civiles clásicos, como el argentino aún vigente, y su aspiración más legítima fue sustituir el criterio individualista dominante en ellos, por la idea que proclama la función social del Derecho”. Las transformaciones realizadas en el campo del Derecho Civil, plasmadas en modernos textos como el alemán, el suizo, el italiano, están influidas en buena medida por los principios dogmáticos del Derecho Laboral (Frescura, Pág. 26/27).

El Derecho Laboral tiene en cuenta el interés social, y solo para servir este interés, también considera el interés individual. No en el sentido transpersonalista que suprime la individualidad, sino en el de favorecer la integración de esta última en el conjunto social, sobre la base de un régimen legal de verdadera libertad e igualdad (Krotoschin, pág. 11 Frescura).

El análisis de los principios fundamentales y de la normativa del nuevo C.C. demuestra que este cuerpo legal ya no se halla situado en el extremo individualista del Derecho Privado, como ocurre en el C.C. argentino, sino se ha movido notoriamente hacia el Derecho Social. Ahora, en las relaciones civiles, la ley no solo tiende a precautelar el interés individual de las personas, sino que ese interés se encuentra protegido en cuanto no perjudica ni lesiona al interés social, y si existe colisión del interés individual con el interés social, prima este sobre aquel; tal como lo expresa, aunque con connotación diferente, al Art. 124 de la C.N., al decir: “En ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general de la Nación”.

Esto se demuestra por numerosos signos, en la normativa del nuevo C.C., tales como: acentuada revalorización de la buena fe como elemento objetivo de los negocios jurídicos; atribuir a los jueces la facultad de imponer soluciones no previstas o contra lo previsto en los contratos bilaterales; el reconocimiento de las teorías del abuso del derecho, de la lesión, de la imprevisión, del enriquecimiento sin causa; la prohibición de que los actos jurídicos dejen sin efecto las normas en que están interesados el orden público y las buenas costumbres (art. 9°); la prohibición de renunciar derechos establecidos con miras al interés social (art. 10 a contrario sensu); la limitación

de los derechos del propietario “dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas en este Código, conforme con la función social y económica atribuida por la Constitución Nacional al derecho de propiedad” (art. 1954); la adopción de la teoría del riesgo profesional, según el cual aun no mediando culpa del agente, se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley.

2) HUMANIZACIÓN DEL NUEVO DERECHO

El Derecho Laboral nació para proteger la dignidad humana del trabajador; el carácter tuitivo o protector de esta rama del Derecho tiene en el Paraguay jerarquía constitucional (art. 105 C.N.). El humanismo jurídico tiene su mejor y más completa expresión en el Derecho Laboral y en el de la seguridad social.

Para el Derecho Laboral la persona humana no es un ente abstracto, ni un individuo aislado, sino el ser humano concreto, en interrelación existencial vital con los demás seres humanos; miembro nato de la sociedad local; de la que forma parte insustituible y esencial. También el nuevo C.C. contiene normas que demuestran claramente que se ocupa y preocupa de proteger al ser humano concreto. En el libro I, al regular en primer lugar el régimen de las personas físicas, pone énfasis en el valor que asigna a la persona humana, revestida de capacidad, como sujeto principal y protagonista del Derecho, centro de las relaciones jurídicas, con derechos básicos inalienables, en situación de igualdad ante la ley, sin discriminación alguna (art. 54 C.N.); así “la capacidad de derecho y de hecho es igual para el hombre y la mujer, cualquiera sea el estado civil de esta, salvo las limitaciones expresamente establecidas por la ley” (art. 15); en el derecho hereditario, se libera de sanciones a personas inocentes por las faltas de otros; las uniones de hechos son reconocidas y reguladas en sus efectos patrimoniales; en cuanto a la plena capacidad de hecho, se acerca bastante a la establecida por el art. 35 del CT (18 años cumplidos), al disponer que ella se adquiera a los 20 años; al incorporar el instituto de la habilitación de edad, que capacita, con intervención judicial y con sentimiento paterno, a los que hayan cumplido 18 años,

pudiendo también emanciparse el que obtuvo un título universitario; se innova también la regulación de la emancipación por matrimonio; que procede para los varones a los 16 años y para las mujeres a los 14 años.

3) PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE PADECEN DÉFICIT

Esto es propio del Derecho Laboral, que contiene normas protectoras para los trabajadores, considerados a priori como el sujeto más débil de la relación contractual de trabajo; y dentro de este género, una protección más acentuada aún, de ciertos tipos de trabajadores, tales como los menores de 18 años, (art. 119 y sgtes.), las mujeres en general (art. 127 y sgtes.), la mujer grávida, (art. 129, 130 CT), el trabajador que presta servicios en lugares peligrosos o insalubres, (art. 198, 273 y sgtes. CT), etc. El nuevo C.C. contiene también normas que protegen especialmente la persona y los bienes de ciertos sujetos considerados débiles, tales como los mayores de edad y los menores emancipados que por causa de enfermedad mental no tengan aptitud para cuidar de su persona o administrar sus bienes, así como de los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito y otros medios (creándose para ellos el estado de interdicción, art. 73 C.C.); así como se protege con la declaración de inhabilitación judicial a los pacientes que por debilidad de sus facultades mentales, ceguera, debilidad senil, abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, u otros impedimentos psicofísicos, no sean aptos para cuidar de su persona o atender sus intereses por sí solo (art. 89 C.C.); si no se configuran los hechos que dan lugar a la interdicción corresponderá la declaración judicial de inhabilitación que sería un estado intermedio entre la incapacidad de hecho general y la capacidad con limitaciones.

4) RECONOCIMIENTO DE LA ENTIDAD JURÍDICA DE LAS ASOCIACIONES

El antiguo Derecho Civil fue primero contrario, y luego re-nuente en reconocer capacidad jurídica a las coaliciones obreras y a los sindicatos; debido al espíritu individualista liberal, las asociaciones apenas fueron toleradas, y mucho tiempo transcurrió antes de que fueran admitidas como sujetos de derechos y obligaciones, salvo aquellas expresamente autorizadas por el Poder Público, luego de cumplirse un largo y engorroso trámite para su legalización. Recién con la aparición del Derecho Laboral las asociaciones de trabajadores y empleadores adquirieron pleno reconocimiento como sujetos del Derecho; el principio de libertad sindical, uno de los pilares del Derecho del Trabajo, adquirió en el Paraguay jerarquía constitucional (art. 109 CN).

Frente a las imprecisiones, dudas y controversias que rodean alterna en el Código Civil argentino, el art. 91 del nuevo Código Civil establece una enumeración completa de las personas jurídicas donde se recoge el proceso de creciente socialización que mencionaba Juan XXIII en la encíclica *Mater et Magistra*, reconociéndose capacidad jurídica a las asociaciones que tengan por objeto el bien común, y a las asociaciones con fines no lucrativos inscriptas con capacidad restringida; solo para las primeras se requiere ahora la previa autorización del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo (art. 93 C.C.); las segundas, solo deben inscribirse en el Registro respectivo para poder actuar válidamente como entidades independientes de las personas físicas que las integran, con capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines estatutarios y el ejercicio de los derechos que la ley le confiere (arts. 118, a 123 CC).

Por lo limitado de sus fines y la modestia de sus medios, muchas asociaciones de personas no están en condiciones de seguir el costoso y lento proceso que requiere la obtención de la personería jurídica, por un acto expreso de legislador o del poder administrador. El nuevo tipo de entidad permitirá que actúen con limitada capacidad, pero suficiente para cumplir sus propósitos, las agrupaciones de

personas que se constituyen con fines dignos de protección –desinteresados-, con el solo requisito de la inscripción del instrumento formal que documenta la creación del ente. En este sentido, puede afirmarse que el nuevo CC consagra normas mucho más favorables al ejercicio del Derecho constitucional de asociación.

Consideramos que con la vigencia del nuevo CC, las asociaciones sindicales cuya personería gremial es negada por la Autoridad Administrativa del Trabajo, podrán invocar a su favor las normas civiles que les autoriza a actuar como asociación inscripta con capacidad restringida. Y esto es mucho más que nada.

5) RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LOS ACTOS ILÍCITOS COMETIDOS POR SUS ÓRGANOS O SUS DEPENDIENTES

Este principio tiene antigua vigencia en el Derecho Laboral, como se comprueba con los arts. 301 inc. c), 328, 329, 330, 358, 386, y cdtes. De nuestro Código Laboral.

Los arts. 97, 98, 99 y ctes. Del nuevo CC, en plausible innovación, consagran categóricamente el mencionado principio, poniendo fin a una larga controversia que suscitó el código civil vigente, y que la doctrina ya había superado.

6) CONSAGRACIÓN DE LA BUENA FE COMO NORMA OBJETIVA

La buena fe es uno de los principios fundamentales del Derecho Laboral (los principios del Derecho del Trabajo, Américo Plá Rodríguez, pág. 25, 277 y sgtes.); es una de las ideas informadoras de la organización jurídica laboral, que inspira directa o indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueda servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes, y resolver los casos no previstos; expresa o implícitamente la mencionan los arts. 63, 64, 65, 67, 68, 83 y cdtes. Del CT.

Este principio no está enunciado expresamente en el CC argentino, en los libros I, II Y IV, ni tampoco en el Código de Comercio como elemento de interpretación de los contratos comerciales.

“La buena fe entendida en la significación objetiva de cumplimiento honesto y escrupuloso de las obligaciones contractuales, se distingue de la buena fe subjetiva o psicológicas comprensiva del error o falsa creencia (Plá Rodríguez o.c. pág. 281); significa lealtad recíproca de conducta en las relaciones sociales; causa que justifica la “confianza”, y al mismo tiempo exigencia imprescindible de conducta, precisamente para que la confianza resulte justificada (Grassetti).

Además de principio fundamental, en el Derecho Laboral la buena fe es una regla objetiva que regula el cumplimiento, interpretación y aplicación de las normas jurídico-laborales.

En el nuevo CC, constituye un principio jurídico fundamental, supuesto en toda su estructura; informa la totalidad del nuevo cuerpo legal, y aflora transformada en norma objetiva general: “Los derechos deben ser ejercicios de buena fe” (art. 372); “en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben las partes comportarse de acuerdo con la buena fe” (art. 689); “El contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe” (art. 714 in fine); “las convenciones deben ser cumplidas de buena fe” (art. 715); y aparece en numerosos artículos, aun cuando no siempre se le menciona en forma expresa. Véase arts. 161, 184, 286 e), 288, 301, 308, 309, 689, 691, 712, 719, 781, 1819, 1821, 1822, 1823, 1818, 1919, 1922, 1989, 1991, 1994.

Esa intensidad creciente que la buena fe ha ido adquiriendo en el Derecho contemporáneo se debe, como queda dicho más arriba, a que se ha convertido en vehículo que facilita la socialización del Derecho en general, y del Derecho Civil en particular, acorde con las ideas del moderno solidarismo económico y con la renovación ética que se halla en el centro de la antropología actual, umbral de un nuevo humanismo.

7) La lesión

Es de la esencia del Derecho Laboral la proscripción de la explotación del hombre por el hombre, que en el Paraguay tiene jerarquía constitucional (art. 104 CN); donde existe explotación surge la usura, entendida como un conjunto de circunstancias demostrativas de que una de las partes contratantes ha querido abusar de la debilidad o inexperiencia de la otra. Considera así, como explotación ilícita por una de las partes de la situación afflictiva de la otra, ella puede afectar a todas las especies de contratos que originan obligaciones recíprocas (Frescura L.P. Derecho del Trabajo, pág. 175); y donde existe usura se produce siempre una lesión; de ahí que el art. 42 del CT dispone: “se considerará como ilícita, toda cláusula del contrato por la que una de las partes abuse de la necesidad o inexperiencia de la otra para imponerle condiciones injustas o no equitativas”. Esta norma es una muestra clara del principio tuitivo o protector, que inspira y fundamenta toda la normativa de nuestro Código del Trabajo, otorgándole carácter de orden público a dicha ley, con la consiguiente irrenunciabilidad de los derechos que reconoce. “El principio protector es criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo ya que este, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes; el trabajador. Mientras en el derecho común tradicional, una preocupación constante parece querer asegurar la paridad jurídica entre los contratantes; en el derecho laboral la preocupación central es proteger a una de las partes (el trabajador) para lograr a través de esa protección que se alcance una igualdad sustantiva y real entre esas partes.

Mucho de esa preocupación del legislador se observa también en varias normas del nuevo CC, de las que resalta nítidamente el art. 671, que consagra la teoría de la lesión, en estos términos: “Si uno de los contratantes obtiene una ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de esta, podrá el lesionado, dentro de

dos años, demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario. El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación, que será judicialmente establecida, tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y de su modificación.

8) El abuso del Derecho

El ejercicio abusivo de los derechos no fue admitido durante la vigencia de los CC clásicos, inspirados en la ideología individualista y en la protección de los intereses de clase de la burguesía capitalista. Esa concepción jurídica, al considerar axioma el principio de la autonomía de la voluntad, y al trabajo humano como simple mercancía sujeta a las leyes económicas, fue el origen de innumerables injusticias en perjuicios de las masas proletarias, generándose lo que León XIII, en su encíclica *Rerum Novarum* de 1891, denominó la “cuestión social”.

En reacción a esta concepción jurídica individualista, se abrió paso a la teoría del abuso en el ejercicio de los derechos, que permitió el intervencionismo estatal en la regulación jurídica de las relaciones de trabajo subordinado, naciendo así el Derecho Laboral. Aunque no existe norma especial que consagra expresamente la teoría en el CT, la doctrina y la jurisprudencia jus-laboralista la consideran consustanciada con su propia naturaleza.

Fundado en el abuso del derecho v.g., se consideran de plazo indefinido contratos pactados con plazo determinado cuando no se ajustan a las previsiones de la ley (art. 52 CT); es ilícito la sanción de suspensión cuando el empleador no cuenta con reglamento interno; es ilegal la suspensión del contrato que no cumpla con los requisitos de fondo y de forma previstos en la ley, se limita el ejercicio del “jus variandi” o poder de dirección del empleador, cuando es en detrimento de la dignidad, o produce daño o perjuicio al trabajador; es nulo el despido de la trabajadora embarazada sin causa justificada; recientemente el Tribunal del Trabajo (Ac. N° 53-31-VII/86) declaró

abusivo –y por tanto nulo- el despido de un trabajador a quien le faltaban tres días para adquirir la estabilidad especial; entre otros notables fundamentos, el Tribunal afirmó: “si la mala fe en el ejercicio de los derechos civiles es atacada en la doctrina del abuso del derecho, últimamente consagrado en el art. 372 del nuevo CC paraguayo entre otros, con mayor dicho instituto se halla insito en la normativa del Derecho Laboral Positivo, puesto que este consagra reglas de orden público por la gran preeminencia del interés social de sus fines”.

Sin duda alguna, consideramos plausible, y una de las más importantes innovaciones contenidas en el nuevo C.C., su art. 372 que preceptúa: “El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar, aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlos”. La riqueza teórica y práctica de esta norma no es posible aún aquilatar en su real dimensión, pero es indudable que ella ejercerá una influencia muy beneficiosa en todas las ramas de la ciencia jurídica de nuestro país, muy especialmente en la aplicación del Derecho Laboral.

9) El principio de primacía de la realidad

Significa la primacía de los hechos sobre las formas, las formalidades o las apariencias; lo que importa es lo que ocurre en la práctica, el comportamiento o conducta real de las partes, no lo que se haya pactado en forma más o menos expresa o incluso solemne.

En materia laboral prima siempre la verdad de los hechos sobre la mera formalidad; es erróneo pretender juzgar la naturaleza, sentido y alcance de una relación laboral de acuerdo con lo que las partes hubieran pactado, ya que si las estipulaciones consignadas no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor; cuando ocurre simulación fraudulenta, referente a la relación de trabajo, o a una de sus condiciones, las normas deberán ser interpretadas y aplicadas según la verdadera naturaleza de la relación o de la condición realmente

estipulada; más importante que lo declarado, es su ejecución por medio de la prestación del trabajo; la realidad de los hechos prevalece sobre la ficción o apariencia contractual. Por aplicación de este principio, la jurisprudencia consideró contratos de trabajo numerosas convenciones documentadas como de naturaleza civil o mercantil.

En el Derecho Civil clásico, rige el principio contrario. “Es necesario, dicen Planiol y Ripert, afirmar el principio general que debe preferirse en la vida social. Debemos estar por la seguridad dinámica, es decir, por las situaciones aparentes y hacerlas producir efectos” (Guillermo A. Borda, Tratado Teórico de Derecho Civil, T. II, pág. 115). El CC argentino y el Cód. de Comercio, aunque con atenuantes en la doctrina y la jurisprudencia, consagran ese criterio.

El nuevo CC paraguayo, sin erradicar la forma como elemento trascendente para la existencia o validez de los actos jurídicos en general, y del contrato en particular, se aparta notoriamente de la teoría de la intención, estableciendo que la base de los negocios jurídicos es la declaración de la voluntad en ese sentido, otorga protección a la voluntad real demostrada con el comportamiento o conducta concreta del sujeto, siempre, claro está, que no se configure una ilicitud, pues, en última instancia, tendrá primacía el efecto deseado o pretendido por la ley. Esta conclusión se desprende del análisis de los textos siguientes: en el nuevo CC “No podrán ser objeto de los actos jurídicos: b) lo comprendido en una prohibición de la ley; c) los hechos ilícitos, contrarios a la buena costumbre, o que perjudiquen los derechos de terceros” (art. 299); “los actos jurídicos producen el efecto declarado por las partes, el virtualmente comprendido en ellos y el que les asigna la ley” (art. 301); “se podrá anular un acto jurídico cuando por la simulación se persigue un fin ilícito” (art. 306); “la condición de un hecho imposible, contrario a la moral o a las buenas costumbres, o prohibido por las leyes, dejan sin efecto el acto jurídico” (art. 319); “es nulo el acto jurídico si su objeto fuese ilícito”; (art. 357 inc. b); la prohibición de cláusulas leoninas en los contratos por adhesión (art. 691); “al interpretar el contrato se deberá indagar cual ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las

palabras. Para determinar la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, aún posterior a la conclusión del contrato” (art. 708), las cláusulas de un convenio deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza del contrato y a las reglas de la equidad (art. 712).

De lo expuesto, con sólido fundamento se puede sostener que en el C.C. Paraguay el principio de primacía de la realidad, tiene, como en el Derecho Laboral, importancia fundamental, como criterio de interpretación razonable de la voluntad jurídica, y de validez misma de esa voluntad. Los casos de aplicación del principio son infinitos, como ilimitadas las hipótesis de divergencia entre la apariencia (documentos, formalidades, denominaciones, etc.) y la realidad. La doctrina y la jurisprudencia juslaboralista no dudan en aplicarlo constantemente, con criterio de equidad, para la protección del trabajador, hacer primar el interés social, o precautelar la moral y las buenas costumbres. Confiemos que el Juez común se comparte de la misma manera.

10) Regla de la mora automática

Por el carácter imperativo y de orden público que tienen las normas del Derecho Laboral, los derechos del trabajador nacen y se hacen exigibles inmediatamente, según lo previsto por la ley o en el contrato; la obligación del empleador no requiere de la interpelación previa del trabajador para su constitución en mora. En las obligaciones que deben cumplirse en un plazo determinado o sujetas a condición suspensiva, el deudor incurre en mora automáticamente, por el solo vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición.

En el C.C. argentino, para que el deudor incurra en mora debe mediar requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor, salvo excepciones previstas en el art. 509.

Por el contrario, el nuevo C.C. paraguay admite la solución prevalente en el Derecho Laboral; el deudor se constituye en mora automáticamente, por el solo vencimiento del plazo (art. 424).

11) La gratuidad del trabajo no se presume

Un principio fundamental del Derecho Laboral es que “todo trabajo humano debe ser remunerado. Su gratuidad no se presume” (art. 13 CT).

En el C.C. argentino se presume la gratuidad. El nuevo C.C. paraguayano consagra el principio de la onerosidad de la prestación del trabajo. Así, en el “contrato de servicios”, dispone: “quien realice cualquier trabajo, o preste algún servicio a otro, podrá exigir el precio aunque no hubiere mediado ajuste, siempre que tales actividades fueren de su profesión o modo de vivir”.

Del mismo modo que lo establecido por el art. 64 inc. a) del CT, el art. 848 del nuevo C.C. preceptúa: “El que preste sus servicios percibirá la remuneración convenida, aunque efectivamente no haya cumplido sus tareas, sin culpa suya”. En el “contrato de obra”, la ejecución del trabajo se efectúa siempre mediante un precio en dinero (art. 852); en el “contrato de edición”, sino se hubiese estipulado la remuneración, el Juez fijará su importe, previo dictamen pericial (art. 876); en el contrato de mandato, este se presume oneroso, salvo convención en contrario (art. 886); en el contrato de comisión, el comisionista tendrá derecho a ser retribuido de acuerdo con lo establecido para la remuneración del mandatario (art. 946); en el contrato de corretaje, el corredor tiene derecho a remuneración de cada una de las partes, si el negocio se concluye por efecto de su intervención” (art. 952).

12) Limitación del principio de la autonomía de la voluntad

La libertad jurídica o el poder para crear mediante un acto volitivo, una situación de derecho, cuando dicho acto responde a fines lícitos, constituye la autonomía de la voluntad (Frescura, Derecho Paraguayo del Trabajo, pág. 140). El C.C. argentino admite el principio con extrema amplitud; el art. 1197 dice: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben

someterse como a la ley misma”; la autonomía volitiva solo está limitada por las leyes en que están interesados el orden público y las buenas costumbres (art. 21).

En el Derecho del Trabajo, el principio de la autonomía de la voluntad está muy restringido; no cabe afirmar que el contrato sea ley para las partes, pues mediante el intervencionismo estatal, se prescinde del consentimiento para predeterminar su contenido en forma de condiciones mínimas. De ahí que tiene el carácter de imperatividad, son de orden público e “irrenunciables por el trabajador las normas legales establecidas para beneficiarlo o protegerlo” (art. 105 C.N.); por su parte, el art. 3º CT establece: “Los derechos reconocidos por este Código a los trabajadores no podrán ser objeto de renuncia, transacción o limitación convencional. Será nulo todo pacto en contrario”.

La autonomía de la voluntad, desde una perspectiva social-cristiana, tiene el defecto de la doctrina liberal aplicable sin medida a la realidad social, pues, por encima de la voluntad individual existe un orden superior ético-jurídico que la limita, en función del bien común. Sin embargo, incluso en el Derecho Laboral el principio en sí no se discute ni se pone en duda, sino que se trata de evitar su abuso (art. 40 en con. Art. 41 CT).

La restricción del principio tiene, en nuestro derecho positivo, sólido fundamento constitucional. Véase arts. 48, 95, 96, 104, 105, 123 y 124 C.N.

El nuevo C.C., acorde con la tendencia moderna en la materia, caracteriza el contrato como medio de reglar libremente las relaciones de las partes, dentro del marco del derecho imperativo; el art. 669 dispone: “Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos”.

Las normas imperativas se distinguen de las normas dispositivas. Las imperativas (o taxativas) deben cumplirse estrictamente por

los destinatarios, cualquiera sea la voluntad de las partes; las dispositivas pueden renunciarse por los particulares y han de cumplirse solo cuando las partes no hayan establecido otra cosa. Del análisis de ambos códigos civiles, se concluye que, en tanto en el argentino las normas relativas a los contratos son casi todas dispositivas, en el nuevo C.C. paraguayo ellas son casi todas imperativas. De ello cabe deducir que también en esta materia de la autonomía de la voluntad, la influencia del Derecho Laboral resulta notable y muy beneficiosa para el bien común.

13) Revalorización del trabajo humano que cumple función social y no debe ser considerado mercancía

Para el Derecho Laboral, de acentuado contenido ético-social; el trabajo constituye el hecho más digno de su formación, por cuanto es la persona humana íntegra en una de las manifestaciones más activas de su vida de relación; por ello no debe considerarse mercancía.

Como clara expresión del avance del Derecho Social, con la incorporación de sus principales directrices al nuevo C.C., en este último el contrato de locación solo se limita a regular el arrendamiento de cosas. El trabajo que el C.C. argentino regula como contrato de locación de servicios, se desprende el Derecho común, dando nacimiento al Derecho Laboral. En el Cap. IV del Tít. II, Libro III, se abandona la terminología de la ley vigente (locación de servicio) y se denomina a la que recae sobre el trabajo humano, simplemente –contrato de servicio-, para poner énfasis en la caducidad del concepto de trabajo-mercancía.

El art. 845 del nuevo C.C. preceptúa: “Los derechos y las obligaciones de los empleadores y trabajadores derivados del contrato de trabajo, se regirán por la legislación laboral; y los derivados del ejercicio de las profesiones liberales, por su legislación especial”. De esta manera, se confirma y ratifica la existencia del Derecho Laboral, como rama diferenciada y autónoma de la ciencia jurídica, que en el

Paraguay se halla estructurado en un código moderno, Ley N° 729/61, que dentro de 3 días cumplirá 26 años de su promulgación.

Mientras el CT regula el trabajo prestado en relación de dependencia, por cuenta y riesgo de un empleador que lo remunera, el nuevo C.C. lo regula como contrato de servicios, cuando lo presta una persona en forma autónoma, por su propia cuenta y riesgo.

Ese mismo elemento de la subordinación jurídica, sirve para determinar, en cada caso concreto, si un comisionista o un corredor celebró un contrato civil o un contrato laboral.

Basándonos en el análisis precedente, creemos haber demostrado:

1) Que la mayoría de las directrices que aparecen como importantes innovaciones en el nuevo C.C., enriqueciéndolo para constituir una ley más justa, son la recepción de principios, normas e instituciones que constituyen la esencia y razón de validez del Derecho Laboral y que están contenidos en nuestro Código del Trabajo.

2) Que el “espíritu” solidarista, humanista, realista y protector del Derecho Laboral sirvió también de fuente de inspiración y fundamento de las normas e instituciones en el nuevo C.C.

3) Que todo jurista: magistrado, catedrático, investigador, abogado, funcionario público, necesariamente tiene que abordar el estudio, conocimiento, interpretación, cumplimiento y aplicación del nuevo C.C. con una renovada mentalidad. Una mentalidad inspirada en una concepción del hombre, la sociedad y la vida, alejada del individualismo y del materialismo, y una cercana a la libertad social y a la justicia social.

Si la perspectiva humanista y social, que es esencia del cristianismo moderno, no se utiliza para ir conformando en el Paraguay un nuevo Derecho Civil a partir de nuestro nuevo C.C., es probable que sea inútil el esfuerzo de los recursos humanos muy calificados que intervengan en la redacción del texto legal, y esto no se debe dejar que ocurra.

Tenemos los paraguayos muy tristes experiencias, algunas casi actuales en el tiempo, de constituciones y leyes que en el momento de su sanción y promulgación produjeron razonable expectativa, porque se las consideró beneficiosas para el mejoramiento de las condiciones de vida de nuestro pueblo, pero que, al no ser cumplidas ni aplicadas adecuadamente, produjeron mayores males, por la frustración y el descreimiento que generaron en la opinión pública.

Porque mucho peor que una ley obsoleta tal vez aplicada con equidad, es una ley buena, progresista y justa que no se cumple.



Formas de Sindicación: Única o Plural

William Thayer Arteaga¹

Síntesis de la Conferencia pronunciada por el Prof. WILLIAN THAYER ARTEAGA, en el Salón Auditorio de la Excma. Corte Suprema de Justicia, el miércoles 6 de setiembre de 1989.

1. Los pueblos que desean vivir en paz y esperanza, necesitan lograr armónicamente tres grandes objetivos: Orden, Libertad y Progreso.

2. Es razonable creer que la generalidad de los gobiernos procura alcanzar esa triple finalidad. La dura experiencia nos enseña, en cambio, que difícilmente lo consiguen. A veces, la búsqueda desatinada del progreso, los lleva a confundir el orden con tiranía de unos pocos sobre la inmensa mayoría, perdiéndose la libertad y frustrándose el progreso.

Más frecuente ha sido entre nosotros, los pueblos de Ibero-América, conservar el orden y la libertad, pero perder el progreso. Otras veces ha sido necesario renunciar a mayores o menores espacios de libertad, para lograr algún orden que haga posible el progreso.

Sigue vigente, pues, el gran desafío: Cómo vivir en una democracia, plenamente libre y ordenada, que al mismo tiempo sea eficaz, esto es, permita y logre el progreso.

3. El asunto que hoy nos congrega tiene que ver esencialmente con la libertad. En el campo sindical, como en el político, el religioso, el educacional, el universitario el empresarial y tantos otros, la libertad se expresa en la posibilidad de elegir, de optar entre más de una posibilidad. No ser forzado a seguir una vocación que nos impongan desde afuera, a incorporarnos a una asociación o una institución que

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 28-1989.

no aceptamos, a adherir a una ideología, creencia religiosa, concepción filosófica u opción política, o a un gremio o sindicato que no juzgamos correcto o eficaz, es la condición misma de una democracia verdadera, que por eso se llama pluralista, la que se estructura sobre la base de que el hombre vive en riqueza o que sociedad para ejercer mejor, con más seguridad, y eficiencia su facultad de elegir, su derecho a vivir en libertad.

Opuesto al pluralismo es el monismo, que, en la historia política moderna, asume la horrible forma de totalitarismo. Mientras la democracia pluralista busca ofrecer al hombre varias opciones, para que el, soberanamente, escoja la que prefiere, el monismo social o totalitarismo lo obliga a un solo camino impuesto por quien ejerce el poder sin contrapeso. El Estado, el Tirano o el Partido que detentan el poder, imponen la vocación profesional, la ideología política, la escuela, la universidad, las mercaderías que se consumen. Los servicios de que se dispone. Hay monismo, en que solo existe una posibilidad sin alternativa; hay totalitarismo, porque todo el poder lo tiene el hombre o el grupo que nos imponen un camino y nos privan del derecho natural a elegir.

4. Con todo, es necesario tener presente que el pluralismo, o sea, el sistema social que procure ofrecer opciones para el ejercicio de nuestra libertad, no implica pareja extensión en todos los ámbitos, o todas las situaciones. Así a priori, la libertad de elegir para un niño de edad parvularia es menor que la de un estudiante universitario; el derecho a escoger una ciudad para vivir o un partido en el cual militar.

Esto nos lleva a distinguir tres tipos básicos de pluralismo: el ideológico, el funcional y el institucional.

El pluralismo ideológico nos permite preferir el sistema de ideas, criterios o soluciones sociales en el plano político, religioso, económico o filosófico. Naturalmente, ese pluralismo no puede ser ilimi-

tado. La sociedad no nos va a facilitar opciones antisociales: agrupaciones terroristas, violentistas, de narcotraficantes, pretenden, si son poder, destruir la libertad.

El pluralismo funcional reconoce que hay funciones o tareas distintas en la sociedad, y que todas son legítimas, útiles o necesarias, y deben ser permitidas y estimuladas. Por ejemplo: producción, trabajo, educación, comunicación, transporte, creación cultural, recreación, gobierno, administración pública, justicia, legislación, seguridad policial, seguridad militar, culto y meditación.

Es evidente que una sociedad no puede desconocer la necesidad de estas funciones, y no se podría vivir si uno o varias de ellas se impidieran o descuidaran en forma extrema.

No obstante, es común que algunas se minimicen y otras se extremen según la idiosincrasia o circunstancia de los pueblos.

El pluralismo internacional complementa al anterior: para desarrollar las diversas funciones sociales se crean instituciones adecuadas y volvemos a lo antes expresado- estas pueden ser únicas o múltiples, pertenecen exclusivamente al Estado, Partido o Tirano que detente el poder, o ser de libre creación y manejo de los hombres que se organizan en una sociedad libre.

5. Ahora bien, la experiencia histórica o las distintas formas de sociedad reconocen que hay funciones que naturalmente se desempeñan por entidades públicas y únicas. Ejemplo: Ejército, Marina, Aviación, Legislación, Gobierno, Servicios Públicos esenciales.

En cambio, hay otras funciones, que, con buenas razones, podrían ser cumplidas por instituciones públicas o privadas, o por ambas en competencia o colaboración: Seguridad Social o universidades; ciertas acciones productivas (material de guerra) de comercio (Bancos) siempre como excepción.

Por último, en el terreno del trabajo y la producción, una sociedad que no acepte otro tipo de trabajo que el de empleado del Estado y otro tipo de empresas productivas o de servicio, que las públicas,

conduce de inmediato al totalitarismo. También ocurriría lo mismo, si el Estado se reserva el monopolio de la educación o de los medios de comunicación (TV, radios, prensa escrita), etc.

6. Con este arsenal de reflexiones estamos en condiciones de enfrentar y creemos- esclarecer el que creemos falso dilema entre la unidad y pluralidad sindicales.

Dos ámbitos son los más frecuentes para la organización sindical: el de la empresa y el de la profesión. Examinemos el primero, que es de mayor importancia en la sociedad moderna, así como el ámbito profesional que dominó de la Edad Media, sin olvidar que los avances tecnológicos están resucitando poderosamente las asociaciones profesionales.

7. La empresa es una unidad productora de bienes o servicios, que está dotada de colaboradores, operarios, funcionarios o trabajadores de diversos niveles y que denominamos comúnmente, el personal de la empresa.

Pues bien, ese personal suele organizarse en sindicatos para todos los fines propios de esa institución: defensa, promoción, estudio y mejoramiento de los intereses comunes de los asociados.

Al constituir un sindicato de empresa es natural y legítimo que los organizadores procuren afiliar a todos los trabajadores de la empresa, con excepción de los jefes superiores, cuyas funciones se confunden con las del empleado y lo representan. Si en este afán de procurar la afiliación se llega a la imposición avasallando la voluntad de los trabajadores, el sindicato deja de ser libre, suele llamarse único, pero en el fondo, ha dejado de ser una asociación, un transformarse en órgano de la empresa, que no tiene mandato o representación de las bases o asociados con contrato de sociedad, para la representación de las bases o asociados, sino que simplemente registra obligadamente a todo el personal. Más aún, si este Sindicato único quiere tener patrimonio para cumplir fines, tendrá que obligar a pagar cuotas a todo el personal que no han deseado jamás pertenecer a él, con lo

que ya estaríamos configurando una institución propia de un sistema monista y totalitario y no un sistema pluralista y libre.

8. Algunos sectores laborales han creído que el Sindicato único y obligatorio les dará mayor fuerza y representatividad.

Grave error: el Sindicato único pierde de inmediato su representatividad, ya que no representa a nadie, en los afiliados no son tales, sino meros nombres registrados obligadamente en él.

Pero hay algo más grave: el Sindicato único siempre es manejado por un organismo libre, que busca apoderarse de él, ordinariamente un partido político que lo infiltra y domina.

O sea: el Sindicato único no es autónomo; sacrifica su autonomía, en la unidad, y en lo mismo, no tiene fuerza propia, sino fuerza ajena, la fuerza del partido o agrupación que lo controla.

9. La experiencia chilena al respecto, es muy antigua, siempre las elecciones de Sindicatos, Federaciones o Centrales únicas, fueron políticas, hasta terminar en las famosas elecciones de dirigentes nacionales de la CUT -Central Única de Trabajadores- en tiempos de la Unidad Popular, en que se exigió que los candidatos a dirigentes nacionales debían ser presentados los partidos políticos para poder optar a la elección. Con todo, la CUT nunca llegó a reunir más de 20.000 6 30.000 afiliados en un 10 de mayo, y su “representatividad” difícilmente llegó al 10% de la población activa. Osea solo fue única de nombre y carente siempre de la fuerza que buscaba.

En los Sindicatos únicos de obreros que rigieron durante el primitivo Código del Trabajo, el 95% de las elecciones fueron políticas, y terminaron teniendo menos “socios” que los que se afiliaban libremente en sindicatos llamados profesionales, aunque podían ser de empresa o profesión.

10. Pero donde la fuerza de la libertad sindical se evidenció plenamente, fue con la Ley 16.625, de 1967, sobre Sindicación Campesina Chilena al más alto porcentaje de afiliación que jamás tuvo el

sindicalismo chileno. Hoy todos la añoran y desean como una gran conquista, que se debió solo al fecundo efecto de la plena libertad.

Así, los 1.050 afiliados campesinos que había en 1966, conforme a una ley de sindicatos únicos campesinos, se transformaron en más de 100.000 antes de dos años, y sobre 280.000 en 1976.

Muchas cifras podrían copiarse, pero no es el momento de dudar y analizarlas.

11. Por último, es importante tener presente que toda ley de libertad sindical, que, es lo mismo aceptar el pluralismo, debe promover la unidad, pero unidad en libertad. Así, por ejemplo, es razonable que se exija los sindicatos, representar un cierto porcentaje (10% 20%) de la masa sindicalizable, a menos que el número de afiliados sea alto en términos absolutos. Por ejemplo: 200, 300; etc.

En Chile, los sindicatos de 250 o más afiliados, no exigen representatividad profesional, a la inversa, los de menos de 25 socios, deben representar más del 50% de los sindicalizables.

12. Por último, en la experiencia chilena, nunca se formaron muchos sindicatos en cada empresa, generalmente uno o dos, y por razones sociales, no políticas. Lo que ocurre, es que el trabajador no se afilia ni paga cuotas a una asociación ineficiente, que no presta servicios el sindicato, aunque libre, debe ser reales. Por eso el sindicato, fuerte, unido y eficiente.



Pandemia y suspensión de contratos de trabajo

Félix M. Villamayor T¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2020.pdf. (pág. 17).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2020.

Universidad Nacional de Asunción (Abogado, 1993). Doctorado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” (Doctorando, 2003). Abogado laboralista. Especializado por la Universidad de Bologna y la Organización Internacional del Trabajo como Experto en Derecho Internacional del Trabajo. Socio fundador de Irún & Villamayor, Asesores Laborales de Empresas. ExAsesor Jurídico “AD HONOREM” del Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Profesor de Diplomados y Especializaciones en Derecho Laboral en la Facultad Comunera, en la Facultad Fotriem y en Mbo’é Escuela de Negocios.

Modelos de contratos laborales en tiempos de Pandemia

Dr. Joaquín Tomás Irún Grau¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2020.pdf. (pág. 35).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2020.

En esta segunda edición de la Gaceta Judicial, año 2020, contamos con la colaboración destacada del Dr. Joaquín Tomás Irún Grau, prestigioso Abogado Laboralista, quien fue Director de la Gaceta Judicial desde el año 1980 hasta el año 1989, lapso en el cual el mismo ejerció la Magistratura. Es un honor contar con los modelos de Contratos Laborales en tiempos de Pandemia que el mismo nos brinda como aporte jurídico en su amplio conocimiento del Derecho Laboral y Procesal Laboral. Nuestro profundo agradecimiento a quien hoy nuevamente contribuye y ayuda al crecimiento de la Revista de la Corte Suprema de Justicia - Gaceta Judicial.

La suspensión de los Contratos de Trabajo

Zully Almirón¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2020.pdf. (pág. 51).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2020.

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción 1993. Especialización en Derecho Procesal, en la Facultad de Alcalá de Henares I y II (2018-2019) España; Maestría y Doctorado en Teoría General del Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario - Argentina 2016/2017. Docente con Post grado en Didáctica Universitaria 2007 Asunción-Paraguay. Especialización en Derecho Procesal estrategias de litigación 2015 Colegio de Abogados de Asunción; en “Estrategias de Responsabilidad Social Universitaria” Dictado por la OEA y el BID 2009; Pasantía Internacional en Responsabilidad Social dictado en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Centro Vincular Responsabilidad Social y Desarrollo Sostenible - Chile 2012. Autora del libro Vínculos entre la Responsabilidad Social Empresarial, Derecho Ambiental y Salud Ocupacional. Co autora del Libro Normas de Seguridad en el Trabajo con cuatro ediciones lanzadas. Ha dictado varios cursos y charlas nacionales e internacionales sobre Derecho del Trabajo, Seguridad, Higiene y Medicina Ocupacional y Responsabilidad Social Empresarial, y Derecho Procesal del Trabajo. Realizó varios trabajos de diagnóstico para la implementación de ajustes en el área laboral y de recursos humanos de varias empresas reconocidas de nuestro medio, con criterios de RSE. Asesora Jurídica externa de varias empresas de nuestro país. Actualmente, es Directora de Asesora RSE Consultores.

Derecho Civil y Comercial

El derecho privado en transición

Prof. Dr. Oscar Paciello¹

1.- Está radicado ante el Congreso Nacional el Estatuto del Comerciante. No hace mucho tiempo y como consecuencia de una aspiración hondamente sentida, que diera lugar a la formación de la Comisión Nacional de Codificación, numerosas otras instituciones fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico han alcanzado la sanción legislativa.

Así, en una primera expresión de tales propósitos, fue sancionada la codificación en materia laboral. A ella siguió la Ley de Quiebras, y según se afirma, es casi inminente la presentación del proyecto de Código Civil.

Todo está indicando la generación de cambios en nuestro ordenamiento jurídico positivo, pero acaso más que ello -y esto es cuanto tratamos de resaltar en este trabajo los profundos cambios socio-culturales que todo ello comporta. Son las exigencias propias del desarrollo nacional.

Pero, por sobre todo, es importante realizar una indagación respecto de cuáles son los supuestos de orden ideológico que sustentan todo este proceso de transformaciones más o menos intensas o profundas que todo ello comporta. En otras palabras, útil resulta plantearse la interrogación acerca de cuál es el sentido, la orientación de este proceso.

En la imposibilidad de abarcar tan amplia tarea en el acotado espacio de esta aproximación al tema, de inicio excluimos cuanto tradicionalmente se conoce como derecho público (y decimos tradicionalmente puesto que son innegables las estrechas relaciones entre uno

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-1983.

y otro aspecto de la normatividad jurídica) para detenernos en una visualización de cuanto conocemos como derecho privado, en general.

2.- En esta tarea, naturalmente que debemos comenzar por resaltar algunos presupuestos conceptuales que permitan conjugarlos en una perspectiva compartida. Así, no faltan concepciones altamente apreciadas, según las cuales el orden jurídico, y sus reglas jurídicas, configuran un orden relativamente cerrado, ajeno a la realidad social en el que se halla inmerso.

Esta concepción, dará lugar a una postura en la que se considera la realidad jurídica como una realidad autónoma, con sus exigencias de mantener la “pureza” del derecho, sobre todo de cualquier connotación ideológica. Su expresión máxima se encuentra, como fácil es advertirlo, en la famosa “teoría pura del derecho” de la que Hans Kelsen es su más encumbrado teórico y expositor.

Como esfuerzo intelectual, esta concepción del derecho, puede exhibir peligrosas vertientes. Concretamente, al resaltar una autonomía del derecho, en el esfuerzo por contener el derecho dentro de una normatividad pura y la norma jurídica como un ordenamiento cerrado, nos conduce a la valoración de la norma jurídica como una norma absoluta, expresión concreta de un Estado absoluto, con lo que fácil resulta advertir sus potencialidades para la sustentación de cualquier tipo de totalitarismo.

3.- Pero la norma considerada como expresión de la voluntad de un príncipe soberano o de un Estado absoluto, no se compadece, ciertamente, con la realidad de la vida social.

El derecho es producto de la vida social. Está inmerso en la realidad social y no puede ser contenido dentro de los estrechos límites de una “teoría general del derecho”, aséptica, ahistórica, en la que se hallan prefiguradas de manera atemporal las figuras del deudor y del acreedor, del propietario y del que no lo es, del patrón y del asalariado y así sucesivamente.

Conforme puede advertirse con la simple evidencia de algunas instituciones, inmediatamente se aprecia que en la consideración del derecho privado, aun cuando se dan principios de orden racional que escapan al vaivén de las transformaciones de la vida social, por aquello de configurar elementos típicos del orden natural que dimana de nuestra consideración de personas humanas, necesariamente permanecen y perduran en el tiempo, como expresión de nuestras concepciones éticas, no por ello muchas instituciones permanecen idénticas.

Por vía de grosera ejemplificación, basta con pensar en la institución de la esclavitud, tan minuciosamente regulada por los derechos antiguos. Y así como esta, numerosas otras instituciones en que sin darse, precisamente, una apreciación totalmente contraria, cuando menos exhiben una evolución, plasmada como consecuencia de transformaciones sociales que exhiben notable incidencia en el derecho privado.

Esto está evidenciando, que el orden jurídico es inseparable de la realidad social en la que se encuentra inmersa y del que constituye una expresión nítida y vital.

4.- Pero esta constatación, en modo alguno nos puede llevar al polo opuesto en el que no pocos quisieran navegar. Nos referimos a la consideración del derecho como una superestructura, forjada por las relaciones económicas de producción, tal como señalan los justifilósofos marxistas.

Si tal premisa fuera cierta, nos encontraríamos con un orden cerrado en el que, prácticamente, se mantendrían incólumes determinadas estructuras apuntaladas por un orden jurídico que, por lo mismo, trataría de mantenerlas incólumes puesto que es la expresión de los sectores dominantes y por lo mismo más poderosos de una sociedad.

En verdad, la función del derecho trasciende esta esquematización simple. Ciertamente que juega el rol de conservar las situaciones existentes, pero no puede desconocerse que al amparo de imperativos éticos que aspiran plasmar una vida social más dinámica, más rica,

una vida mejor, constantemente se da la intervención legislativa en esa eterna lucha por adecuar las instituciones a dichas finalidades éticas. Cumple así al derecho, el rol de modificar las estructuras consideradas incompatibles con un determinado orden establecido, conduciendo la vida social en procura de mejores horizontes.

5.- Desde este punto de vista, cumple el ordenamiento jurídico, al decir del Prof. Perlingieri el rol de reflejar “una filosofía de la vida, inspirado en determinados valores. El conjunto de valores, de bienes, de intereses prevalentes que el ordenamiento jurídico considera y privilegia”, (*Profili istituzionali del diritto civile*” p.7).

En esta perspectiva, la investigación de diversos ordenamientos jurídicos, vale decir, una indagación del derecho comparado, permite apreciar con mucha mayor claridad, cuál es la filosofía que prevalece en algún momento histórico de determinada sociedad.

Por vía de ejemplo, el Código de Napoleón, y bajo su inspiración y modelo todos los que se inspiraron en él, refleja la ideología prevaleciente en los tiempos de la revolución francesa, o lo que es lo mismo, el triunfo de la idea de la propiedad individual.

Es el ordenamiento jurídico que más cumplidamente protege al propietario, en la creencia y convencimiento de que defendiendo al propietario está gestando el bastión desde el cual se protege la libertad individual.

Y será esta consideración individualista la que presta fundamento a la mayoría de las instituciones de códigos civiles como el nuestro que se mantienen dentro de esa línea, aun cuando la evolución de la realidad social haya determinado no pocos cambios por vía de interpretación jurisprudencial.

Pero esta concepción individualista, reconocerá, sobre todo en algunas expresiones de la ciencia jurídica europea, algunas modificaciones sustanciales. En concreto, el Código Civil Italiano de 1942, inspirado en la ideología fascista, antes que valorar la propiedad individual a la usanza liberal, pondrá el acento en la productividad, y

así serán subordinadas a los propósitos de impulsar la productividad de las empresas, todas las otras instituciones.

En España de la época franquista se hablaba de un “Derecho del Movimiento” que aun cuando no alcanzó a plasmarse en un Código Civil, por lo menos sirvió de fuente de inspiración jurisprudencial y dio aliento a la sanción de no pocas leyes. Así, el Prof. Castán Tobeñas expresaba: “La concepción económico-jurídica del Movimiento español está fundada, en primer lugar, en la idea de interés particular y reconocimiento de la iniciativa y la propiedad privada... Mas ese interés particular... está limitado y contrapesado por el interés social o colectivo, ya que el Punto V admite la intervención estatal en la Economía para encauzar y suplir la iniciativa privada y por otra parte al reconocer la propiedad privada, lo hace conceptuándola como un derecho condicionado a su función social...”.

6.- Como se advierte, media una notoria transformación en el fundamento que inspira las diversas instituciones, conforme al desarrollo de las sociedades y sobre todo las nuevas concepciones ideológicas que inspiran tales desarrollos.

En el derecho privado, acaso uno de los capítulos de mayor relevancia en la materia, puesto que constituye el núcleo mismo a partir del cual se dan múltiples regulaciones, se percibe en el derecho de las obligaciones.

En este sentido a la noción tradicional que plasmó nuestro código civil y los numerosos otros códigos compilados bajo la inspiración de la codificación napoleónica, atribuye al acreedor potestades y prerrogativas que solamente miran su interés individual.

Nada hay en estos códigos que mire el interés social; en ninguna parte, por ejemplo, se refleja una disposición como la contenida en nuestro Código Laboral procesal, (art. 345 inc. b) que tiende a preservar una unidad productiva de bienes o servicios, de la que en una u otra forma dependen los trabajadores o aun la comunidad misma.

En este orden de consideraciones, un aporte singularmente esclarecedor que, pensamos, andando el tiempo se abrirá camino y fundamentará una evolución provechosa, es la del Prof. Emilio Betti, en su Teoría General de las Obligaciones. La obra de este profesor, aun cuando signifique un aporte luminoso para nuestra ciencia, no alcanzó la completa difusión que merecía, dado que aun cuando no profesaba tal ideología, le cupo desarrollarla bajo la égida del fascismo.

En concreto, y por lo que a las obligaciones se refiere, el Prof. Betti advierte el hecho fundamental del rol social que juega esta institución en la vida social y así concibe la noción de la obligación como la expresión de las relaciones de cooperación que necesariamente se da en la convivencia en sociedad.

No es concebida, por tanto, la obligación como un derecho autónomo que faculta al acreedor a ejecutarla con prescindencia de los intereses sociales incluidos los del deudor, tal cual actualmente la tenemos legislada, sino que es concebida como expresión de una necesidad surgida por la existencia en sociedad.

Por consiguiente y como consecuencia de tal relación, se fundamenta esta en la necesidad de una persona de obtener la cooperación del acreedor, pero a su vez y correlativamente, un imperativo ético determinará al acreedor a cooperar con su deudor para la obtención del fin social propuesto. Vale decir, no se aprecian solamente los intereses individuales, generalmente egoístas, sino que ellos se inscriben en un marco mucho más amplio de la convivencia organizada para alcanzar los fines que presiden la concreción del ordenamiento jurídico.

7.- Fácil es advertir, por tanto, que según resulte la concepción en que nos ubicamos, de allí partirán las regulaciones concretas que organicen el derecho privado.

De ahí que, ante la inminencia de la propuesta del ordenamiento jurídico más importante en este campo, cual es el Código Civil, bien valga la pena tener presentes algunos aspectos fundamentales que deberían iluminar sus previsiones sistemáticas.

Para ello, naturalmente que la primera fuente de inspiración la da la Constitución Nacional, que impone ciertos parámetros de relevancia, tales como la organización republicana que indica la necesidad de democratizar las diversas instituciones. Este principio traduce un nuevo y más evolucionado sistema de asociarse, con lo que el derecho de las asociaciones resulta iluminado y condicionado por tal imperativo constitucional.

La persona humana y la organización familiar también reciben el influjo de los preceptos constitucionales, ya que la regulación jurídica del derecho privado no podría darse sin precautelar a fondo aspectos tales como la igualdad de los sexos, la necesidad de mantener el núcleo familiar conforme a este principio y el desarrollo de actividades económicas que le permitan alcanzar sus fines sociales, tales como la institución social del bien de familia y aun las restricciones a la venta del patrimonio familiar contenidas en el estatuto agrario.

Y en esta perspectiva, también, la regulación de los límites de la gestión de la iniciativa privada, que por mandato constitucional está referida a la necesidad de resultar encarada conforme a planes globales de desarrollo, indican que se dan orientaciones y restricciones, asumiendo el Estado roles que, ciertamente, ni se soñaban en la era del estado gendarme en que fue concebida la mayoría de los sistemas de derecho privado.

8.- En suma, nuestro derecho privado, en trance de ser modificado por la sanción de nuevos códigos de fondo, vive un momento especial de transición. No está de más resaltar, por lo tanto, la importancia que tiene la exacta correspondencia que debe mediar entre las regulaciones de la ley positiva y los grandes principios considerados necesarios para nuestra justa convivencia social: la igualdad jurídica de las personas, la defensa de sus derechos fundamentales, la aspiración hacia un orden de igualdad de oportunidades sin privilegios ni explotados, todo bajo una acción de contralor constante de un Estado no absoluto, sino expresión de una creciente participación del ciudadano en la adopción de las grandes decisiones nacionales.

COMISION NACIONAL DE CODIFICACIÓN

Presidente: Luis Martínez Miltos

Miembros: J. Augusto Saldívar

Luis P. Frescura

Arquímedes Laconich

Gregorio Silvio González

Ramiro Rodríguez Alcalá

José Alberto Correa

Justo Pucheta Ortega

Eugenio Giménez y Núñez

J. Eugenio Jacquet

Augusto R. Fuster

Carlos A. Vasconsellos

Juan R. Granada

Miguel Ángel Pangrazio

Juan Carlos Mendonça

Ramón Silva Alonso

Antonio Colmán Rodríguez



La convocación de acreedores y el delito de cheque sin fondo

Abg. Julio Noé¹

BREVE INTRODUCCIÓN

Ha sido constante preocupación en los últimos tiempos el problema que se plantea con la admisión de una convocación de acreedores con relación al tema de índole penal como el del delito de cheques sin provisión de fondos.

El cheque es una orden pura y simple de pago a la vista en una fórmula impresa, dada sobre un Banco en que el librador tiene fondos disponibles o autorización para girar en descubierto, como dice Balsa Antelo.

O, como magistralmente lo define De Semo, un título cambiario a la orden o al portador, literal, formal, autónomo y abstracto, que contiene la orden incondicional de “pagar a la vista” la suma indicada, dirigido a un banquero en poder del cual el librador tiene fondos disponibles suficientes; que vincula solidariamente a todos los signatarios y está provisto de fuerza ejecutiva.

El cheque es un título de crédito que conforme la definición de Vivante “el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo en él contenido”.

El Código de Comercio actual define al cheque en su art. 798: “El cheque es una orden de pago, dada sobre un banco, en el cual el librador tiene fondos depositados a su orden, cuenta corriente con saldo a su favor o crédito en descubierto”.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2 -1983.

De las acepciones precedentes deducimos que existen dos aspectos esenciales en el cheque: su función como título de crédito y su función como medio de pago.

Analizado desde su aspecto de ser título de crédito vemos que presenta elementos comunes a los instrumentos de su especie: abstracto, autónomo, literal.

Conforme con estas características puede circular, aunque no es por esencia destinado a esa finalidad. Lo cual implica que tal circulación es accidental y no afecta a su naturaleza.

Un banco, que es el girado, efectúa el pago por orden y cuenta del librador, asumiendo este la obligación cambiaria de garantizar la operación.

También debe tenerse en cuenta que la caducidad del plazo, importa para el tenedor la pérdida de acciones emergentes contra librador y endosantes.

El banco, que no asume rol de aceptante, como el librado en la letra de cambio, no contrae ninguna obligación cambiaria.

El cheque como ya dijimos, paralelamente asume la función de medio pago.

ANÁLISIS DE LA NATURALEZA JURÍDICA-ECONÓMICA DEL CHEQUE EN NUESTRO DERECHO.

El cheque aparece en su primordial función como medio de pago, conforme su disciplina formal y por ello no tiene vencimiento futuro, es pagadero a la vista. El período de validez es legalmente limitado no requiere para su exacción su previa aceptación por el girado. El tomador y tenedores adquieren con la transferencia del título derechos cambiarios solo respecto del librador y endosantes. Respecto del librado sobre todo solo adquieren una expectativa que puede ser o no satisfecha.

En materia de legislación, tenemos en nuestro derecho positivo, en lo referente a cheques el título XIII- capítulo I (art. 798 al 843) del

Código de Comercio y la Ley N° 941 que reprime y castiga la emisión de cheques sin fondo.

La nueva ley de Quiebras 154/69, modificatoria del Código de Comercio y de la legislación civil en materia de concursos, trae aparejada una problemática que se identifica con una conducta delictiva, aunque se trate de una mera apariencia, que no puede bajo ningún aspecto confundirse, sin embargo, ha operado en no contados casos como exculpatoria.

Sabemos que, como título de crédito, el cheque es un documento meramente formal. Atendiendo al carácter abstracto de la obligación contraída por el librador, la forma cumple la función de reemplazar a la causa. Por este motivo, el incumplimiento de los recaudos formales enunciados en el art. 800 del Código de Comercio, produce la inexistencia del cheque como tal, aunque conserva su valor de documento privado.

El cheque presupone igualmente una provisión constituida precisamente dinero, disponible en el momento de la expedición del título, diferencia trascendental con la letra de cambio. Es entonces condición necesaria la preexistencia de una relación librador - girado, mediante la cual existen fondos suficientes para afrontar el pago. En condiciones anormales, en que no existan fondos suficientes y el cheque no es pagado, falta precisamente el elemento material de la provisión de idoneidad para la función de medio auxiliar de pago. La sanción penal, en consecuencia, apunta a la protección del cheque en cheque en su función propia, y a mantener sus condiciones de regularidad que se vincula profundamente con el tema de la provisión.

La provisión cobre inusitada importancia frente a la insolvencia del librador.

EL PROBLEMA DE LA CONVOCACIÓN DE ACREEDORES Y LA EXISTENCIA DE CHEQUES LIBRADOS SIN PROVISIÓN DE FONDOS.

La admisión de la convocatoria de acreedores produce respecto del deudor determinados efectos jurídicos que conviene destacar.

En primer lugar, señala el art. 21 de la ley de Quiebras el deudor conserva la administración de sus bienes y prosigue con sus operaciones normales de negocios, bajo la vigilancia del Síndico, pero no puede realizar actos que puedan ir en perjuicio de sus acreedores, a favor de quienes nace el principio de la “par conditio omnium creditorum”, o sea el de perfecta igualdad sobre la base de la proporcionalidad.

La primera dificultad que se plantea es la referente a las consecuencias que importa para el convocatario el pago de un cheque librados con anterioridad a la presentación en convocatoria.

Si el cheque es presentado al Banco y existen fondos, no caben dudas que el banco debe pagarlo. La verdadera dificultad se plantea cuando el banco lo rechaza por falta de fondos, y el convocatario es intimado al pago dentro de las 24 horas que establece la ley.

Se puede argüir que tal pago importa el quebramiento del principio de la “par conditio omnium creditorum”, al colocar un acreedor con título o causa anterior en situación ventajosa con relación a los demás. Tal pago sería ineficaz con referencia a los acreedores concursales.

Ahora bien, conviene analizar la línea argumental de este planteamiento.

El cheque ya lo dijimos - es una orden pago, un instrumento destinado al pago de una suma determinada de dinero, por lo que resulta obvio que su entrega a un acreedor importa ya de por sí colocarlo en una situación diferente a los otros. Si se alteró supuestamente la regla del trato igualitario ella se produjo en el momento de

la entrega del cheque y no en el momento de su efectivo pago. Debemos recordar que el cheque, luego de su entrega al portador, puede ser presentado en cualquier momento incluso inmediatamente a su cobro ya que el beneficio del plazo se establece a favor de tomador.

El cheque no extingue obligaciones por su mera entrega, ni siquiera importa novación de la obligación que existe antecedentemente, pero es título de exacción y precisamente para que cumpla con su función económica precisa se le adiciona la sanción penal.

Si el Banco se encuentra obligado al pago en el supuesto de ser el cheque anterior a la convocación, de la misma forma lo está el convocatario, ante el rechazo bancario por falta de fondos y la posterior intimación del portador.

Esto es en razón de la unidad del patrimonio, porque los fondos depositados en un banco o el dinero que pudiera encontrarse en su poder conforman un todo unitario, indivisible.

La ley protege el crédito, asegurando hasta sus últimas consecuencias el cumplimiento de la orden dada por el librador, en razón de la fe pública que se deposita en el título y atendiendo a su función económica como medio de pago.

La validez o ineficacia del pago que se efectúe sobre ese cheque es una problemática ligada a la protección del derecho de los acreedores concursales.

Por supuesto que tratándose de la quiebra y no de un juicio de convocación de acreedores, incluso la doctrina se ha dividido en la interpretación del Art. 808 del Código de Comercio que ha sido estudiado en más de una reunión de derecho privado internacional como las conferencias de Ginebra (1931) y de la Haya. En la quiebra del librador se tiene en cuenta tanto la doctrina Francesa, en donde la emisión del cheque importa “ceder” la provisión de fondos al tenedor, y las doctrinas inglesas y estadounidense, donde solo ven en el cheque un mandato que la quiebra del librador lo revoca automáticamente.

Todo esto es como consecuencia de la interpretación de la citada norma, en donde se faculta a los bancos a negar el pago del cheque cuando lleguen a su conocimiento la declaración de quiebra del librador.

En la quiebra se produce la separación del patrimonio del deudor, quien queda privado de la administración por orden judicial no así en la convocación de acreedores, donde el patrimonio se conserva unitario, prosiguiendo el insolvente con la administración de sus bienes.

Los acreedores, por otra parte, supuestamente perjudicados por el pago tienen el libre ejercicio de las acciones revocatorias o la pauliana (art. 961 y sgts. Código Civil) a las cuales pueden recurrir para lograr la declaración de ineficacia.

EL PROBLEMA DESDE LA ÓPTICA DE LA LEY PENAL

Creo que con este título he quedado corto. Lo que quiero decir es que se debe partir del análisis de la ley penal para arribar a algunas conclusiones valederas, pero teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia penales.

Por ejemplo, se ha sostenido la imposibilidad de pagar los cheques que han sido librados con anterioridad a la declaración de quiebra, o apertura del juicio de convocación de acreedores, porque los afectados han sido desapoderados de sus bienes o que el convocatorio no puede efectuar ningún pago de créditos otorgados con anterioridad.

Igualmente se ha sentado otro criterio, apoyado en la presentación en convocación de acreedores, que la apertura del juicio de ejecución colectiva enerva toda licitud en el pago del documento, aunque a sabiendas de que no podía ser pagado haya sido librado.

Con suma evidencia aparecen errores en estas interpretaciones desde el momento en que el deudor no se encuentra en la imposibilidad de pagar el cheque, como pudo verse anteriormente.

En la convocación de acreedores el deudor moroso no se halla desapoderado de bienes.

No existiendo, entonces, imposibilidad de pagar el cheque por parte del convocatario, es obligación suya procurarse fondos evitar la sanción penal.

En lo que respecta al cheque que fuera librado a la presentación en convocación, existe la creencia muy generalizada que tal estado veda el pago. Ello resulta totalmente erróneo. El deudor conserva la libre administración de sus bienes y puede proseguir con el giro normal de sus actividades (Art. 21 ley de Quiebras) y por tanto utiliza su cuenta corriente bancaria regularmente.

Por otra parte, no estando afectados al juicio de convocación de acreedores los créditos obtenidos con posterioridad a su admisión los pagos sobre ellos efectuados, son totalmente válidos.

El Art. 9 de la ley 941 estatuye que los delitos previstos y penados por esta ley solo serán perseguibles a instancias de parte.

El Art. 5 de la misma ley establece que será castigado con penitenciaría de 3 a 6 meses, quien exija o acepte a sabiendas un cheque adelantado y sin fondos.

De la interpretación de estas disposiciones legales han surgido lo más dispares pareceres, pero el que realmente nos interesa es la argucia utilizada en la presentación a convocación de acreedores, donde el convocatario denuncia el libramiento de cheques adelantados o sin fecha. Con dicho argumento se ha logrado paralizar o enervar la acción penal, ya que esta situación paralizaría la acción del tenedor o tomador del cheque, por el dolo recíproco cometido en su oportunidad.

Esta dificultad no ha podido ser superada precisamente por las encontradas opiniones de la jurisprudencia nacional sobre el punto legalizándose de cierta manera, y bajo cierta óptica, el dolo penal. Sin embargo, conociendo a profundidad el uso indiscriminado del instrumento en el comercio, de ello surge que la mayoría de las veces los

acreedores hacen instrumentar sus créditos en cheques sin fecha o con fecha adelantada, recibiendo a cambio la garantía de la sanción penal.

Este es un punto muerto al que se ha llegado y merece una atención más profunda. Por lo pronto, al carecerse de un criterio científico respecto a las normas involucradas, la jurisprudencia se ha orientado en diversos sentidos, careciendo en consecuencia de unidad.

“No se configura el delito de libramiento de cheques sin fondo si el imputado se presentó en convocatoria con posterioridad al libramiento y antes del protesto del cheque, lo que trajo aparejada una imposibilidad legal de abonar el documento”.

“La presentación de convocación de acreedores del imputado con anterioridad al protesto de los cheques impide su pago”. Estos y otros fallos presentan un elemento común: la presentación en convocatoria acarrea la imposibilidad de pago legal, lo que se considera algo axiomático y fuera de toda controversia.

Existen igualmente otros argumentos conducentes a discriminar la conducta del librador.

Entendemos que el pago del cheque en esas circunstancias no está prohibido por la ley. De existir alguna ventaja en el portador, la misma se produjo en el momento de la entrega del título, que por su función específica está destinado a servir de medio de pago o de exacciar y no de instrumentación de obligaciones. Dijimos que en el cheque, a diferencia de la letra de cambio, la provisión de fondos es esencial en el momento de su libramiento. De esta forma el estado de cesación de pagos no impide el pago ni libera de responsabilidad penal. Por su función jurídica económica el cheque está destinado a servir de medio de pago y debe protegerse la fe pública depositada por quien recibe el título en su proceso circulatorio. Pero, por otra parte, también debe defenderse el interés patrimonial de los acreedores, aunque esta es ajena al ámbito penal. Esta objeción es igualmente válida

para quienes sustentan la idea que con esta solución se rompe el principio de la par conditio creditorum.

Estamos ante una cuestión de prevalencia.

Creemos estar correctos al considerar que debe prevalecer la fe pública en la circulación de los títulos, al considerar el ámbito legal y funcional del cheque que es un medio de pago de obligaciones, pero que muchas veces es mal usado para instrumentar créditos.

En última instancia, el librador puede demostrar que efectivamente el cheque fue librado sin fecha o con fecha adelantada, lo cual eximiría de responsabilidad penal al mismo, al enervar la acción penal del tomador, quien, en conocimiento de la circunstancia apuntada, habría igualmente obrado con dolo.

CONCLUSIONES:

En la configuración del delito de emisión de cheques sin fondo debe aparecer con toda claridad el elemento doloso, pues pienso que la malicia es un elemento esencial. No se trata de la objetiva frustración, sino de una maniobra perjudicial, que debe demostrar.

Los criterios jurisprudenciales nos señalan la falta de análisis científico para aplicar conceptos del derecho comercial, pues ellos surgen en algunos casos en forma antojadiza.

Debe valorarse la conducta en forma unitaria, pues únicamente se han puesto de relieve elementos casuísticos que no ofrecen la objetividad de criterios que es dable requerir en un pronunciamiento del fuero penal.

El procesado que tiene conocimiento de su estado de cesación de pagos o de la proximidad de la entrega de los cheques con relación a la fecha de presentación de convocatoria hace aparecer elementos que complican el análisis del problema.

Entendemos que el convocatario puede y debe pagar los cheques emitidos con anterioridad a la convocatoria de acreedores, aun cuando su requerimiento sea posterior, salvo que pueda demostrar

que efectivamente el cheque fue entregado con fecha adelantada o sin fecha, en cuyo caso puede enervar la acción penal.

Se requiere para el efecto un estudio global de su conducta, al cual no se ha compenetrado la jurisprudencia, a tenor de los diversos fallos que existen.

Siempre se lo ha considerado como un hecho que se produce en forma aislada y accidental, circunstancia que repulsa el interés colectivo de los acreedores del concurso, quienes tienen la protección de la ley, en el sentido de que el patrimonio del deudor es la prenda común que garantiza sus expectativas.

En cuanto al efectivo pago, debemos señalar - por último - que la ley comercial no lo prohíbe y por el contrario, la falta de pago frente a la intimación, torna delictiva la conducta del insolvente.

BIBLIOGRAFÍA:

Rubianes. Código Penal. 4ta. Actualización

Balsa Antelo. El Cheque

Berguel, Salvador. El delito del cheque sin provisión de fondos

Francisco Bazán. Cheques

R.L. Fernández. Código de Comercio Comentado

Baccaro Castañeira. Títulos de crédito

Perrot Abeledo. El delito de insolvencia fraudulante

Fontanarrosa. El nuevo régimen jurídico del cheque.



Nulidad Procesal

Forma de proponerla cuando se ha dictado sentencia y él se funda en vicios de procedimiento. El incidente y el recurso.

Prof. Hugo Allen¹

En nuestro país una firme y sostenida orientación jurisprudencial considera que luego de la sentencia en un proceso, si se alegasen vicios de procedimiento, debe deducirse incidente de nulidad de actuaciones en la instancia donde ellos se hubieren producido y además recursos de apelación y nulidad contra la sentencia. Se apoya este criterio en el primer apartado del art. 241(para considerar necesario el incidente), y en la primera parte del art. 223(para conceptuar indispensable la alzada).

Este doble sistema de remedios, al dividir la contingencia del respecto esquema jurídico-procesal, requiriendo la participación de diversos niveles jurisdiccionales para la solución del problema, conduce a una multiplicación innecesaria de esfuerzos, actuaciones e instancias y resoluciones. Además, puede conducir a situaciones absurdas, como cuando habiéndose anuladas todas las actuaciones por vía incidental, la sentencia queda firme por omisión del recurrente de fundar en tiempo el recurso. Se daría el caso de Sentencia sin proceso.

Buscando paliar el problema la corte suprema ha dicho que en la hipótesis procedente, el Tribunal debe anular de OFICIO la sentencia.

No obstante, ello, en los últimos tiempos comienza a percibirse una saludable reacción, en el ámbito forense y algunos magistrados

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 3-1984.

ya no consideran una herejía hacer decaer una sentencia por vía del incidente o actuaciones por la vía del recurso de nulidad.

En este año del centenario de la vigencia de nuestro código de procedimientos en materia civil y comercial aquella incipiente reacción nos alienta para intentar el análisis del tema a partir del estudio de la fuente del código.

LOS ANTECEDENTES

Por decreto del 20 de agosto de 1867, el gobierno de la providencia de Buenos Aires nombró a Don José Domínguez para que redactase un proyecto de enjuiciamiento Civil. Antes de cumplirse un año de la encomienda el 1 de junio de 1868, el Dr. Domínguez presentó el resultado de sus trabajos.

En la nota que con tal motivo dirigiera el ministro de gobierno, el proyectista señaló que los mismas se basaron en la ley nacional del 14 de setiembre de 1863, y en las que a estas han servido de fuentes y de modelos, es decir el Código francés de procedimientos, la ley española de enjuiciamiento mercantil y muy principalmente la de enjuiciamiento Civil de 1855. Por su parte el citado ministro de gobierno en la exposición de motivos recordó que el proyectista se hallaba profundamente convencido por la práctica de los negocios y la observación propia de la evidente utilidad que hay que imprimir un movimiento más rápido, simple y económico a la tramitación de los juicios y su obra lleva el sello de estos propósitos que realiza sin sello de estos propósitos que realiza sin producir innovaciones radicales y violentas, su trabajo como la ley española de 1855, no es sino una depuración de los antiguos procedimientos.

El proyecto con modificaciones fue sancionado como código de procedimientos en materia civil y comercial para la provincia de Buenos Aires por la ley del 20 de agosto de 1880. Pocos meses después en diciembre del mismo año, al federalizarse la capital (Buenos Aires), el mismo siguió aplicándose en ella.

Adaptado al esquema político nacional, pero con muy pocas modificaciones conceptuales, pasó a integrar nuestro derecho positivo, por ley del congreso de fecha 21 de noviembre de 1883 entrando a regir el 1884.

Dado que el proyecto “no es sino una depuración de los antiguos procedimientos (españoles), veamos sumariamente cuales eran ellos.

FORMAS BAJO LAS CUALES PODÍA OPONERSE EN ESPAÑA LA NULIDAD

ANTE EL MISMO JUEZ

Proceso en trámite: Por vía de incidente, el cual tenía efectos suspensivos del procedimiento. En caso de declare la nulidad, ella hacía decaer tanto el procedimiento como las resoluciones interlocutorias.

Proceso sentenciado: Se admitiría un juicio de nulidad en virtud de la opción acordada de las partes por la ley. 2, título 26. Partida 3. En este caso el juez declaraba también la nulidad de la sentencia (caravantes; procedimientos judiciales. T 4 pág. 68/69). Según comentaba don Francisco Antonio de Elizalde en el año 1788, la nulidad de la sentencia podía declararla el propio juez que la dictó, solamente cuando ello contuviese una “nulidad notoria de justicia” (ver practica universal forense de los tribunales de España y de las Indias pág. 246/247).

PARA ANTE EL SUPERIOR

Acción directa sola: comportaba una acción principal y autónoma que se deducía ante el superior por vía de queja (caravantes pag. 68).

Por vía de preparación: Se preparaba el recurso ante el juez aquí indicándole la nulidad de que contenía la sentencia queriéndole testimonio de ella, y de que la pretensión fue deducida en tiempo y

forma con el cual testimonio se presentaba ante el superior (caravantes pag. 68).

Como incidencia de la apelación: Se daba “cuando solo se habla de injusticia ante el juez que la dio y se apela de ella para que ante el tribunal superior, en donde podrá motivarse la nulidad, al mismo tiempo que se expongan las causas y fundamentos de la injusticia” (caravantes pag. 68)

POR VÍA DE EXCEPCIÓN: Si el demandado (que no había intervenido en el proceso por defecto de citación), se enteraba de la demanda cuando el actor intentaba el cumplimiento deduciendo nulidad de la sentencia, por vía de excepción.

El caso configuraba por tanto otra hipótesis incidente de nulidad contra sentencia (Ver: Escriche, diccionario, Voz: Sentencia nula pág. 1454). Este supuesto fue recordado por el Dr. Gondra en voto emitido en Acuerdo Plenario que comentamos más abajo.

POR VÍA DE CASACIÓN: Cuando el vicio fundamento de la nulidad se originaba en el hecho de que la sentencia se había dictado “contra ley o doctrina admitida por jurisprudencia” cabía el recurso de casación (Caravantes. Op.cit. pag. 67)

En resumen, si se quería deducir nulidad de actuaciones durante la sustanciación del proceso (antes de la sentencia definitiva) vía indiscutida era el incidente de nulidad que tenía efecto suspensivo del procedimiento.

En cambio, en el juicio se había llegado a dictar sentencia y a la vista de la opción que cabía al afectado de proponer la nulidad ante el mismo juez que la dictó o ante el superior, los autores se inclinaban a recomendar la segunda.

Caravantes, remitiéndose a la opinión del conde de la cañada sostiene: “Una vez sentado que para tratar de la nulidad principalmente, puede tomar el actor a su arbitrio los dos caminos señalados, haciéndolo ante el juez inferior o en el tribunal superior, conviene

mucho reflexionar cuál de estos dos medios sea más ventajoso y seguro a la misma parte interesada y a la causa pública. Si se propone la nulidad ante el juez inferior que dio la sentencia tocara al primer aspecto a desabrimiento que regularmente causa a los hombres el que les impugnen sus determinaciones y mucho más haciéndolo por causas que descubren su ignorancia, culpa o iniquidad, pues hay muy pocos que quieran conocer y confesar sus yerros , y mucho menos su malicia porque si la nulidad se funda en que el poder no fue suficiente en que no se hizo publicación de probanzas habiéndola pedido la parte , o en que no se concluyó ni cito para sentencia, o en cualquier OTRO DEFECTO SUSTANCIAL , que resulte de los mismos autos , arguye ignorancia o culpa en el juez por no haberse instruido bien de los hechos del proceso , como disponen las leyes o no haber conocido los defectos legales que contenían ; y si la nulidad se funda en otra causa se irrogue nota , será más duro que la confiese y manifieste en su sentencia , y no es justo ni conveniente ponerle en el extremo de que falte nuevamente a la justicia destinándolo la nulidad propuesta”.

Prosiguiendo luego numerando los efectos favorables que se siguen de “proponer la apelación y nulidad justamente” y termina sosteniendo: El cuarto y más principal en favor de la unión de esos dos recursos estaba en que conociéndose en el mismo tribunal superior juntamente y por los propios tramites del mérito y justificación de uno a otro y comprendiéndose su decisión en una misma sentencia ,se logra que con las dos de vista y revista se acabe el pleito en todo y se excusen seis instancias más ,las tres sobre la nulidad sola ,cuando se ha empezado ante el juez ordinario que dio la sentencia ; y las tres restantes sobre si ha lugar a la apelación por haberse introducido el recurso de nulidad con causa o sin razón probable o por temeridad y malicia y prestándose las ventajas que tuvieron las leyes en tal alta consideración para buscar medios de evitar pleitos y reducirlos al menor número posible, queda demostrado cuanto se interesa la causa publica en que se use de la apelación al mismo tiempo que la nulidad (Op. cit. 68/70).

Como opinión propia concluye luego Caravantes: “Los redactores de la nueva ley de enjuiciamiento vinieron a sancionar estas consideraciones sobre las ventajas de proponerse la nulidad juntamente con la apelación ,respecto de la que comete el juez declarando un negocio de menor cuantía , teniéndola mayor puesto que en su artículo 1154 se prescribe terminantemente que en tal caso el recurso de nulidad deberá interponerse a vez que el de la apelación y que uno y otro se interpondrán y admitirán para ante la audiencia del territorio (Op. cit. P. 70).

Los comentaristas de las antiguas leyes mencionaban treinta casos de nulidades procesales. Escribich nos ilustra sobre doce y Juan Verge Grau los resume: “Falta de presupuestos procesales (jurisdicción y competencia objetiva), la infracción al principio de audiencia bilateral (falta de emplazamiento, falta de citación para sentencia) los defectos en la representación legal de las partes, algún vicio de la voluntad (dolo del juez) e incluso algunos defectos de la propia sentencia como acto procesal (sentencia sin fallo o con fallo determinado o ilícito, dictada en día inhábil o en forma oral (autor citado “El incidente de nulidad de actuaciones. pág. 148).

Los legisladores españoles sistematizaron normas dispersas, prácticas y opiniones apreciándose en la ley de Enjuiciamiento Mercantil un tratamiento razonablemente orgánico del recurso de nulidad, al cual en la sección II del título XI, le dedica ocho artículos (419/426), pero omite regular del mismo modo los incidentes.

En cambio e inversamente la ley de Enjuiciamiento Civil consagra catorce artículos a los incidentes, en su título VIII (337/350), pero destina uno solo el 1154, al recurso de nulidad y ello en el título XXIII “De los juicios de menor cuantía”.

ARTÍCULOS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO MERCANTIL Y DEL PROYECTO, FUENTES DE NUESTRO ACTUAL RECURSO DE NULIDAD.

L.E.M.

Art. 419

Tiene lugar al recurso de nulidad contra las sentencias dadas en violación de la forma y solemnidad que prescriben las leyes o en virtud de un procedimiento en que se haya incurrido en algún defecto de los que expresa disposición de derecho anular las actuaciones.

PROYECTO

Art. 241

El recurso de nulidad tiene lugar contra las sentencias pronunciadas con violación de la forma y solemnidad que prescriben las leyes o en virtud de un procedimiento en que se hayan omitido las formas sustanciales del juicio o incurrido en algún defecto de los que por expresa disposición de derecho anulen las actuaciones.

Art. 244

La nulidad por defectos de procedimiento quedara subsanada, siempre que no se reclame la reparación de aquellos, en la misma instancia en que se hayan cometido.

CPCC

Art. 238

El recurso de nulidad tendrá lugar contra las sentencias pronunciadas con violación de la forma y solemnidad que prescriben las leyes o en virtud de un procedimiento en que se hayan omitido en algún defecto de los que por expresa disposición de derecho, anulen las actuaciones.

Art. 241

La nulidad por defectos de procedimiento quedara subsanada, siempre que no se reclame la reparación de aquellos en la misma instancia en que se haya cometido.

L.E.M.

Art. 422

Si el procedimiento estuviere arreglado a derecho, y la nulidad consistiere en las formas de las sentencias, el tribunal declarando esta por nula proveerá también sobre el fondo de la cuestión del pleito.

Art. 423

Cuando la nulidad provenga de vicio en el procedimiento se declarará por nulo todo lo que obrando desde la actuación que de motivo a ella y se devolverán los autos al tribunal inferior para que volviendo a sustanciar el proceso desde aquella misma actuación en adelante pronuncie sentencia con arreglo a derecho.

En este caso será inexcusablemente condenado en costas el juez, el consultor, el escribano u otro oficial de la administración de justicia que sea responsable del defecto que causare la nulidad del procedimiento.

PROYECTO

Art. 245

Si el procedimiento estuviere arreglado a derecho y la nulidad consistiere en las formas de la sentencia, el tribunal declarando esta por nula proveerá también sobre el fondo de la cuestión litigiosa.

Art. 246

Cuando la nulidad provenga de vicio en el procedimiento, se declarará por nulo todo lo obrado desde la actuación que de motivo a ella, y se devolverán los autos al juez aquí para que, volviendo a sustanciar la causa desde aquella misma actuación en adelante, pronuncie sentencia con arreglo a derecho.

En este caso, las costas serán a cargo del juez. Si el procedimiento estuviere arreglado a derecho y la nulidad consistiere en las formas de la sentencia, el tribunal declarara esta por nula y mandará pasar los autos a otro juez de primera instancia para que sentencie.

CPCC

Si la nulidad procediere de vicio de procedimiento, se declarará por nulo todo lo obrado desde la actuación que de motivo a ello y se pasarán igualmente los autos a otro juez para que conozca.

En uno en otro caso las costas serán a cargo de juez.

Como puede leerse, la ley de Enjuiciamiento Mercantil (Art. 419), regulo el recurso de nulidad en defensa de los principios del “formalismo y legalidad”. El Dr. Domínguez, le agrego otro el de sustancialidad (Art. 241), con lo cual en nada altero el estado de la cuestión, pues dicho criterio era mencionado desde luego por los comentaristas de la época como casusa de nulidad de las sentencias. (Trámite sustancial) defecto sustancial. (Caravantes Op. cit. pg. 67/68 y tramite esencial Verge Grau. Op. cit. pg. 149).

La disposición motivo de discrepancia le corresponde a la del Art. 244 del Proyecto y el sistema propuesto por el Dr. Domínguez en sus Art. 244, 245 y 246, comprendidos todos los tres párrafos del Art. 240 argentino, idéntico al 241 nuestro, ha sido entendido en términos generales de tres modos distintos.

- a) Dictada sentencia y alegándose vicios en el procedimiento, corresponde el incidente de nulidad deducido

- ante el mismo juez que tramitó y resolvió la causa. Por dicha vía se hacen decaer las actuaciones y la sentencia.
- b) Dictada la sentencia y alegándose vicios en el procedimiento, corresponde el recurso de nulidad para que ante el superior en el cual se pronunciara sobre las actuaciones como sobre la resolución.
 - c) Dictada la sentencia y alegándose vicios en el procedimiento corresponde: 1) Deducir incidente de nulidad contra las actuaciones en la misma instancia donde se produjeron 2) Interponer al mismo tiempo recursos de apelación y nulidad para ante el superior, contra la sentencia.

En la República Argentina los dos primeros criterios fueron largamente debatidos en múltiples ocasiones, Breviatatis causa y como punto de referencia analizaremos algunos párrafos del fallo ya plenario de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires de fecha 12 de junio de 1959 (j.a. 1959 iv. Pgs 169/191)

LA MAYORÍA: El Dr. Luis Roque Gondra, que obtuvo la adhesión de la mayoría, transcribiendo opiniones del Dr. Barancquero, fundó en gran medida sus opiniones en la entonces “nueva Ley” 14237, que no viene al caso reproducir pues contiene ciertas disposiciones que no corresponden a las nuestras, pero abstracción hecha de la referida ley, también expuso el siguiente razonamiento:

- 1) El Art. 237(238 nuestro), ha contemplado conjuntamente con la nulidad de las sentencias empleando como observa en su acertada intuición técnica el profesor Dr. Alsina “la palabra recurso en el sentido de medio de impugnación “, tanto respecto de la sentencia, como del procedimiento.
- 2) Esos dos medios de impugnación tiene en su función una distinta sustanciación
- 3) Como medio de impugnación de la sentencia se interpone directamente ante el juez que ha dictado la sentencia,

conforme a la reglamentación de los art. 238,239(239 y 240 nuestros), tratándose de la nulidad de la sentencia, solo procede el recurso de nulidad PROPIAMENTE DICHO según el art. 237 (238 nuestro)

- 4) Como medio de impugnación de procedimiento se requiere de un trámite esencial ante el juez que dictó la sentencia , reglado en el art. 240 (241 nuestro) “ respecto del recurso de nulidad DEL PROCEDIMIENTO, como medio de impugnación de la SENTENCIA pronunciada en virtud de una omisión o violación de las formas sustanciales el proceso, se requiere la sustanciación especial prescrita en el art. 240 la nulidad por defecto de procedimiento quedará subsanada , siempre que no se reclame la repartición de aquellos en la misma instancia en que se hayan cometido”.
- 5) “Por otra parte cabe observar que el recurso como medio de obtener que una resolución judicial sea modificada o dejarla sin efecto, no suponer necesariamente que debe interponerse por vía de la alzada, pues la ley puede autorizar a hacerlo ante el mismo juez que la dictó con arreglo a la forma que crea más conveniente”.
- 6) Ahora bien, el texto del art. 240 (241 nuestro) es terminante en cuanto a la facultad del juez de la instancia y a la procedencia del recurso de nulidad procesal: EN NINGÚN CASO PROCEDERÁ EL RECURSO DE NULIDAD CONTRA UNA SENTENCIA (art. 237) alegando haber recaído en un proceso con “defectos de procedimiento”, si “no se reclama su reparación en la misma instancia en que se haya cometido”(art. 240), vale decir en la actuación procesal ya cumplida ante el juez que ha pronunciado la sentencia” (Nota: todas las mayúsculas son nuestras).

LA MINORÍA: El Dr. Alfredo Navarro exponiendo los motivos que lo impulsaban a sostener la segunda de las interpretaciones, opino en minoría:

- 1) “Comenzaré sosteniendo que cuando el juez de la instancia dicta sentencia, cualquiera sea el vicio o defecto que pudiera observarse en el procedimiento cumplido que sirvió de base a la misma, el juez carece ya de potestad para rever lo ocurrido, incluyendo dese luego su propia decisión, menos para pronunciar una nulidad que habría sin duda de resultar comprensiva de la misma”.
- 2) Conforme “al régimen procesal imperante, todo agravio que se origina en vicios de procedimiento, cuando es susceptible de reparación, solo puede serlo en una de las dos vías esenciales que la ley procesal ha reservado a tal fin, y que procede utilizar una u otra SEGÚN SEA EL DESARROLLO ALCANZADO POR EL PROCESO. Así mientras, no haya recaído sentencia en la instancia, la vía pertinente es el “Incidente de Nulidad “, que debe plantear ante el juez que conoce en el mismo, caso contrario cuando ya el magistrado ha producido un fallo, el remedio ha de buscarse ÚNICAMENTE MEDIANTE EL EMPLEO DEL RECURSO DE NULIDAD contra la sentencia”.
- 3) Ello no es sino consecuencia de que el mantenimiento de la jurisdicción sobre el proceso ocurre precisamente hasta el pronunciamiento final que es la sentencia, cuyo efecto esencial respecto del magistrado, consiste en la extinción de la misma (art. 223, 222 C. Proc. nuestro).
- 4) En perfecta concordancia con la efectividad de ese precepto legal, existen otras disposiciones en el mismo código que imponen la conclusión sentada. Por definición un incidente es toda cuestión que se suscita DURANTE LA TRAMITACIÓN de un pleito y que tiene alguna conexión con él. Por consiguiente, el incidente de nulidad

que desde luego es también un incidente puede ser articulado en la misma instancia solo a condición de que el juicio se encuentre todavía allí pendiente de tramitación.

- 5) “Es en ese sentido que debe entenderse la primera parte del art. 240, (241 nuestro), antes citado: El litigante debe reclamar la reparación de los defectos en la misma instancia en que se produjeron, siempre que disponga de la oportunidad procesal pertinente, LA CUAL SE CIERRA CUANDO HA RECAÍDO SENTENCIA”.
- 6) Si no se entendiera así “prácticamente vendría a quedar sin aplicación efectiva en todos los casos el recurso de nulidad contra la sentencia fundado en vicios del procedimiento, lo cual no puede ser, sencillamente, ante la inexistencia de disposición legal alguna con efecto derogatorio de ese aspecto de recurso de que se trata”.

La jurisprudencia nacional ordinariamente sustenta el tercer criterio. Por virtud del art. 241, primer párrafo, ella supone que en NINGÚN CASO puede omitirse la vía del incidente ANTE EL JUEZ de la causa; que ese juez no puede anular su propia sentencia (art. 2239) y que el conocimiento de los recursos corresponde exclusivamente al Superior. Concluye salomónicamente: Para satisfacer la primera parte del art. 241, promuévase incidente de nulidad en la instancia donde se originó el vicio; para cumplir con el tercer párrafo, dedúzcanse de apelación y nulidad contra la Sentencia.

EL TEMA, CONSIDERANDO EN PRINCIPIO

Ninguna de las tres posiciones repugna a la naturaleza jurídica de las figuras procesales involucradas. En el orden de los meros principios, las tres son admisibles. Corresponde a la voluntad legislativa escoger aquella que, según su prudente arbitrio, sea la mejor.

EN EL TEMA EXAMINADO CONCRETO

Orientación del Modelo

El art. 423 de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil previene sin posibilidad de discusión duda que, dictada la sentencia, corresponde al Tribunal Superior pronunciar sobre la nulidad de los actos viciados, así como también la de la sentencia. Declarada la nulidad de ambos, devolverá los autos al tribunal inferior para que este vuelva a sustanciar el proceso y pronunciar sentencia.

El legislador español acogió en este artículo el criterio y recomendación de los autores de la época, quienes por razones de seguridad para el afectado y propendiendo a la simplicidad de economía procesales, sugerirán utilizar la vía del recurso para ante el superior, según lo mencionamos precedentemente.

El Proyecto

Se nos dice que en virtud del primer párrafo del art. 241 CPCC, O LO QUE ES LO MISMO, del art 244 del proyecto por imperativo LEGAL, es imprescindible deducir incidente de nulidad ANTE el juez para reclamar la nulidad de procedimiento, AUN en el caso de que al momento del reclamo, YA HUBIESE RECAÍDO SENTENCIA.

Ahora bien, hemos CONSTATADO que dada la MISMA HIPÓTESIS (proceso sentenciado), la fuente de inspiración del proyectista de nuestro código, la Ley de Enjuiciamiento Mercantil adoptó el criterio OPUESTO al mencionado precedentemente: La Nulidad se reclamará para ante el superior, quien se pronunciará tanto sobre las actuaciones como sobre las resoluciones.

Si fuese correcta la interpretación que se le requiere dar al art. 244 de proyecto (fuente literal del nuestro 241) esto significaría que el proyectista busco INVERTIR el sistema estructurado por el art, 423 L.E.M.

Sin embargo, a renglón seguido COPIA la norma que supuestamente quería cambiar. Esto nos dice con toda claridad que el art.

244 del proyecto NO SE LE PUEDE ATRIBUIR EL SENTIDO Y ALCANCE mencionados. ¿Acaso copia lo que se puede borrar?

POR TANTO, CONCLUIMOS:

1) Que al interpolar el art, 244 del Dr. Domínguez no pudo tener la intención de colisionar con el art, 246.

2) Que este art. 246 previene:

a) que corresponde al TRIBUNAL ad -quem declarar tanto la nulidad de lo actuado como de lo resuelto IMPONIENDO costas al juez;

b) que la devolución de los autos al otro juez de la instancia inferior PARA QUE CONOZCA, significa lo que más explícitamente está en el modelo a saber para qué volviendo a sustanciar la causa desde aquella misma actuación en adelante pronuncie sentencia con arreglo a derecho.

3) “Si corresponde al Tribunal ad- quem DECLARAR POR NULO TODO LO OBRADO”, no puede entenderse que en el mismo artículo la ley también atribuya competencia al juez A quo para declarar la nulidad DE ESAS MISMAS ACTUACIONES.

LUEGO: El art. 244 tiene que haber sido pensado para regular otro supuesto distinto al que se le atribuye por nuestra jurisprudencia.

TODO EL PROYECTO Y LA LEY QUE LO ADOPTÓ, SE VUELVE ARMÓNICO Y CONGRUENTE, si lo entendemos así:

Supuesto del primer párrafo art. 241: proceso viciado, no sentenciado;

Supuesto del segundo párrafo art. 241 proceso no viciado con sentencia defectuosa.

Supuesto del tercer párrafo art. 241 proceso viciado y sentenciado.

En el primer caso, si la parte que interviene efectivamente en el proceso, advierte antes de la sentencia vicios en el procedimiento, deberá reclamar su nulidad por vía incidental ante el juez de la causa.

En el segundo caso, la parte que observe defectos en la forma de la sentencia, debe reclamar su nulidad por vía del recurso.

En el tercer caso, la parte que recién tiene conocimientos del proceso, luego de haberse dictado sentencia, debe intentar la nulidad de las actuaciones respectivas y de la sentencia, por vía del recurso.

Esta interpretación permite además establecer la concordancia entre el art. 241(párrafo primero), y los art 340/342 del CPCC, que tratan sobre incidentes en general.

Sabemos que y el Dr. Navarro citado más arriba también lo recordó, los incidentes SUPONEN un proceso EN TRÁMITE. Por tanto, el primer párrafo del art. 241 que contempla un particular tipo incidente, debe igualmente suponer un proceso NO SENTENCIADO.

LA PRUEBA DEL VICIO

Hay quienes, no obstante coincidir con la interpretación expresada últimamente, POR RAZONES PRACTICAS se inclinan a favorecer la tesis contraria, vale decir que la nulidad haya de proponerse exclusivamente por vía incidental ANTE EL JUEZ, cuya declaración de nulidad hará decaer en forma directa el procedimiento viciado, y en forma INDIRECTA todas las resoluciones que sean su competencia.

Sostienen que la vía del recurso, a la vista de los art. 17 del Dto 5679 y 268 del CPCC, impediría que en gran número de casos fuese posible la prueba del vicio, fundamento de la nulidad.

Alsina ha observado que cuando el codificador en el art. 237 (238 nuestro) emplea la palabra “RECURSO”, lo hace en el “sentido de MEDIO DE IMPUGNACIÓN” (T.IV, P 237). Un siglo antes, ya los

prácticos españoles habían instruido algo similar, y por ello interpretando disposiciones de la época nos hablan de la nulidad “COMO INCIDENTENCIA” de la apelación.

El art. 238 CPCC en concordancia con el 241 in-fine, autoriza al Tribunal a pronunciar, al mismo tiempo, DOS nulidades de DISTINTO TIPO. Una de las actuaciones, otra de sentencia.

Cuando el tribunal se pronuncia sobre las actuaciones, está resolviendo un incidente. Cuando se pronuncia sobre la sentencia, está resolviendo un recurso (propiamente dicho).

El concepto de recurso de nulidad, en la inteligencia de los artículos citados, no es un concepto unívoco, sino ANÁLOGO, que es el que se define como comprensivo de objetos parte similares, parte distintos. Similitud en la finalidad: anulación. Diversidad en la materia: actuaciones y resolución.

En el “recurso” de nulidad y en la hipótesis tratada, SUBYACE UN INCIDENTE DE NULIDAD. Pendiente la tramitación de segunda instancia, nada se opone para que el incidente se reciba a prueba, ya que ello está AUTORIZADO por el art. 344 en concordancia con el 90 del CPCC.

El incidente de nulidad tiene efecto suspensivo. Por ello el tribunal dictara resolución recién luego que concluyan los trámites de aquel, supuesto claro está que hubiese autorizado la apertura a prueba del incidente.

Si encuentra fundado el incidente declarara por nulo todo lo obrado desde la actuación que conlleva el vicio, declara igualmente nula la sentencia y dispondrá la remisión de los autos a otro juez de primera instancia, para que “conozca”. El incidente de nulidad subyacente en el recurso de nulidad, una vez resuelto favorablemente por el tribunal, no autoriza la apelación de esta última resolución, porque su principal el recurso propiamente dicho es inapelable.

Si estima infundado el incidente, rechazará la nulidad y pronunciará sentencia de mérito, vale decir, resolverá el recurso de apelación que hubo de haberse impuesto conjuntamente con el de la nulidad. Será recurrible en los términos del art. 28, párrafo 2, inc. a) de la Ley 879.

CONCLUSIÓN

Hemos sostenido que si un demandado toma conocimiento real de la existencia del proceso cuando en él ya ha recaído sentencia, basta la vía del recurso de nulidad (interpuesto con el de la apelación) para atacar tanto las actuaciones viciadas como la resolución definitiva. No estamos significando con ello que sea el mejor de los sistemas posibles, creemos simplemente que tal método corresponde al de nuestro derecho positivo, que traduce correctamente la intensión del legislador.

Consideramos en cambio que la interpretación que requiere incidente ante el juez y recursos ante el superior es la menos feliz de todas, por cuanto conduce a un dispendio de actividad procesal, dilaciones y compilaciones exasperantes. Piénsese por ejemplo en los casos en que, con intervención del Defensor de Ausentes, recayeron en el proceso sentencias de primera y segunda instancia.

Finalmente, cualquier interpretación que propenda a simplificar razonablemente los esquemas procesales habrá de ser bienvenida.



El cheque sin fondos y la convocatoria de acreedores

Alejandro A. Encina Marín

Jorge Raul Garcete¹

Con título caso similar al que encabeza este trabajo, el número dos de la “GACETA JUDICIAL”, acogió un artículo que concitó la atención de los lectores especializados, atraídos por la circunstancia de que su autor ocupa un cargo judicial particularmente al final del tema tratado en el opúsculo. El abogado don Julio B Noe, es nada menos que Agente Síndico de Quiebras.

El trabajo, según se puede leer al final, se halla basado en profusa bibliografía aun cuando la enumeración de ellas existía algún error, como ocurre en la cita del libro titulado 2 “EL DELITO DE INSOLVENCIA FRAUDELENTA” cuya autoría se atribuye a un señor Perrot Albedo, cuando que en rigor está escrito por el DR. JORGE MORAS MON, ex Juez en lo correccional de Menores y ex Juez del Crimen de San Isidro provincia de Buenos Aires, con cuya amistad se honra uno de los autores de esta presentación.

El libro mencionado fue, si publicado por la editorial “Abeledo-Perrot de la capital Argentina en Agosto de 1975, conforme ejemplar que tenemos a la vista.

Interesante también es consignar que en fecha aproximada a la de la publicación del N° 2 de Gaceta, el Tribunal de Apelación en lo criminal Primera Sala dictó el A.I. 220 del 28 de diciembre de 1983, cuyos considerando coinciden en que parte importante con el texto de la publicación acogida por la “Gaceta”, creando una impresión equí-

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 3-1984.

voca ya que , al faltar el entrecomillado, no se sabe si el fallo del tribunal de alzada ha tomado las ideas del señor Agente sindico de Quiebras, o si este se ha inspirado en el interlocutorio en mención o si ambos se han recurrido a algún texto cuyo autor no está expresamente mencionado en ninguno de los dos cuerpos. Ni en la jurisprudencia, ni el doctrinario.

Lo cierto es que ambos se remiten a la opinión de terceros, atribuyen al cheque en forma similar su función como título de crédito y “su función como título de crédito y su función como medio de pago”, (sic) y utiliza una terminología nueva y ajena a nuestro derecho cuando dicen que el cheque “es esencialmente un medio de pago, un título de exacción” (sic).

Estos conceptos, llamaron nuestra atención sobre todo en el art. del abogado Noé, ya que el mismo basó párrafos enteros en la definición que del cheque hace el Art. 798 del Código de Comercio, cuya definición no se ajusta precisamente a la exposición efectuada por el Agente Síndico de Quiebras.

En rigor lo que nos interesa y a ello nos vemos a referir con especialidad, es el hecho de que se sostiene en la publicación efectuada en el N° 2 que la convocatoria de Acreedores carece de facultad para impedir la consumación del delito de emisión de cheque sin fondos protestado después de iniciado el ejecutivo, toda vez que el convocatorio no se interrumpe la marcha de los negocios, no es despoído de sus bienes.

Estimamos que, para esclarecer debidamente este hecho, y conforme lo hemos establecido tanto en el ejercicio profesional como en trabajos anteriores (Ley N° 1, Año 1) de conformidad con la redacción de la ley 941 el delito de emisión de cheque sin fondos tiene su momento consumativo 24 horas después de recibirla la intimación de pago, sea por telegrama colacionado, por protesto notarial u otro medio fehaciente previsto en dicho cuerpo legal.

Tal lo que se desprende del texto del Art. 1 del mencionado cuerpo legal que reza “Sera castigado con penitenciaria de tres a seis

meses, el que emitiera cheques en talonario propio sin tener suficiente fondos o autorización escrita del Banco para girar en descubierto, SI NO LO HICIERE EFECTIVO DENTRO DE LAS 24 HORAS SIGUIENTES AL PROTESTO, O A LAS NOTIFICACIÓN NOTARIAL O POR TELEGRAMA COLACIONADO ,EN SU CASO DEL RECHAZO, siempre que el hecho no ocasionare un perjuicio patrimonial a tercero (las mayúsculas son nuestras).

El texto de nuestra Ley está inspirado en la legislación argentina a fin y ello ha provocado que nuestra jurisprudencia estuviera siempre basa en la establecida por Tribunales argentinos, así como en la doctrina imperante en el Río de la Plata.

El Dr. ROBERTO, TERÁN LOMAS, profesor titular de derecho penal I Director del Instituto de derecho Penal y Criminología de la universidad del litoral (R.A) en su obra “El cheque ante el Derecho Penal Editorial “RUBINAZAL Y CULZONI”, Santa Fe 1978, pág. 112 dice: “Se trata de un delito construido por una acción positiva y una omisión, la dación en pago o entrega del cheque y el no pago del mismo dentro de las 24 horas subsiguientes a la interpelación”.

Sebastián Soler en su libro “Derecho Penal Argentino” T.V.pag. 388 dice “Es un delito complejo, plurisubsistente, que consiste en una acción y una omisión”.

Idéntica postura asume Alberto S. Millan en su “RÉGIMEN PENAL DEL CHEQUE” Editorial Abeledo –Perrot Bs. As 1970 pag. 163, al igual que Ernesto Ure y José María Orgeira en “La nueva reforma Penal. Ley N° 16648 Córdoba – Buenos Aires Editorial “Lerner”1965 y Carlos Frontan Balestra en su “Tratado de Derecho Penal” Editorial “Albeledo-Perrot Bs.As. 1963 VII pag. 537, nos dice que “Se trata de una acción compleja consiste en un hacer y omitir”.

Ricardo C. Nuñez en su “Manual de Derecho Penal”. Parte General, tercera edición Cordoba- Buenos Aires, Edit. “Lerner” 1977, opina que se trata de un delito compuesto integrado por varios actos.

Eudoro Balsa Antelo, citado por el Dr. Noé para apoyo de su trabajo, en obra “El cheque”. Su régimen jurídico privado y penal Edit “Depalma”, Bs. As. 1977, establece “La integración de ambas acciones es indispensables ya que ninguna de ellas, aisladamente producida, implica responsabilidad personal para el librador”.

Con ánimo de no saturar este trabajo con lo que apenas es una parte de nuestra exposición, dejamos de lado toda la jurisprudencia recogida por Rubianes en su “Código Penal” cuarta actualización Bs.As., así como la consignada en el Tomo III. Pág. 386 N° 39 y pág. 388 N° 52 B, cuya esencia esa dada por el fallo según el cual el delito que nos ocupa “Queda consumado al vencimiento del plazo de 24 hs. siguientes al aviso que se debe efectuar al librador”.

Establecido de esta manera el momento consumativo del delito, es necesario trasladar la premisa al caso del librador que antes de la intimación de pago, promueve la convocatoria de sus acreedores.

El autor del trabajo que nos ocupa entre sus conclusiones consigna que: “Entendemos que el convocatorio o puede y debe pagar los cheques emitidos con anterioridad a la convocación de sus acreedores, aun cuando su requerimiento fuera posterior, salvo que puede demostrarse que efectivamente el cheque fue entregado con fecha adelantada o sin fecha, cuyo caso puede enervar la acción penal. Se requiere para el efecto un estudio global de su conducta, al cual no se ha compenetrado la jurisprudencia, a tenor de los diversos fallos que existen” (T. II “Gaceta Judicial” pág. 32).

Con relación a esta postura, sustentamos nuestra discrepancia en el hecho de que esta tesis favorecería la satisfacción de obligaciones que incluso pueden ser simuladas en detrimento de las que otros acreedores quirografarios, cuyos créditos pudieran estar instrumentados en menos pagarés u otro tipo de instrumento de la misma línea.

Como bien lo está reconociendo el abogado NOE, en su trabajo, ello implicaría atentar contra el principio de que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores.

La doctrina ha sido unánime en lo que se refiere a la convocatoria de acreedores inhibe al convocatario de otorgar ningún tipo de preferencia, sopena de incurrir en el delito de concurso fraudulento.

Carlos Brorinky en su DERECHO PENAL DEL CHEQUE. Edit. ASTREA Bs. As. 1973 pág. 126/127 comenta la circunstancia expresando “Además el Código Penal sanciona al quebrado concurriendo que conceda la ventaja indebida a cualquier acreedor. De tal modo que se concluye la colisión de deberes se soluciona por vía de declarar preferente el derecho de la masa acreedores frente al del tenedor del cheque, consagrándose así el deber de no pagar.

Carlos Fontan Balestra en su Tratado de Derecho Penal t. VII pag. 542 Editorial Adebado – Perrot Bs. As. 1971 establece que para que el delito quede consumado por la falta de pago del cheque, es preciso que el agente no se encuentre, al momento de la interpretación en la imposibilidad jurídica de pagar el cheque COMO ACONTECE CON LOS CASOS DE QUIEBRA, CONVOCATORIA DE ACREEDORES O CONCURSO CIVIL DEL LIBRADOR, O POR SU INCAPACIDAD SOBREVINIENTE”.

Para remate Alberto Millan mencionado en la bibliografía del autor en su “Nuevo Régimen Penal del Cheque”. Bs.As. 1966. Edit. Abeledo Perrot, pag. 53 y sgts dice categóricamente “Si el librador paga a pesar de la prohibición comete el delito de quiebra o concurso civil fraudulento.”

Balsa Antelo citado en la bibliografía del opúsculo en cuestión agrega otra idea “Debe tenerse presente que en los casos de pagos anteriores a dicha publicación (de los edictos), aun cuando estos sean válidos en función de la ley de cheques, siempre estará sujetos al evento de repetición por haberse practicado en el llamado periodo de sospecha”.

Finalmente, Salvador Bergel, en su obra “El delito del Cheque sin provisión de fondos”, cita jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Penal Económico de la República Argentina que reza: “La presentación en convocatoria, acarra la imposibilidad legal del pago, LO

QUE SE CONSIDERA ALGO AXIOMÁTICO Y POR ENDE FUERA DE TODA CONTROVERSIA” (Bergel Salvador Darío “Convocatoria de Acreedores y Delito de Cheque sin provisión de fondos”).

Sentado entonces en forma definitiva, el “Axioma” jurídico de que en líneas generales la convocatoria de acreedores suspende la obligatoriedad de la satisfacción de los cheques de la iniciación el procedimiento comercial de convocatoria conviene establecer que existe un punto de las conclusiones del trabajo del Señor Agente Sindico de Quiebras, con el cua tenemos una suerte de concordancia a medias.

Se establece en el artículo que comentamos que en situaciones como la que nos ocupa, “se requiere para el efecto un estudio global de su conducta (la del librador)”, para establecer en cada caso la existencia del dolo o intención criminal de dañar para determinar la criminalidad o imputabilidad del acto.

Ya en otro trabajo habíamos establecido que efectivamente, en algunos de los casos el librador de cheque sin fondos, ha hecho verdadero negocio de la convocatoria de acreedores promovida después de una profusa emisión de cheques a sabiendas de que su monto excedía en mucho a una mínima cantidad depositada en él cuenta corriente. En este caso como este, es indudable que el dolo alienta la conducta del librador y que el mismo comete una acción delictuosa y punible.

Pero la utilización de este temperamento criminal, no puede una incursarse dentro de la figura típica prevista en el Art.1 de la ley N° 941. Es evidente que la utilización de la convocatoria de acreedores para evitar la persecución MÚLTIPLE de las sucesivas emisiones de cheques sin fondos, constituye lo que art. 396 del Código Penal denomina “artificio doloso capaz de sorprender la buena fe” y que el delito perseguible seria entonces el de la estafa cuando no el de quiebra fraudulenta.

Rubianes en su T. IV, pag 459 Edit. “Depalma” 1973 Bs As. Recoge un interesante fallo emitido por la Cámara Penal Económica de la Capital Argentina el 8 de marzo de 1972 y bajo el título de “DOLO

DEDUCIDO DEL OBRAR CONJUNTO DEL LIBRADOR “expone” “Para juzgar el dolo en el Delito, no solamente ha de tenerse en cuenta actitudes aisladas del librador en las distintas fases de este delito, sino tomar en conjunto su proceder. Si el encausado libró cheques sabiendo que no tenía provisión de fondos en número tal que provocó el cierre de su cuenta corriente, es decir que emitió cheques sin fondos con conciencia y comprendiendo lo que realizaba, luego desaparece del domicilio constituido en el Banco sin estar atento a los rechazos, esta despreocupación sobre el destino de los documentos no viales emitidos, trasunta, desde luego, una omisión dolosa reveladora de su falta de interés en pagarlos”.

La situación descripta más arriba, sin embargo, no es infalible ni “axiomática” como diría Salvador Bergel: La ley que reprime la emisión del cheque sin fondos, establece también un mecanismo de defensa legítima para el emisor del cheque sin fondos que ha sido obligado a tal conducta por sus acreedores, generalmente prestamistas a alto interés.

En esa la razón por la cual ley 941 en su art. 5 declara punible con penitenciaría de tres a seis meses a quien “EXIJA O ACEPTÉ A SABIENDAS UN CHEQUE DE FECHA ADELANTADA Y SIN FONDOS”.

Esta disposición lleva consigo la intención de proteger a las personas que llevadas de un estado de necesidad extrema deben satisfacer la avidez de sus acreedores, y soslayando el sistema de pagarés y otros instrumentos de crédito emiten cheques sin fondos para proporcionar al acreedor usuario a su exigencia, un elemento de coacción, el que emerge de la acción penal para garantizar los préstamos que se le hacen a sabiendas de que la orden de pago que representa el cheque, no podrá ser atendida.

En diversos casos con el uso de un solo cheque se pretende tipificar la conducta del deudor como estafa coaccionándolo a la entrega indiscriminada de sus bienes al acreedor que no tiene dicho cheque,

con desmedro notable del patrimonio en perjuicio, no solamente del librador, sino también de sus demás acreedores.

En estos casos, la convocación de acreedores es un acto de legítima defensa, ya que con ello se levanta una verdadera valla contra quienes pretenden el uso de la acción penal para provocar una suerte de prisión por deuda.

Esta postura es enteramente coherente con la legislación bancaria que autoriza la suspensión de pago de un cheque cuando el mismo hubiese sido librado bajo amenaza, violencia u otro vicio de la voluntad del emisor.

De allí que surja la incontrovertible invocación de los vicios anotados como una verdadera causa de justificación.

Carlos Borinsky en su “Derecho Penal del Cheque, pág. 144 Editorial “Astrea “Bs. As. 1973, al hablar de la suspensión del pago de un cheque expone: “Existe coincidencia de opiniones en la Doctrina en el sentido de que al lado de los supuestos previstos por la ley comercial existen otros resultantes de la plena vigencia de la materia de los principios generales que rigen la justificación. Así piensan De la Rúa, Millan y Ue y Orguiera. La idea es obviamente correcta, pero en rigor de la verdad las situaciones que será posible justificar EN VIRTUD DEL ESTADO DE NECESIDAD O DE LA LEGÍTIMA DEFENSA DE UN DERECHO, hipótesis de exclusión del injusto más acorde con la realidad del este delito, serán naturalmente casos límites”.

Es indudable que el cheque obtenido bajo compulsión física o moral, por medio de amenazas y más aún la presión que pudiera ejercer con motivo de su libramiento justifican a quien recurre a la convocatoria de acreedores como un medio para contener al tenedor malicioso que pretende hacer apropiación de los bienes del deudor, con detrimento no solamente del patrimonio de este sino también de los intereses de terceros acreedores con derechos sobre el mismo, por ser su prenda común.

EN SÍNTESIS

La convocatoria de acreedores para postergar el pago preferencial y obligado de cheques obtenidos mediante coacción física y moral, constituye una verdadera causa de justificación la legítima defensa de los intereses, tanto de librador como de los terceros acreedores cuya prenda común constituyen los bienes del deudor convocatorio.

Esta hipótesis, no descarta el hecho de la punibilidad de aquél que, con claro dolo, emite una importante cantidad de cheques sin fondos, haciéndose de capital, para luego promover la convocatoria de acreedores, y postergar la satisfacción de los créditos por un largo plazo obtenido mediante concordato.

La convocatoria de acreedores para postergar el pago preferencial y obligado de cheques obtenidos mediante coacción física o moral, constituye una verdadera causa de justificación, y la legítima defensa de los intereses, tanto del librador como de los terceros acreedores cuya prenda común constituyen los bienes del deudor convocatorio.



Proceso y la fe pública

Antonio Colman Rodríguez¹

Versión de su disertación, como exponente Internacional en el II Encuentro Internacional del Instituto Panamericano de Derecho Procesal y XII Congreso Argentino de Derecho Procesal- Rosario – República Argentina- Mayo/1983.

El PROCESO como conocimiento, es un fenómeno “dinámico” que se hace con el concurso de las partes, las que para ello “deben cumplir una serie sucesiva y coordinada de actos jurídicos que se denominan actos procesales” (J.R. Podetti- Tratado de los actos procesales – pág. 11/12). Esa estructura, el proceso, se llena con actos procesales.

El PROCESO como fin, es un “método para la formación o para la aplicación del derecho” (Calamandrei- Instituciones del proceso Civil-tomo I, pág. 22)

EL PROCESO se vitaliza, tiene vida, al concretarse cualquiera de las hipótesis: Un daño o la modificación de una situación. Por la voluntad de quien sufrió el perjuicio por la acción de quien tiene la obligación de “proceder”.

La sustancia del PROCESO. La materia del pleito-material, espiritual, objetivo, subjetivo, etc., es un objetivo y tiende a su elucidación por la sentencia.

La actividad de las partes- de jueces, auxiliares y de litigación permite la construcción del proceso. Esa actividad produce 2 elementos: a) los actos procesales, activos y b) las pruebas, pasivos.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 3-1984.

Al arribar a este punto, debemos solicitar de los distinguidos y muy calificados de comprensión, porque la introducción de esta exposición hubiera correspondido que yo lo hiciera a estudiantes muy recientemente iniciados en el conocimiento de los actos procesales y no a tan altos exponentes, maestros del Derecho Procesal. Es que la aparente simplicidad de la composición del tema, exige al que deba abordarlo, ubicarse en uno de los muchos angulado, que la figura tiene y desde allí componer un MÉTODO, para intentar llegar a la meta.

Ruego que esta pálida explicación sirva como disculpa por la forma casi elemental del comienzo. Es, el método, solamente.

Como nuestro propósito, para el desarrollo de este tema esta bien definido, declinamos considerando todo aquello del proceso que no sean “hechos casualmente vinculados”, porqué nuestra investigación se orienta hacia las pruebas o hace a los medios probatorios es decir, el “objeto que sirve para el conocimiento de un hecho o el conocimiento de mismo objeto suministra” para la diludación de una contienda.

El derecho procesal, regulador del “PROCESO”, instituye, además los métodos para la valoración de esos elementos.

En todos los códigos procesales se legisla “la prueba por instrumento”. En la clasificación más corriente, se distingue, el instrumento público, del privado, según que su formalización haya participado o no, un funcionario público, o un oficial público.

La “cuantificación” del valor del instrumento como medio de prueba, se hará siguiendo lo dispuesto en las reglas del sistema previsto. Según de qué clase de instrumento se trate, tendrá tal o cual valor, el que a su vez, resultara de juicio de valoración del órgano de que tenga dispuesto en las reglas del sistema previsto. Según de qué clase de instrumento se trate, tendrá tal o cual el que, a su vez, resultara del juicio de valoración del órgano o de lo que tenga dispuesto la ley a su respecto.

El instrumento no es continente de un solo objeto, empleado de este vocablo como sinónimo de prueba. Comprende al instrumento público propiamente dicho, a la estructura pública y al acta notarial.

Cada objeto tiene una forma particular, la que distingue y diferencia de los otros. Pero todos presentan como característica, el sello de la FE PÚBLICA.

Estas consideraciones van constituyendo el elemento de vinculación entre el PROCESO y la FE PÚBLICA, nuestro tema.

Nuestro código civil enumera cuales “instrumentos públicos”. No los define. Es nuestro particular interés los de los inc, 1 y 2 del Art. 979 del C.C. porque en el primero están las escrituras públicas “hechas”, por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que se prescribe la ley, y porque en el 2 está incluido el acta notarial.



Inutilización de endosos

Jorge H. Escobar¹

El tema que vamos a abordar es de mucha importancia doctrinal y práctica, y apunta no solo al mecanismo operativo de las letras de cambio y efectos negociables y a su circulación, sino a su propia naturaleza.

Nuestro Código de Comercio guarda silencio sobre el punto, dejando así librada a la doctrina y a la jurisprudencia su esclarecimiento.

Punto de partida para entrar en materia es el art. 639 cuyo párrafo tercero dispone que “la persona a cuyo cargo se gira, no puede borrar ni retractar su aceptación, después de firmada”. Pero es innecesario casi, señalar que esta disposición aislada se refiere solo a la aceptación, y que no es aplicable –en modo alguno– al endoso, de naturaleza y función completamente distintas.

Las hipótesis más comunes que dan lugar a la necesidad de inutilizar endosos son señalados por la doctrina: así Argaña (III-141) comenta un ejemplo propuesto por Lyon Caen et Renault, y Orione (Endoso – Omeba – T. X. Pág. 262), otro de Alauzet, casi idéntico: El endoso de la letra, según las hipótesis de los citados autores puede obedecer a que una de las partes son vistas a un negocio ya concertado se adelante a endosar la letra, pero la otra parte contratante, faltando a su compromiso, no aparece ni entrega el valor de la letra, el día convenido.

Hipótesis más frecuente se dan en los siguientes casos:

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-1984.

- En las letras endosadas al cobro, o en procuración, (art. 623 y 628 C.C.); si el tenedor no cobra debe devolverlas al endosante propietario.

Nuestro Código de Comercio no resuelve, en forma expresa, las hipótesis que acabamos de proponer. Antes de adentrarnos en el estudio de tan interesante problema, creemos necesario referirnos, siquiera someramente a:

La Ley Uniforme de Ginebra, del 13 de Mayo de 1930: Esta Convención aceptó en su art. 16, párrafo segundo, que “los endosos borrados se consideran, a este respecto, como no escritos”. Esta disposición concuerda con la parte final del art. 50: “Todo endosante que ha reembolsado el importe de una letra de cambio, puede borrar su endoso y el de los endosantes posteriores. Francia, Italia, Suiza, Alemania, Austria, Guatemala, Venezuela, México, Brasil y otros países han acogido la solución ginebrina.

Naturaleza jurídica del endoso: es, también, necesario para aclarar los problemas que nos venimos planteando, investigar cuál es la naturaleza del endoso.

Varias son las teorías o doctrinas que tratan de explicarla.

Para algunos doctrinarios, el endoso “es una especie de declaración unilateral de voluntad particularizada por las normas del derecho cambiario” (Quijano, El endoso – B. Aires p. 40), y agrega luego este autor: “Ahora, para que el endoso cumpla con la finalidad de una declaración unilateral de voluntad será necesario la tradición de la res...”

De Semo –citado por Zavala Rodríguez (IV-pág. 245) señala, también que el endoso es una declaración cambiaria unilateral y accesorio que se perfecciona con la entrega del título.

Para otros es un acto complejo: escriturario y real.

Para ciertos comercialistas de nota –como Messineo- el endoso entrañaría una operación de carácter contractual.

No creemos necesario profundizar en esas teorías. Pero sí debemos resaltar que todas ellas convienen en que en el endoso hay dos momentos claramente distintos: el de la declaración unilateral de voluntad del endosante y el de la tradición del documento. El acto del endoso no queda perfeccionado, en tanto no se haga tradición del documento que lo contiene.

El endoso, anota Oscar Zacfferer Silva (Letra de Cambio, I, pág. 308) solo adquiere valor cuando la letra ha sido entregada al endosatario. El contrato de transferencia de la letra es real (art. 590).

Hemos dicho –enseña de su vez Zabala Rodríguez – (IV pág. 263) que el endoso se integra: a) con la escritura y firma (endoso regular e irregular), y con la firma (endoso en blanco); y b) con la entrega del documento. Nada importa que el endosante haya escrito ya el endoso en la letra de cambio puesto que hasta tanto que la letra de cambio no haya sido entregada al endosatario, el endosante podría cancelar el endoso (Supino-Letra de Cambio. Bolaffio Rocco – Vivante – T. 8, pág. 217).

CONSECUENCIAS:

De la circunstancia de que el endoso queda integrado o perfeccionado con la declaración unilateral del endosante seguida de la entrega del documento, se colige –sin género alguno de dudas- que el endosante –en tanto en cuanto no entregue la letra- tiene pleno derecho a tachar el endoso.

La entrega del título es lo que exterioriza la voluntad del deudor de someterse a la voluntad del acreedor (Zacfferer Silva – Op. Cit. Pág. 309). Este autor es categórico: “Por consiguiente, mientras no se haga su entrega (de la letra), el endosante puede tachar su endoso y endosar la letra sin formalidad alguna”.

Corroborando esta doctrina, Zavala Rodríguez (IV-pág. 263) afirma: De ahí que si se ha escrito y firmado, pero no se ha entregado el documento, el endosante puede dejarlo sin efecto, tachándolo. El art. 36 de la Ley Mexicana de Título y Operaciones de Crédito, de

1932, establece como requisito esencial del endoso, la entrega del título mismo.

Acertada es, por tanto, la doctrina seguida por Argaña, doctrina mayoritaria, doctrina consagrada, como lo señalamos más arriba, tanto la Convención de Ginebra como por muchos sistemas legislativos.

ENDOSO AL COBRO

Las consideraciones que acabamos de exponer tienen más fuerza aún, en los endosos al cobro (valor al cobro, endoso incompleto, endoso en procuración).

En efecto, el endoso al cobro vale como un simple mandato, al efecto de autorizar al tenedor a exigir el pago o hacer protestar la letra (art. 628 Cód. Com.). La inmensa mayoría de las legislaciones contemporáneas así lo establecen. Idem. Convención de Ginebra, art. 18.

El endoso al cobro no transmite la propiedad del título al endosatario: solo importa un mandato para el cobro del documento.

Consecuencia de ello es que el endosante conserva el dominio de la letra: el endosante, lo repetimos, no transmite la propiedad del título, de suerte que puede, en cualquier momento revocar el mandato y exigir la devolución de la letra (Luís A. Argaña – III – pág. 154).

La doctrina es, al respecto, unánime, pacífica. Corolario de lo expuesto es que el propietario de un título en caso de que endosare al cobro el documento, puede revocar el mandato, tachando el endoso.



El Derecho de Autor en El Paraguay

Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli¹

Naturaleza Jurídica. Denominación. Contenido. Objeto. Protección y sanciones previstas en la legislación vigente. Ley 94. Decreto N° 8.127. Resolución N° 5 de la Subsecretaría de Informaciones.

El Derecho de Propiedad, una de las ramas del Derecho Civil, protege y garantiza los bienes materiales del hombre. Los bienes materiales cuya conceptualización y contenido escapa a la intención de este trabajo, comprende todo bien que configura el bienestar material del hombre, considerado desde el punto de vista abstracto, en el sentido que le asigna el Art. 2.502 y siguientes del Código Civil, al legislar sobre los derechos reales. La limitación del tema se impone, por cuanto abarca un campo muy extenso, cuyos detalles prolongaría en forma innecesaria el presente trabajo. Ahora bien, entre los bienes que comportan el patrimonio del individuo, existen también los bienes inmateriales, entre los que se encuentran en lugar destacadísimo la propiedad literaria, artística y científica, que se acumula en virtud de su exclusivo trabajo intelectual. El hombre, como ser eminentemente perfectible, que busca su bienestar y felicidad no solo con la consecución de sus bienes materiales, sino también a través de sus devaneos espirituales, apartándose de la idea realista de la filosofía estoica y en aras de un devenir mejor de sus días, se empeña por brindar a sus semejantes toda idea que conlleve en sí, el goce y disfrute de sus sentimientos. Esa sensación de bienestar, se produce mediante la meditación, y nace, de la dedicación de los espíritus selectos, una obra de arte destinada a deleitar a los demás. Surge así, la inspiración del autor, quien al crear y modelar su obra, actúa en

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-1984.

función de sus semejantes, mereciendo de este, el respeto y consideración de ese producto intelectual de su trabajo. Tenemos de este modo que el hombre, en la búsqueda incesante de su bienestar, echa mano en primer lugar a las actividades del espíritu, que en nuestro caso, se traduce en la concepción e inspiración del autor, para despararramar luego ese producto de su creación a través del tiempo y del espacio, en una obra que servirá de alegría y solaz de sus semejantes.

El derecho, como institución eminentemente social, en su incesante evolución a través del tiempo, fue observando detenidamente este tipo de actividad y consagró la necesidad de que estos creadores, fueran agremiándose en asociaciones, de donde pasaron a federaciones y confederaciones, hasta concluir en lo que es hoy la institución universal del derecho de autor.

NATURALEZA JURÍDICA

Así, sistematizado que fue el derecho de autor, dentro del campo del derecho, y una vez que obtuvo su autonomía propia, se presentó en primer lugar descifrar la problemática de su naturaleza jurídica.

Doctrinariamente, los más destacados tratadistas de nuestra materia no se han puesto de acuerdo sobre este punto, si bien, la mayoría coinciden en la elaboración de tres teorías fundamentales para explicar la naturaleza jurídica de la misma. Carlos Mauchet y Sigfrido Radaelli, en su obra “Los derechos del Escritor y del Artista”, página 12, sostienen lo siguiente: la multiplicidad de ideas contenidas en la doctrina y en la legislación, pueden ser reducidas en lo fundamental, a tres sistemas: 1° - El que asimila el derecho intelectual a la propiedad sobre cosas (objetos corporales), y, por lo tanto, a un derecho real: EL DOMINIO. Dentro de este sistema –desde hace mucho tiempo reputado erróneo se colocaron los autores de las leyes de España de 1879 y de la Argentina de 1910 y 1933. 2° - El que reconoce que en esta materia se consideran hechos y relaciones jurídicas SUI GENERIS, pero que vacilan en plantear el fondo del problema. En este sistema se puede incluir a un tratadista tan reputado como el

francés Huard, que no obstante admitir que “poco a poco los juriscultos se inclinan a la tesis que considera al derecho de autor como un derecho de una especie particular” titula su obra máxima *Traité de la Propriété Intellectuelle* (Paris 1903). Es decir, agregamos nosotros, se inclina más por la teoría que admite y asimila a una nueva categoría de derechos, cual es el de los derechos intelectuales, que más arriba analizaremos. Este grupo de tratadistas, que encabeza el arriba citado, reconocen “que en esta materia existen hechos y relaciones jurídicas SUI GENERIS. 3° - El sistema que considera los derechos sobre las obras literarias y artísticas como parte de una nueva categoría, dentro de la clasificación general de los derechos, con autonomía y desenvolvimiento propios: LOS DERECHOS INTELECTUALES. Sus partidarios adoptan una terminología adaptada a la realidad a que se aplica, y rechazar el concepto de propiedad intelectual, por reputarlo inútil, peligroso y arbitrario. Aunque la materia está en plena elaboración, como se ha dicho, puede afirmarse que la legislación y las doctrinas modernas convergen hacia esta última concepción, propiciada por el jurista belga Picard en 1873. Los autores arriba citados, adoptan esta última posición, por estimar que es la que más se ajusta a la realidad.

Por su parte, Isidro Satanovsky, en su obra “Derecho Intelectual” Tomo I, pág. 36 y sgts., manifiesta que existen varias concepciones sobre la naturaleza de los Derechos Intelectuales, que pueden agruparse en tres tendencias o sistemas, a saber: a) el derecho propiedad; b) el derecho de la personalidad; y c) el derecho propio o especial. El primer grupo, “asimila el derecho intelectual a la propiedad de las cosas como objetos corporales susceptibles de valor, equiparándolo al derecho real de dominio. Tiene el defecto de materializar excesivamente el derecho intelectual y no explica satisfactoriamente el derecho moral del autor”. Para los segundos, es decir, los que propician un sistema intermedio del derecho “personal patrimonial”, el derecho de autor representa un poder de señorío sobre un bien intelectual (*Ius in re intellectuali*), que puede consistir en facultades de orden patrimonial y personal.

Por último, a fin de simplificar las diversas vertientes sobre este punto, tenemos un factor de actualidad, el Lic. Ramón Obón León, en su obra “Los Derechos Autorales en México”, premiado por la Broadcasting Music Inc. (B.M.I.) de los Estados Unidos, entidad integrante de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores del Consejo Panamericano de Autores y Compositores, con prólogo del profesor Carlos Mouchet, dice lo siguiente: “Las diversas posturas doctrinales, pueden agruparse, a nuestro modo de ver, en tres grandes categorías: 1° - Las que buscan la naturaleza del derecho intelectual, en la teoría del patrimonio; 2° - Las que lo asimilan al Derecho de la Personalidad; y 3° - Las que lo consideran un Derecho Especial o un Derecho Nuevo.

La primera teoría, guarda relación con el patrimonio, partiendo de la premisa que el patrimonio, es una universalidad jurídica, formada por el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, valorizables en dinero; esta doctrina se ha bifurcado a la vez en dos grupos: a) Aquellas que consideran al derecho de autor como un derecho patrimonial, de naturaleza real y b) las que la consideran como un derecho personal.

El primer grupo tiene su origen en la tesis francesa, o sea que equiparan el derecho intelectual, a la propiedad común, atribuyéndole a aquel todos los atributos de esta. Bajo este criterio, “la propiedad intelectual es oponible erga omnes, en forma idéntica, a la que el propietario común opone sus derechos a los demás”. Sin embargo, este razonamiento tropieza con numerosas objeciones, las que por razones de brevedad, no es posible detallar en este trabajo, a pesar de que nuestro derecho positivo admite esta tesis, como se verá más adelante.

El segundo grupo se fundamenta, en la circunstancia que “partiendo de la definición tradicional de la obligación”, como aquel vínculo jurídico en virtud del cual, una persona denominada deudora, se encuentra jurídicamente constreñida a ejecutar algo a favor de otra, llamada acreedora. Estos tratadistas intentan equiparar al actor, con el sujeto activo de la obligación, al decir que es el “titular de

un crédito”, hipótesis que igualmente no resiste el más somero análisis crítico.

La segunda teoría es la que basamenta el Derecho de Autor como Derecho de la Personalidad. Sostienen sus adeptos que ninguna teoría patrimonial es aceptable, ya que no contemplan el aspecto y las facultades del Derecho Moral, que constituye el aseguramiento del respeto a la personalidad del autor. Agregan estos, que la obra es la prolongación de la personalidad del autor, y consecuentemente, esta no puede ser disociada de la actividad creativa, por lo que todo ataque a ella, implica en el fondo un ataque a tal personalidad. Este modo de pensar, resulta incompleto, y a contrario de las teorías patrimoniales, otorga toda su importancia al derecho moral, prescindiendo de la parte formal y fundamentalmente de los derechos pecuniarios.

La tercera teoría es la que considera al derecho de autor, como un derecho especial o DERECHO NUEVO, que adopta una posición ecléctica, entre las dos teorías anteriores, las que –según este autor– resulta totalmente improcedente.

En conclusión, sostiene Manuel Antonio Laquis, en su obra “PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL”, pág. 75, “el pensamiento de nuestros autores, reseñados en los párrafos precedentes, es obvio que no revelan uniformidad; en él se pueden observar que la creación intelectual es considerada: en ciertos casos, como una verdadera propiedad, o como un derecho real de contenido especial; en otros, su definición se elabora a través de la noción general de derechos intelectuales, o de la de propiedad que recaen sobre objetos que no son cosas; o bien, se considera, que los derechos de autor o del inventor, constituye una tercera categoría, distinta de los derechos reales o personales.

En nuestro país, la naturaleza jurídica del Derecho de Autor, está dada y resulta de los principios constitucionales consagrados por la Constitución Nacional de 1967, al disponer en su Art. 58 que “Todo autor, inventor o investigador, es propietario exclusivo de su obra,

invento o descubrimiento científico por el plazo que le acuerde la Ley”. Como puede observarse, de acuerdo con el texto, nuestra Ley Fundamental define el Derecho de Autor como un verdadero Derecho de Propiedad, y en tal sentido, las medidas que organiza para garantizar ese derecho. También están dadas entre las que protegen el derecho de propiedad, como lo demuestran las disposiciones de los Arts.: 50, que garantiza la propiedad por el Estado, 58 que ampara los Derechos Intelectuales; 66 que admite la legítima defensa de la propiedad e inclusive el Art. 96, que garantiza la propiedad privada. La Ley N° 94, de fecha 10 de Julio de 1951, que aprueba el Decreto-Ley 3.642, del 31 de marzo del mismo año, protege las creaciones científicas, literarias y artísticas, crea el Registro Público de Derechos Intelectuales, en su Art. 2° consagra plenamente la teoría patrimonial, al igual que el principio constitucional arriba citado.

En efecto, por la citada ley, se reconocen y protegen los derechos de autor sobre las obras literarias, científicas y artísticas, editadas, publicadas y registradas en la República del Paraguay. El derecho reconocido por dicho cuerpo legal, comprende la facultad exclusiva que tiene el autor de una obra literaria, científica o artística, de usar y autorizar el uso de ella en todo o en parte; de disponer de ese derecho a cualquier título, total o parcialmente y transmitirlo por causa de muerte. Este último punto, es el que tipifica la ubicación de nuestro sistema legal en la protección del derecho autoral, entre las teorías de índole patrimonial, por cuanto estos derechos, a más de las particularidades que más adelante analizaremos, al comentar el contenido del derecho autoral, se transmiten mortis causa a los herederos, como ocurre con el régimen general del patrimonio del occiso. Y, efectivamente, esto resulta así por cuanto considera y aprecia el bien inmaterial del autor, como una cosa de naturaleza real.

DENOMINACIÓN: Respecto del nombre de este nuevo derecho, doctrinariamente, tampoco existe uniformidad entre los tratadistas, por cuanto se han propuesto los más variados nombres para identificarlo dentro del contexto general de las ramas del derecho.

Así, para unos constituye una propiedad científica, artística y literaria, para otros el famoso “Copywritht”, sobre todo entre los países anglosajones que le conceden el significado de “derecho de copia”. También se ha propuesto el nombre de “Propiedad Intelectual”, “Propiedad Inmaterial”, “Derechos Intelectuales sobre obras literarias y artísticas”, “Derecho de Autor”, “Derecho Personal”, “Monopolio de Derecho Privado”, “Derecho Intelectual”, “Pequeño Derecho”, “Regalías” etc. En sentido amplio, la mayoría de los tratadistas y de las legislaciones modernas, se han decidido por emplear la denominación de “Derechos Intelectuales”, por cuanto, según sostienen, se acerca más a la realidad de las cosas, “y porque no solo contempla al autor en sí, creador intelectual por excelencia, sino también a los adaptadores, traductores, realizadores, intérpretes y ejecutantes” (Obón, Obra citada).

La Ley 94, al crear el Registro Público de Derechos Intelectuales, emplea en forma expresa esta denominación, aunque en su texto, hace también alusión al Derecho de Autor, términos que dentro de nuestro ordenamiento jurídico positivo, resultan sinónimos, usándose dichas denominaciones tanto para designar al autor o creador de una obra. En la legislación comparada, ha prevalecido este criterio, por cuanto es el nombre que más países adherentes ha concitado. “Concluimos pues, dice Satanovsky-, que la denominación más adecuada, es simplemente DERECHOS INTELECTUALES. Es amplia y restringida al mismo tiempo. Comprende a todos los derechos que emerge de la actividad espiritual, así como ampara a los titulares de los mismos. Se va abriendo camino como expresión necesaria para denominar la materia que estudiamos y no creemos que se preste a confusiones” (Pág. 57, Obra arriba citada).

CONTENIDO: El Derecho Intelectual, como dice Ramón Obón, “comprende un complejo de facultades o derecho que se agrupan en dos grandes categorías: a) el Derecho Moral y b) el Derecho Patrimonial”. El Derecho Moral, es el aspecto del Derecho Intelectual que concierne y se ocupa a la tutela de la personalidad del autor como creador, y b) a la tutela de la obra como entidad propia. Como se ve

—dicen Carlos Mouchet y S. Radaelli en la pág. 26 de su obra arriba citada— asentamos el derecho moral en un doble fundamento: el respeto a la personalidad del autor y la defensa de la obra considerada en sí misma como un bien, con abstracción de su creador. Por su parte, el Derecho Patrimonial, pecuniario o de utilización, es aquella parte del Derecho Intelectual, de carácter exclusivo, cesible parcialmente y limitado en el tiempo, en virtud del cual se protegen los beneficios económicos del autor por la explotación de su obra”. En nuestra legislación positiva, la Ley N° 94, como hemos citado más arriba, contempla este doble aspecto del contenido del Derecho Intelectual, al asignar al autor el reconocimiento de su creación y la protección de la misma, comprendiendo la facultad exclusiva que tiene sobre la obra y el derecho de usar y autorizar el uso de ella, en todo o en parte, disponer de ese derecho a cualquier título, total o parcialmente y transmitir por causa de muerte a sus causahabientes (Art. 2°). Contempla en forma expresa, el aspecto patrimonial de la obra al facultar al autor o al sucesor a vender, permutar, locar, ceder o tomar, total o parcialmente, con la limitación —natural por cierto— de que la transmisión a cualquier título que fuere solo será válida hasta el plazo que establece dicha ley (Arts. 43 y 44).

OBJETO: en lo que guarda relación con el objeto del Derecho Intelectual, en primer lugar, tenemos la protección de la obra. Revela H. Della Costa que “el trabajo interno, espiritual del autor es previo y determinante, pero permanece ajeno a nuestra materia en tanto ese trabajo no se haya traducido en un resultado fijo llamado “obra” o “Corpus Operale”, que pasa a ser así el objeto propio del derecho de autor. Por su parte, Satanowsky la define como “toda expresión personal, perceptible, original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que sea completa y unitaria que represente o signifique algo, o sea una creación integral”.

Fijando el concepto de lo que debe entenderse por obra intelectual, el derecho creado en su consecuencia, necesariamente deberá tener por objeto la protección y tutela de esa misma obra. No otra

cosa puede señalarse teniendo en cuenta la disposición de la Ley N° 94, así como el espíritu que guía sus disposiciones. Lo mismo acontece con el Decreto Ley N° 6.609 que reglamenta y clarifica en cierto sentido las disposiciones abstractas de la norma principal.

En el Estatuto de Autores Paraguayo Asociados (APA), aprobado por Decreto del Poder Ejecutivo N° 7.976, de fecha 13 de noviembre de 1951, modificado y ampliado por el Decreto N° 3.811, de fecha 26 de enero de 1979, en el art. 2° se fijan los propósitos y objetivos de dicha Entidad civil, entre los que se cuentan en lugar destacado, la protección y defensa en el país y en el extranjero de la producción de autores, compositores e intérpretes y entidades representadas en cuanto a sus obras literarias, artísticas y musicales publicadas, inéditas o grabadas, por cualquier procedimiento fenomecánico o fonoelectrico.

RÉGIMEN LEGAL

El Derecho Intelectual, en nuestro país, como sinónimo del Derecho de Autor se halla protegido en primer lugar por la Constitución Nacional, sancionada el 25 de agosto de 1967. Su antecedente inmediato se encuentra en el Art. 24, 2da. parte de la Constitución del año 1940, que dice: “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerda la ley”. De los términos que anteceden, se advierte que en nuestra Ley Fundamental la propiedad intelectual, científica y artística, difiere de la propiedad de los bienes materiales, en que no es exclusiva ni eterna, sino accidental y temporal; o sea, que solo consiste, en la facultad que reconocen las leyes a los autores, inventores o descubridores, la explotación de sus obras por un tiempo dado. De ahí que el Derecho intelectual es esencialmente temporal. Dicho, en otros términos, su ejercicio está limitado en el tiempo. La Ley 94, fija la protección del autor diciendo que “el plazo de la protección de los derechos intelectuales, en general, abarca toda la vida del autor y más cincuenta años, a contar desde la muerte del autor o del último de los co-autores. Los sucesores por cualquier título, gozarán de la protección legal,

hasta el término del plazo indicado, con las excepciones previstas en esta Ley”. Para las obras póstumas, el plazo de 50 años post mortem autores, comenzará a correr desde la fecha de la muerte del autor, cuyos derechos pasarán a los herederos o legatarios. Si no hubiere derecho habiente del autor, la obra corresponderá solamente por 15 años a quien la hubiere editado o publicado autorizadamente. Si hubiere sucesor, y el autor hubiere encargado a una tercera persona la publicación de la obra, tendrán sobre ella derechos conjuntos el sucesor y el editor. De todo esto se deduce, que tienen, pues, derechos sobre una obra las siguientes personas: el autor, su sucesor y los que con autorización del autor, la traduzcan, refundan, adapten, modifiquen o transporten sobre nuevas obras.

Así, transcurrido el plazo de protección legal, las obras científicas, literarias o artísticas, pasarán a ser bienes del dominio público. Estas, una vez pasadas al dominio público, serán protegidas como si fuesen obras primigenias, pero dicha protección no entrañará ningún derecho exclusivo al uso, publicación, ejecución, etc. De la misma. (Art. 22). Con esta disposición, lo que en el fondo protege es el derecho moral de las personas, que más arriba hemos citado. Sobre este punto, la “Carta del Derecho de Autor”, adoptado por la C.I.S.A.C. en su Décimo Noveno Congreso, celebrado en Hamburgo en 1956, establece en su punto 12 que, “las diversas legislaciones nacionales deben reconocer la perpetuidad del derecho moral. Después de la muerte del autor, el cuidado de asegurar el ejercicio de este derecho, debe ser confiado a sus herederos legales, o a organismos especialmente designados para ello”. Esta limitación en el tiempo, sin embargo, tiene el inconveniente, de que la entrada de las obras en el dominio público, agota la fuente de ingresos para el autor y sus herederos, a cambio – seguramente- de la protección a perpetuidad del derecho moral del autor, que permanece incólume.

Ahora bien, ya dentro de la dinámica jurídica que configura nuestra legislación positiva, el derecho intelectual o derecho autoral, se halla protegido en el Código Penal vigente, que sanciona la apropiación indebida de las obras del autor. En efecto, en el Capítulo XV

del citado cuerpo legal, el Dr. Teodosio González, su codificador, quien en fecha 11 de agosto de 1910, juntamente con el Dr. José P. Montero, representó a nuestro país ante la Convención sobre Propiedad Literaria y Artística en la Cuarta Conferencia Internacional Americana, celebrada en la Ciudad de Buenos Aires (Rca. Argentina) plasmó en dicho Capítulo algunas de las recomendaciones aprobadas en dicho evento internacional, en fecha 18 de junio de 1914, fecha en que fue aprobado el Código Penal, notándose una notable similitud entre los principios consagrados en el Art. 2° de la citada Convención y el Art. 416 del Código punitivo. Dicho artículo dispone que “el que se apropiare o reprodujere individualmente obras literarias o artísticas, sufrirá penitenciaría hasta un año, a querrela de parte, y multa del doble del provecho obtenido con el delito”. La segunda parte de este artículo, donde se individualizan los trabajos que comprenden las obras literarias y artísticas, el codificador, adopta casi la totalidad del contenido del Art. 2° de la Convención Internacional más arriba citada, y dice al respecto: “en las obras literarias o artísticas, se comprenden los libros, folletos y cualesquiera otros escritos, las obras dramáticas o dramático-musicales; las coreográficas; las composiciones musicales, los dibujos, las pinturas, las escrituras, los grabados; las obras fotográficas, las litográficas, las cartas geográficas, los planos, croquis y trabajos plásticos, relativos a geografías, topografía, arquitectura o ciencia en general; y en fin, se comprende toda producción del dominio literario o artístico que pueda publicarse por cualquier modo de impresión o de reproducción”.

El Art. 418 del mismo cuerpo legal, tiene previstos los agravantes para los que violen o usurpen los derechos intelectuales, elevando al doble de la pena establecida en el Art. 416, si la apropiación indebida se hiciere por abuso de confianza, por un amigo íntimo, compañero o discípulo.

Sin embargo, el Art. 419 del mismo instrumento jurídico, consagra otra limitación al Derecho de Autor al ordenar que “las disposiciones precedentes no son aplicables a los derechos del autor o de

inventor que no hayan sido reservados expresamente por los interesados y no se hayan inscripto en los registros públicos respectivos, previo pago de los impuestos fiscales que correspondan”. Como puede observarse, en puridad de conceptos, esta disposición encierra al mismo tiempo dos limitaciones para gozar de la protección legal: primera, la inscripción en los registros públicos habilitados para el efecto y segunda, el pago previo de los impuestos fiscales que correspondan. Lo que nos da a entender, que para que los autores estén cubiertos de los riesgos de apropiación indebida, primero debe cumplir con este requisito, caso contrario, no podría invocar la propiedad y legitimidad de su derecho sobre una obra determinada, dado el régimen de publicidad que impera en nuestro medio. Y haciendo un poco de historia, debemos agregar que como el Código que nos rige es del año 1914, y la creación del Registro Público de Derechos Intelectuales data recién del 10 de julio de 1951, por la Ley N° 94 y su Decreto reglamentario N° 6.609 del 4 de setiembre del mismo año, antes de esta fecha las solicitudes de inscripciones de inventos y descubrimientos así como las obras de los autores, eran anotadas provisoriamente en una Oficina de la Dirección de Impuestos Internos, previo pago de un tributo de 5 pesos oro por año, que se abonaba durante 5 años consecutivos. De este modo, la inscripción en los registros públicos establecidos, es la que asienta y garantiza el derecho de propiedad de que se trata, como cualquier propiedad raíz. No obstante esta penalidad establecida, los hechos ilícitos lesivos a los derechos intelectuales reconocidos y protegidos por la ley en el Art. 62, de la Ley 94, establece al mismo tiempo sanciones para los que atenten contra este derecho. En efecto el citado artículo dispone que, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 416 del Código Penal, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, aparte del secuestro de la edición ilícita: a) El que edita, venda o reproduzca una obra sin autorización del autor; b) El que edita, venda o reproduzca una obra, suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto; c) El que edita o reproduzcan mayor número de los ejemplares debidamente

autorizados y d) El que falsifique una obra científica, literaria o artística ostentando falsamente el nombre del editor autorizado. Igualmente será sancionado con prisión de un mes a un año o con una multa, cuyo monto fijará en cada caso el reglamento, destinado al fondo de Fomento creado por esta Ley; a) El que represente o hiciere representar públicamente una obra teatral o literaria, sin autorización del autor, y b) El que ejecutare o hiciere ejecutar públicamente obras musicales, sin autorización de sus autores. De la misma penalidad establecida más arriba, se hace pasible el que, atribuyéndose falsamente la calidad de autor o sucesor o representante de estos, hiciere suspender una representación o ejecución pública lícita.

Esta Ley N° 94, no solo estatuye un régimen de doble penalidad contra los infractores a los Derechos Intelectuales, sino que también señala el procedimiento a seguir, cuando el hecho punible se consumó, en la forma relacionada en los Arts. 65 al 70 –inclusive- convirtiéndose así en una norma de fondo y forma a la vez, la que no escapa a una somera crítica, como se verá en otras publicaciones. Consagra en forma expresa a la vez, que el juicio tanto civil como criminal, cuyas acciones están dadas en favor exclusivo del actor, son totalmente independientes una de otra, y en consecuencia, la sentencia recaída en la una, no afectará a la de la otra, eliminándose de este modo la prejudicialidad, que campeó al comienzo en la jurisprudencia extranjera. Entre las disposiciones transitorias, por vía de deducción, se desprende que con el tiempo, cuando los Derechos Intelectuales adquieran un desarrollo mayor en nuestro derecho positivo, y dado el régimen de publicidad que impera en nuestro medio, deberá ser un ente o Registro único, como el Registro General de la Propiedad, o dependiente de este, porque en la actualidad, solamente depende de una oficina administrativa, como la constituye el Departamento de Enseñanza Superior y Difusión Cultural del Ministerio de Educación y Culto, donde se registran las obras intelectuales de los autores.

Independientemente de las normas legales consagradas por la Constitución Nacional y la Ley N° 94, se dictaron algunos Decretos

con el fin primordial de proteger el derecho intelectual del autor nacional, en el sentido de equiparar el número de ejecuciones de música nacional, con la ejecución de la música extranjera, que igualmente conforman el conjunto de disposiciones legales que protegen al Derecho de Autor. En este sentido tenemos el Decreto del P.E. N° 8.127, de fecha 24 de diciembre de 1959 y la Resolución N° 5 de la Sub Secretaría de Informaciones y Cultura de la Presidencia de la República, de fecha 14 de Julio de 1978, que reglamenta dicho Decreto.

En efecto, en el considerando del referido Decreto, se manifiesta que “los cultores del arte nativo, y de la música en particular, son a la vez mantenedores y enriquecedores de ese acervo, que, como patrimonio espiritual de la Nación, deben ser salvaguardados por la Ley”. Que, “dado el mayor auge de la música extranjera, en nuestro medio, se corre el evidente riesgo de dejar abandonado el arte musical de nuestra tierra, en un plano inferior de difusión. Que a tal riesgo se suma la perspectiva de que nuestro público, especialmente las nuevas generales, pierdan contacto con las expresiones folklóricas musicales nacionales”.

El Art. 1° del Decreto referido, dispone que “Declárase obligatoria la ejecución, como mínimo, de un 50% de música nacional, en los locales o establecimientos de la República, donde se haga escuchar música, ya sean en teatros, estaciones de radiodifusión, televisión, propaladoras locales, camiones o autos equipados con altavoces, restaurantes, confiterías, cafés, cinematógrafos, boites, comercios, cabarets, night clubs, salones o clubes de bailes, y otros locales con distinta denominación, en donde se ofrezcan espectáculos o números musicales, con orquestas, conjuntos de todo género y jerarquía, grabaciones o cantos acompañados con cualquier instrumento”. El Art. 2° define lo que se debe entender por música nacional, comprendiendo las polkas, guaraníes, galopas, valseados, purajheis, Kyre'ys, canciones y otras músicas y otra música popular de autores nacionales o extranjeros domiciliados en el país, que interprete el sentimiento del pueblo paraguayo. Por el Art. 4° “a los efectos del cómputo establecido, las radiodifusoras y/o estaciones de radio televisión de la

República, deberán contemplar con diez días de anticipación, su programación mensual en los que fijarán los horarios más convenientes para el estricto cumplimiento de lo que dispone el Art. 1°”. Además, para el porcentaje del cómputo, instituye una división de programaciones radiales por períodos de una hora, “no teniéndose en cuenta acumulaciones de horas anteriores o posteriores”. Significa esto –a nuestro modo de ver- conforme al espíritu del Decreto que comentamos, que las emisiones radiales de música nativa, deben ser perfectamente paralelas a la difusión de las músicas extranjeras, a fin de no permitir, que durante todo el día y en la hora de mayor audiencia, se omita el cumplimiento del Art. 1° del Decreto 8.127, y luego, por la noche, en las horas topes para la suspensión de la transmisión, en forma masiva pasen la música guaraní, cuando el auditorio es ya escaso, a los efectos de balancear el porcentaje.

De este modo, y sabiendo que la ANTELCO es la autoridad estatal que regula la aplicación de las leyes de telecomunicaciones en todo el territorio nacional, esta es la única autoridad competente que puede y debe aplicar las sanciones establecidas y previstas en el Art. 7° a los infractores del Art. 1°. Otra autoridad, como la Sub-Secretaría de Informaciones y Cultura de la Presidencia de la República, carece de atribuciones para el efecto. La resolución N° 5, de esta última institución, desde luego al reglamentar el decreto que comentamos, se refiere a esta obligación de las radioemisoras y para el efecto, requiere el concurso de la ANTELCO, para la remisión a la misma de esta programación anticipada que deben ser presentadas con diez días de antelación. El Art. 6° de la Resolución N° 5, se remite a la sanción establecida por el Art. 7° del Decreto N° 8.127, como desde luego debe ser, por cuanto –dentro del orden de prelación de las leyes- una resolución de autoridad, no puede prevalecer sobre un Decreto del Poder Ejecutivo. Lo único que establece al reglamentar dicho Decreto, es que esta penalidad se extingue a las “orquestas y conjuntos nacionales” que no dieran cumplimiento al Art. 1° del referido Decreto.

En cuanto al Art. 10 del Decreto N° 8.127, que instituye el procedimiento a seguir para los infractores, su panorama resulta sumamente confuso, por cuanto para aplicar la sanción, debe previamente iniciarse una “información sumaria”, que en lugar de clarificar el asunto, arroja una serie de dudas –que va desde su misma naturaleza jurídica- hasta su falta de practicidad para imponer las sanciones. Además, contradice la esencia misma del IMPERIUM de que dispone el Estado para la aplicación de sanciones, que independientemente de toda “Información sumaria” puede de sí y por sí, aplicar las penas establecidas en el referido instrumento jurídico.

Para terminar, como corolario que confirma nuestra tesis, de que ANTELCO es la única Autoridad Competente para la aplicación de sanciones a las radioemisoras, por la transgresión del Art. 1° del Decreto N° 8.127, recurrimos a los términos del mismo instrumento legal, por cuanto de entre sus disposiciones surge esta conclusión en forma expresa. En efecto, el Art. 4°, 2a. parte, preceptúa que ANTELCO “tendrá a su cargo el contralor, VIGILANCIA Y APLICACIÓN DE LAS PENAS PREVISTAS a los que contravinieren las disposiciones o el espíritu de este Decreto”. Por el contrario, la Subsecretaría de Informaciones y Cultura de la Presidencia de la República “queda facultada a requerir la COLABORACIÓN DE APA para efectuar un mejor contralor (Art. 8°) y, al mismo tiempo, “queda facultada a expedir las instrucciones que correspondan por vía de reglamentación del presente Decreto” (art. 11).

Finalmente, oportuno es recordar la protección con que cuentan los autores en el Paraguay. Pues, a más de la protección dada por las disposiciones arriba citadas, dictadas en beneficio de los mismos, fue promulgada en fecha 3 de diciembre de 1952 el Decreto N° 14.937 por el que se establece la obligatoriedad de munirse de una autorización de AUTORES PARAGUAYOS ASOCIADOS (APA) para la realización de fiestas, reuniones sociales, etc., con el concurso de orquestas, alto parlantes o números vivos. De consiguiente, todas las entidades

sociales, deportivas, culturales y propietarios de locales donde se realizan bailes, fiestas, demostraciones, están obligadas a muñirse de la autorización de APA, para la celebración de las mismas.

Inclusive, por Resolución N° 3, de fecha 11 de marzo de 1977, de la Policía de la Capital, las entidades sociales, deportivas, culturales y propietarios de locales donde se realizan bailes, fiestas, etc., están obligados a acompañar con la solicitud de permiso el certificado de previo pago de los derechos autorales a Autores Paraguayo Asociados, que constituye en nuestro medio, la entidad gremial que aglutina en su seno a todos los autores, intérpretes, músicos, creadores de obras literarias, científicas y artísticas y especialmente musicales, publicadas, inéditas o grabadas por cualquier procedimiento fonomecánico o fono-eléctrico.

Para terminar, es preciso destacar, que la Ley N° 879, que estatuye el Código de Organización Judicial, y su modificatoria, Ley 963, en Capítulo Único, el IX, usa expresamente también la denominación más moderna sobre esta materia, al legislar sobre el “REGISTRO DE DERECHOS INTELECTUALES”. En efecto, el Art. 347 dice “En este Registro se inscribirán todas las obras científicas, artísticas y literarias, así como las obras plásticas en pintura, escultura o arquitectura, películas cinematográficas y otras obras de conformidad a lo dispuesto con la Ley N° 94 de 1951 de “Derechos Intelectuales”.

Como se puede apreciar, el moderno Código de Organización Judicial se remite, in totum, a las disposiciones de la Ley N° 94, ya analizadas, sin contradecir en absoluto a las disposiciones del Art. 4° de esta ley, donde se detallan las obras protegidas por la misma, ni al Art. 416, 2a Parte del Código Penal. Antes bien, amplía más las obras protegidas al comprender en ellas a las obras plásticas en pintura, escultura o arquitectura y películas cinematográficas, actualizando así, seguramente, las obras modernas, aunque en las disposiciones arriba citadas, ya se hallan previstas ampliamente.



La justicia de Paz Letrada como institución jurídica del Derecho Procesal

Abg. Marcos Riera Hunter¹

La Justicia de Paz Letrada ha sido creada en el Paraguay recientemente, en el año 1981, en virtud de la ley N° 879 o Código de Organización Judicial que regula a la institución no solamente desde el punto de vista organizativo, sino también desde el punto de vista procesal, dualidad jurídico-estructural que imprime a dicho cuerpo legal un carácter que los mismos legisladores destacaron muy especialmente al calificarlo de “sui géneris”, por contener normas jurídicas de fondo y también de forma.

Por su naturaleza y esencia la Justicia de Paz Letrada constituye una verdadera y auténtica institución jurídico-procesal, cuya presencia en el Derecho Positivo nacional resulta una innovación legislativa que no solamente enriquece nuestro ordenamiento jurídico, sino que repercute positivamente en el seno de la sociedad dado que por su estructura procesal está destinada a constituirse en instrumento ágil y vehículo eficaz de la administración de justicia. Ahora bien, ¿qué es la Justicia de Paz Letrada?; ¿Cuál es su contenido jurídico y procesal, como asimismo, el fundamento de su institución? Ninguna de estas interrogantes puede ser correctamente respondidas si no se hace referencia a la naturaleza jurídica y al origen de la Justicia de Paz Letrada y a sus principios fundamentales.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-1984.
Juez de Paz Letrado.

ORIGEN Y NATURALEZA INSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA DE PAZ LETRADA.

La institución de la Justicia de Paz Letrada no tiene antecedentes en la vida jurídica de la Nación puesto que por sus especiales características y por su finalidad no se vincula ni con la Justicia de Paz Lega, como puede creerse, ni con ninguna otra similar. En efecto, a pesar del calificativo “de paz” que ostenta no debe ser considerada como una ampliación institucional de la Justicia de Paz Lega porque, si bien ha heredado de esta última la facultad pacificadora, la oralidad, la inmediación y una estructura procesal inspirada en la economía, no es –y he aquí lo paradójico– una Justicia de Paz porque, como lo veremos más adelante, se diferencia de ella no solamente de grado, sino substancialmente por su naturaleza y porque a pesar de esas semejanzas procesales no surge institucionalmente de la Justicia Lega ni constituye un simple perfeccionamiento de ella. La vinculación que existe entre ambas instituciones es puramente histórica, vale decir, la Justicia de Paz Letrada apareció en el tiempo después que la Justicia de Paz Lega, y es por ello por lo que en la práctica resulta imposible hablar de la primera sin referirse previamente a la segunda en la inteligencia de que se trata no de una sola institución, sino de dos instituciones jurídicas radicalmente diferentes.

A) Según el eminente procesalista Hugo Alsina, la Justicia de Paz Lega encuentra sus antecedentes históricos más remotos en los “defensores civitatis”, en Roma; en los “Jefes de Centena”, en Francia; y en los “Hacedores de Paz”, en Holanda (1). Por su parte Jofré sostiene que “la Justicia de Paz es una institución del Derecho inglés que penetró en Francia con la revolución de 1789” (2), y que posteriormente, a partir de 1790, tomó las características que tradicionalmente se atribuyeron a la Justicia de Paz Lega como tribunal de paz, concordia y conciliación pues la legislación francesa de la época pretendió crear con ello una justicia nueva, de naturaleza especial cuya finalidad no era la declaración del Derecho, sino la conciliación de los litigantes.

LA JUSTICIA DE PAZ LETRADA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO PROCESAL

Así, pues, por razones ideológicas, que no excluyen a las histórico-sociales, la Justicia de Paz Lega se configuró desde sus comienzos como una justicia sencilla, rápida y barata, desprovista de formalidades y ritos sacramentales que la puedan obstaculizar, y destinada a resolver pequeños litigios cuya cuantía inferior no justificaba que fuesen tramitados conforme con el procedimiento ordinario, largo y costoso, reservado a cuestiones más importantes y de mayor complejidad jurídica. La Justicia de Paz primigenia, caracterizada por su finalidad eminentemente conciliatoria, en una justicia vecinal, de pueblo, administrada no por hombres letrados ni conocedores del Derecho, sino por hombre probos, honestos, respetables y dignos que fallaban las causas a su cargo según su conciencia de acuerdo con la equidad (*“ex aequo et bono”*). El procedimiento era esencialmente oral, breve, caracterizado por la inmediación, la concentración y la celeridad de las tramitaciones que se hallaban liberadas del formalismo y formulismo del procedimiento escrito. En este sentido, Jofré afirma que “la Justicia de Paz que necesita el pequeño asunto del pobre tiene que se de conciencia y desenvolverse en un procedimiento oral, solucionando los negocios sin autos, notificaciones, vistas fiscales, traslados y demás chismes y bártulos de uso habitual en nuestras prácticas tribunalicias, ajenas a las realidades de la vida y las conquistas del progreso (3).

El tratadista argentino Enrique Rivarola singulariza las particularidades específicas de la Justicia de Paz Lega con estas palabras: “Legisladores y publicistas han admitido desde hace muchos años que el Juez de Paz actúa como un Juez de conciencia. Eso sería de la esencia de la Justicia de menor cuantía. Al pequeño y sencillo litigio no se le aplicarían entonces los preceptos rígidos de la ley, sino el criterio del juzgador, inspirado en el humano sentimiento de lo justo. Es así como se conciliaría con la institución la existencia del juez lego, ignorante de la complicada urdimbre del Derecho escrito, pero revestido con las prendas morales del vecino expectable. Conocedor de los litigantes que acuden a su tribunal, resolvería los pleitos de acuerdo con la equidad, procurando principalmente la conciliación de las partes” (4).

Igualmente, según el mismo tratadista, los Diputados argentinos, con ocasión del estudio de la Justicia de Paz Lega en el año 1883, se expresaron en análogos conceptos al decir: “...los Jueces de Paz son jueces de concordia, deben proceder siempre con la oliva de la paz, tratando de conciliar los intereses antagónicos que se someten a su jurisdicción y fallando como un juez de conciencia, que en vez de llevar la desolación al hogar ajeno, lleva la paz y la concordia (Méndez)”; “...los Jueces de Paz son jueces de conciencia, de conciliación, amigables componedores; proceden con arreglo a su conciencia única y exclusivamente sin responder a presiones externas, ni de la ley, ni de los individuos que lo rodean...pues no todo lo legalmente justo es equitativamente justo (Botet)”; “...el fallo debe ser de equidad y sentido común...el Juez debe oír a las partes, recibir la prueba y fallar en conciencia de acuerdo con la convicción que se hubiera formado (De Tomaso)” (5).

B) La institución de la Justicia de Paz Lega, inglesa por su origen y francesa por su desarrollo e influencia, se implantó en la mayoría de las legislaciones modernas, llegando a la Argentina en el año 1821 y en el Paraguay en el año 1898. No obstante, por diversos motivos, la Justicia de Paz Lega en la Argentina Fracasó en sus objetivos y no llegó a cumplir con los anhelos del legislador, razón por la cual la Comisión Legislativa del Parlamento Argentino resolvió en 1934 abolir la Justicia de Paz Lega y reemplazarla por la Justicia de Paz Letrada, en virtud de la Ley N° 11.924 que cuarenta y siete años más tarde fue prácticamente adoptada con algunas modificaciones por el legislador paraguayo, naciendo en nuestro país dicha instancia.

Vemos, pues, que en la Argentina la Justicia de Paz Letrada es aparentemente la continuadora o sucesora de la abolida Justicia de Paz Lega; en cambio, si bien no ocurre lo mismo en el Paraguay puesto que esta última sigue siendo una institución vigente al lado de la Justicia de Paz Letrada, el aditamento “de paz” la califica equivocadamente como una ampliación o extensión institucional de la Justicia Lega respecto de la cual aparecería como su hermana mayor.

Empero, hay que recalcar muy especialmente que la Justicia de Paz Letrada no ha sido en la Argentina la sucesora de la abolida Justicia Lega, ni es en el Paraguay la hermana mayor de esta última puesto que ambas instituciones difieren substancialmente por la naturaleza de sus respectivos procedimientos y por la finalidad perseguida.

Efectivamente, en cuanto a lo primero ya se dijo que está en la tradición histórica de la Justicia de Paz Lega el ser esencialmente un tribunal de conciencia, en donde las causas eran resueltas de acuerdo con la equidad y la buena fe del Juzgador. En nuestro país, la ley de procedimiento para la Justicia de Paz que data del año 1898, siguiendo los principios doctrinarios que inspiraron a dicha institución, establece en su artículo primero que los Jueces deberán dictar sentencia “a verdad sabida y buena fe guardada”, es decir, teniendo en cuenta fundamentalmente la equidad. En cambio, la Justicia de Paz Letrada constituye un tribunal de Derecho, cuyos jueces son letrados debiendo, en consecuencia, fallar de acuerdo con el Derecho vigente interpretado según las reglas suministradas por la misma ley. En cuanto a lo segundo, la finalidad de la Justicia de Paz Lega es esencialmente conciliatoria, pacificadora, es decir, destinada a restablecer la quebrantada armonía entre las partes litigantes. Por el contrario, la Justicia de Paz Letrada no tiene precisamente como finalidad lograr la conciliación de las partes, no obstante estar contemplada ella como facultad del Juzgador, sino hacer justicia, vale decir, dar a cada uno lo suyo conforme con el Derecho independientemente de que se opere o no la conciliación. Refiriéndose a la conciliación como finalidad dice Miguel Echegaray que “si la nomenclatura de un Tribunal ha de referirse a su objeto o competencia, no puede decirse que la palabra (de paz) cumplirse tal supuesto en lo referente a los Juzgados de Paz Letrados. Estos no persiguen solamente el pacificar a los litigantes, sino estabilizar su derecho dando a cada uno lo suyo. El ideal de pacificar que puede inspirar a los tribunales legos, resabio típico de primitiva justicia de aldea, si bien no puede sino ponderárselo, no es el mismo que se tuvo en mira al crear la actual Justicia de Paz Letrada, que por el solo hecho de estar constituida por tribunales de Derecho, busca por intermedio de la ley la

obtención de un fallo justo, se llegue o no a la armonía de las partes” (6).

c) La facultad conciliatoria atribuida a los Jueces de Paz Letrados es la que ha motivado la nomenclatura con que se designa a dichos magistrados. Para el legislador argentino, la finalidad de conciliación ha tenido una gran importancia, según surge de la exposición de motivos del Parlamento de ese país que declaró que si el Juez consigue conciliar a las partes “habrá cumplido con su verdadera misión pacificadora y estimará en cambio como un infortunio el fracaso de sus oficios de paz” (7). Por el contrario, para el legislador paraguayo la conciliación no constituye una finalidad esencial de la institución. En efecto, si se analizan detenidamente las actas parlamentarias de las Cámaras de Diputados y Senadores de la nación con motivo de la discusión legislativa sobre la Justicia de Paz Letrada, se podrá observar que esa finalidad no ha sido mencionada en absoluto por los congresistas paraguayos. Las palabras “conciliación” o “pacificación” no figuran para nada en dichas actas parlamentarias, de donde resulta con toda lógica que en nuestro Derecho la conciliación prevista en el artículo 379 del Código de Organización Judicial no ha sido legislada como finalidad esencial de la Justicia de Paz Letrada, sino como una facultad atribuida al Juez Letrado quien deberá intentar la conciliación por deber legal y moral, pero no como finalidad principal de su función jurisdiccional que es la de restablecer el Derecho y hacer justicia conforme con la ley.

Por otra parte, es importante destacar que la facultad pacificadora que tanta influencia ha ejercido en la nomenclatura de la Justicia de Paz Letrada no ha sido atribuida únicamente a los Jueces de Paz, legos o letrados, sino también a los Jueces de Primera Instancia en los diferentes fueros:

La facultad de conciliación ha sido legislada para los Jueces de Primera Instancia en lo Civil y Comercial en el artículo 65 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales que dispone: “Los Jueces deberán procurar en cuanto sea compatible con el ejercicio de sus atribuciones que los litigantes pongan término a sus diferencias por

LA JUSTICIA DE PAZ LETRADA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO PROCESAL

medio de avenimientos amigables, y a ese efecto tendrán la facultad de convocarlos a su presencia en cualquier estado del juicio, siempre que crean posible conseguir aquél objeto”. En la práctica la total falta de uso de esta facultad conciliatoria ha hecho que la misma sea relegada al olvido por parte de jueces y profesionales del Derecho.

La conciliación ha sido legislada también en el Derecho Procesal del Trabajo a través de las siguientes disposiciones: art. 57 del CPT establece que: “En toda contienda litigiosa, los órganos jurisdiccionales del trabajo, actuarán previamente como conciliadores, tratando de avenir a las partes, antes de adelantar el procedimiento de instancia”; el art. 101 preceptúa: “El día y la hora señalados, después de oír a las partes que deberán comparecer personalmente a la audiencia, el Juez tendrá la obligación expresa de exhortarlas a que resuelvan su conflicto por vía conciliatoria, antes de abocarse al conocimiento del mismo”; el art. 102 expresa: “En cualquier estado del juicio, antes de que el fallo sea pronunciado, podrá el Juez intentar el avenimiento de las partes mediante soluciones conciliatorias”. La facultad conciliatoria tiene tanta relevante en el fuero laboral que ha sido legislada también en el procedimiento de segunda instancia, según surge de los artículos 261 y 262 del C.P.T. La conciliación, pues, constituye una institución procesal de tal importancia en el fuero laboral que ha sido impuesta en ambas instancias, y no meramente como una formalidad que puede ser o no cumplida por el Juzgador, sino como una auténtica obligación, cuyo incumplimiento puede generar la nulidad de las actuaciones posteriores.

Finalmente, la conciliación ha sido también contemplada como trámite esencial y como facultad judicial de los Jueces de Primera Instancia en lo Criminal en el artículo 701 del Código de Procedimientos Penales, referente a los casos de difamación y calumnia, siendo nulos los trámites que prescinden de ella.

De todo lo expuesto, surge con claridad que la conciliación o pacificación no constituye una facultad privativa de los Jueces de Paz, sean lego o letrados, sino que por su importancia decisiva en la economía procesal ha sido legislada también como facultad de los Jueces

de Primera Instancia de todos los fueros quienes deben ejercitarla en los casos especificados por la ley. Sin embargo, ello no autoriza a concluir que dichos Jueces de Primera Instancia sean también Jueces de Paz, como se atribuye a los Jueces de Paz Letrados; y menos si se tienen en cuenta las palabras del entonces Diputado y Presidente de la Comisión Redactora de esa Cámara, Dr. Luís María Argaña, quien al fundamentar la creación de la institución que estudiamos expresó que los Jueces de Paz Letrados han sido creados y concebidos con “la categoría de Juzgados de Primera Instancia para asuntos de menor cuantía (8). En efecto, por su competencia la Justicia de Paz Letrada no es sino una desmembración de la Justicia de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral, y es por ello por lo que debe ser concebida como perteneciente al ámbito institucional de esta última con la que se halla más cerca y respecto de la cual se diferencia no por su naturaleza, sino por el grado de su competencia y por el alcance de su poder jurisdiccional.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA JUSTICIA DE PAZ LETRADA

Toda institución jurídica, política o social, necesita contar con un fundamento ideológico que le sustente, el cual se traduce en ciertos principios básicos que marcan la orientación o rumbo deseado para ella. La Justicia de Paz Letrada, como institución jurídica del Derecho Procesal, no constituye una excepción a la regla mencionada pues también ella ha sido creada como fruto de la inspiración de principios bien definidos que revelan claramente la intención querida por el legislador al decidir su nacimiento a la vida jurídica de la Nación.

De la lectura de las actas parlamentarias surge la convicción que los legisladores al crear la institución de la Justicia de Paz Letrada la dotaron de características especiales e indispensables para el mejor cumplimiento de la finalidad de la misma. Así, establecieron “un procedimiento verbal, plazos más cortos, perentorios, es decir, que el mero transcurso del tiempo hará caducar el derecho, limita-

mos el tipo del número de pruebas en materia de testigos y establecimos su apelabilidad ante el Tribunal de Apelación por su categoría de un Juzgado de Primera Instancia de menor cuantía. También y lo que es fundamental establecimos un sistema de notificación automática diferente del vigente para lo civil y comercial, como es el creado por la ley 5.679..." (9). Igualmente, del texto de la ley surge que se han eliminado del procedimiento las excepciones previas; el período de pruebas ha sido reemplazado por una sola audiencia, y se han ampliado las facultades jurisdiccionales del Juez quien, como director del proceso, puede adoptar de oficio las medidas tendientes a la buena marcha y prosecución del juicio, siendo sus resoluciones en su mayoría inapelables en virtud de la limitación de los recursos ante el superior.

Todas estas características evidencian que el procedimiento instituido para la Justicia de Paz Letrada, que no es ajeno a los principios de contradicción, preclusión e impulso procesal, se halla inspirado esencialmente en otros principios cuya vigencia es notoriamente predominante y que tipifican nítidamente a la institución; ellos son los principios de oralidad, intermediación y economía procesal.

A) PRINCIPIO DE ORALIDAD

El principio de oralidad determina en gran medida la verbalización del proceso. En efecto, el procedimiento oral se caracteriza por el predominio total o parcial de la palabra hablada sobre la escrita. En el primer caso, todas las actuaciones procesales se realizan en forma verbal: la demanda, la contestación, la producción de la prueba, las alegaciones de las partes se efectúan todas en presencia del Juez quien las asienta en el acta y dicta posteriormente la sentencia. En el segundo caso, se consagra un procedimiento mixto que comprende a la escritura y a la palabra hablada, pero con prevalencia de esta última.

Si recurrimos al Derecho Comparado veremos que el procedimiento oral no constituye una innovación revolucionaria susceptible

de motivas la reacción con que se oponen los partidarios de la tradición escrita, puesto que, al contrario de lo que pudiera temerse, la experiencia revela que el mismo puede ser acogido e implantado con todo éxito en el Derecho Procesal como ocurre, por ejemplo, con la gran mayoría de las legislaciones europeas (10) y con el procedimiento norteamericano, que contrastan en forma chocante con nuestro tradicional y obsoleto procedimiento escrito que, como lo dice Alsina, "...podrá ser más cómodo para el Juez y el profesional, pero se convierte en la desesperación del litigante" por causa del "expediente largo, interminable y frondoso" (11).

Siguiendo al citado tratadista, podemos decir que el procedimiento oral presenta indiscutiblemente una superioridad y una gran ventaja procesal si se lo compara con el procedimiento escrito. En primer lugar, el procedimiento oral favorece la vinculación directa e inmediata entre el Juez y las partes litigantes, intermediación que resulta prácticamente imposible en el procedimiento escrito en el cual la comunicación se efectúa a través de la escritura que en el fondo implica un distanciamiento y un alejamiento entre el Juzgador y los justiciables. En segundo lugar, el procedimiento oral favorece la concentración de los trámites puesto que varias diligencias procesales pueden cumplirse en un solo acto, lo que redundaría en beneficio de la celeridad y de la economía del proceso. En tercer lugar, el procedimiento oral favorece la apreciación psicológica o anímica de la prueba aportada por las partes, en especial de la prueba confesoria y la testimonial, apreciación muy importante que no sería posible si las mismas fueran recibidas por una persona distinta del Juez, como ocurre en la Argentina en donde las declaraciones testimoniales pueden ser recibidas en ciertos casos por el secretario actuante.

Empero, por oralidad no debe entenderse, dice Chiovenda, "la exclusión de la escritura del proceso, como el nombre podría hacer creer a los inexpertos ya que la escritura, siendo como es un medio perfeccionado de expresar el pensamiento y de conservar de una manera duradera la expresión, no puede dejar de tener en el proceso

aquel puesto que tiene en todas las relaciones de la vida. Pero precisamente se quiere que no se le dé sino aquel lugar que le compete según las condiciones de la vida moderna y según el útil efectivo que puede dar a los juicios” (12). Por ello, a pesar del predominio que tenga el principio de oralidad no es posible admitir un proceso que sea exclusivamente oral o absolutamente verbal sin mezcla alguna de la escritura o vice-versa. A este respecto, Alsina señala que en procedimiento no existen tipos puros; el procedimiento será oral o escrito según que predomine la palabra o la escritura, modalidades que pueden combinarse según lo requiera la naturaleza del juicio y la intención del legislador.

En la Justicia de Paz Letrada el principio de oralidad encuentra su institucionalización en los siguientes artículos: art. 378 del Código de Organización Judicial, que dispone que una vez contestada la demanda y habiendo hechos controvertidos el Juez convocará a las partes a una audiencia de prueba, a la cual deberán los interesados concurrir con todas las pruebas de que intenten valerse; art. 382 que impone al perito la obligatoriedad de pronunciarse en presencia del Juez y de las partes en la citada audiencia; artículos 384, 386 que establecen la facultad del Juez de indagar a los testigos, peritos y aun a las partes sin forma de interrogatorio, dejando constancia de todo lo actuado en las actas respectivas, tras lo cual la causa quedará automáticamente en estado de sentencia.

La oralidad, pues, es el alma de la Justicia de Paz Letrada pues, como se verá más adelante, dicha modalidad conlleva otros principios derivados que se complementan recíprocamente.

B) PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Consecuencia necesaria de la oralidad en el proceso es la inmediación o relación directa que se entabla entre las partes litigantes y el Juez. En efecto, desde el momento en que el Juez, por imposición del sistema procesal, se encuentra obligado a recibir todas las pruebas en una sola audiencia, es decir, oralmente, se entabla entre las partes y el Juzgador una relación directa que la doctrina conoce con

el nombre de principio de inmediación. Dice el maestro Alsina que “el principio de inmediación significa que el Juez debe encontrarse en estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, prefiriendo entre estas las que se encuentran bajo su acción inmediata” (13). La inmediación en el proceso tiene gran importancia no solamente porque favorece la concentración y, por ende, la celeridad del juicio, sino porque permite al Juez apreciar y valorar en forma directa la conducta procesal de las partes y juzgar de su sinceridad. A este respecto, dice nuevamente Alsina que “la experiencia personal del Juez es el principal medio de convicción y solo debe prescindirse de ella cuando el reconocimiento de cosas, lugares o circunstancias no fuere posible, recurriéndose entonces a otros medios delegando la diligencia en otros funcionarios. Pero el principio de inmediación está vinculado con la oralidad, y mal se aviene con nuestro sistema escrito, en que el Juez ni conoce a las partes ni recibe la prueba sino excepcionalmente, porque la ley le permite, en muchos casos, delegar su recepción. Es así como el Juez forma su criterio en base a las constancias de los autos, que por mucha vida que tengan no dan casi nunca la sensación de la realidad” (14).

El procedimiento de la Justicia de Paz Letrada consagra, como vimos, un sistema predominantemente oral, y, en consecuencia, la inmediación constituye una realidad necesaria y forzosa que se impone con todas las ventajas destacadas por la doctrina. Finalmente, entendemos como muy importante mencionar que la Comisión Legislativa del Parlamento Argentino, al fundamentar en su exposición de motivos el procedimiento para la Justicia de Paz Letrada, cuya ley (11.924) fue acogida como modelo por el legislador paraguayo, se refirió en forma expresa al principio de inmediación en el proceso, fruto de la oralidad, diciendo: “el Juez tiene una intervención directa y personalísima en el juicio: oye la prueba, interroga a los testigos y peritos y aun a las partes. Este procedimiento tendrá la ventaja que a despecho de las actuales ficciones del procedimiento escrito el Juez tenga una impresión directa, vivaz, ecuaníme, juzgando de la sinceridad de la prueba traída” (15).

C) PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

El proceso es el vehículo a través del cual se canalizan las pretensiones opuestas y excluyentes de las partes respecto de un mismo bien litigado. En efecto, en presente de un hecho o situación lesiva o negatoria de sus derechos, el afectado o particular ofendido debe recurrir necesariamente al órgano jurisdiccional competente a fin de reclamar y obtener por dicha vía la reparación del daño sufrido o la satisfacción de las pretensiones que le son negadas. En la práctica, ello significa poner en marcha la maquinaria judicial y, en consecuencia, transitar por el sinuoso y muchas veces accidentado camino del proceso judicial que culmina con la resolución o sentencia del Juzgador.

Empero, la sentencia judicial no se dicta sino al final del proceso cuya regulación legal exige un desarrollo obligado a través de diferentes etapas, cada una de las cuales importa un trámite determinado con la correspondiente cuota de inversión de tiempo y otras erogaciones; y es aquí en donde se presenta el aspecto negativo de todo ordenamiento procesal: la pérdida de tiempo que fatal e inexorablemente conlleva todo trámite procesal que, si margina ciertos principios jurídicos, puede prolongarse más allá de ciertos límites y ocasionar, consecuentemente, pérdidas y perjuicios irreparables en los intereses de los justiciables. De ahí la imperiosa necesidad de acortar los procesos y simplificar dichos trámites. En este sentido, Mercader dice: “El proceso necesita de un tiempo para desarrollarse. Esa duración limita sus beneficios. Se trata de un juicio apodíctico, porque no habría medio racional posible que la de adecuar los recursos técnicos que tiendan a neutralizarla. Es este el principal aspecto del viejo problema de la eficacia de la justicia que ha hostigado al legislador de todas las épocas. Sin ingratitud y con fundamentos de tipo objetivo debe reconocerse que las dificultades subsisten y que los resultados continúan siendo escasamente satisfactorios. La sentencia como acto final del proceso, no puede impartirse antes de que este último haya concluido en su desarrollo. Toda relación litigiosa su-

pone un conflicto cuyo origen está en las pretensiones recíprocamente dirigidas hacia un mismo bien que, al excluirse, alteran la paz jurídica. El íter que promedia entre el momento en que el conflicto se plantea y el momento en que la jurisdicción lo compone a través de la cosa juzgada, equivale a una circunstancia disvaliosa que, sin embargo, no puede ser eliminada en la diaria realidad de los hechos. El deseo de recuperar ese tiempo no podría conducir a la mutilación de las etapas procesales, porque, en esa hipótesis, tendría que llegarse al desconocimiento de las garantías de la defensa que constituye el presupuesto existencial del proceso” (16).

La preocupación constante de los legisladores y de la doctrina radica, pues, en la simplificación de los procesos sin menoscabar el correcto debate de la causa ni desconocer el principio de contradicción cuya inexistencia tornaría imposible la cosa juzgada. Esta orientación de la doctrina y de la legislatura que actualmente se encuentra plasmada en casi todos los códigos modernos recibe el nombre de principio de economía.

El concepto de “economía” no implica solamente la correcta administración de las cosas o de los bienes, sino también el ahorro de tiempo, esfuerzo y dinero. La esencia de lo económico radica justamente en obtener el máximo provecho con el menor esfuerzo, principio que ha sido aplicado por los grandes maestros del Derecho Procesal a los procesos judiciales. Así, Caravantes, Chiovenda, Guasp, Couture y otros coinciden en afirmar que la economía procesal consiste en obtener el máximo beneficio de la ley con el mínimo de actividad procesal, de tal suerte a lograr no solamente ahorro de dinero (estampillas, tasas judiciales, sellados, costos de embargos y secuestros, etc.) sino también ahorro de tiempo y esfuerzo a fin de que la Justicia, valor por cuya referencia el Derecho se constituye como tal, llegue a concretarse en el más breve plazo y con el mínimo de erogaciones de todo género. En efecto, el proceso es, como se dijo, un simple medio, un vehículo de las pretensiones de los litigantes que no puede ser de ninguna manera más caro y costoso que el fin que se pretende reivindicar. Si así fuere, el proceso judicial no tendría absolutamente

LA JUSTICIA DE PAZ LETRADA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO PROCESAL

ningún sentido y se extinguirá por simple inanición desde el momento en que nadie recurriría a él como medio de hacer efectivas sus demandas.

El principio de economía procesal, pues, ha sido consagrado por la mayoría de las legislaciones modernas pues casi todas ellas imponen al Juez la obligación de velar porque la tramitación de los procesos sea lo más rápido y económico posible, pudiendo adoptar todas las medidas que estimen conducentes para lograr dicho fin. Disposiciones que traducen dicho principio han sido consagradas, por ejemplo, en el Proyecto Lascano, el de Podetti, Fernández en la Argentina. En este sentido, la Justicia de Paz Letrada es la institución cuyo espíritu se esfuerza desesperadamente en hacer realidad el ideal de la “Justicia pronta y barata”. Es la institución que se encuentra informada más que ninguna otra por el principio de economía procesal que se manifiesta y se proyecta en numerosas disposiciones legales que de una u otra manera tienen por objeto lograr la Celeridad, la Concentración y la Depuración en los procesos.

1. LA CELERIDAD PROCESAL

El primer aspecto a través del cual se manifiesta o se revela la economía procesal es el de la celeridad de los trámites judiciales. La finalidad, como se dijo, es lograr el máximo ahorro de tiempo, esfuerzo y dinero respetando, no obstante, el procedimiento pre-establecido cuyas formas esenciales no deben resultar amenazadas ni menoscabadas. La Justicia de Paz Letrada se caracteriza por su extrema celeridad en la prosecución de los trámites asegurando de esta suerte la reparación y el equilibrio de los derechos afectados como consecuencia del conflicto de intereses en un lapso relativamente breve en contraste con el interminable procedimiento previsto en el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales.

Concretamente, la celeridad está consagrada expresamente en la Justicia de Paz Letrada en el artículo 370 del Código de Organización Judicial (C.O.J.) que dispone la sumariedad del procedimiento,

carácter que se garantiza a través de las siguientes instituciones procesales que son ampliamente demostrativas de la finalidad perseguida:

a) Plazos cortos y abreviados: la Justicia de Paz Letrada, en contraste con el procedimiento ordinario previsto en el C.P.C.C., consagra plazos escuetos y sumamente breves que no exceden de los 10 días en los casos más exagerados. Así, para contestar la demanda y para reconvenir se establece un plazo de 6 días (arts. 374 y 376 del C.O.J.); para dictar sentencia, 10 días (arts. 377 y 389 del C.O.J.); para la fijación de la audiencia de prueba, 10 días (art. 378 del C.O.J.); para la absolución de posiciones en caso de que fuese solicitada en la misma audiencia de prueba, 3 días (art. 386 del C.O.J.); para la intimación de pago, 48 horas (art. 401 del C.O.J.); para oponer excepciones y para contestarlas, tres días (arts. 402 y 403 del C.O.J.); para dictar sentencia en juicio ejecutivo, 48 horas (art. 403 cit.); para fijar la audiencia de prueba en juicio ejecutivo, 5 días (art. 405 del C.O.J.); para convocar a las partes al juicio oral en la demanda de desalojo, 5 días (art. 407 del C.O.J.); para dictar sentencia de desalojo, 48 horas (arts. 408 y 410 del C.O.J.); para presentar escrito de memoria ante el Tribunal de Apelación, 3 días (art. 412 del C.O.J.); para que el Tribunal de Apelación dicte sentencia en todos los casos, 8 días (art. 413 del C.O.J.).

b) Carácter perentorio de los plazos: en la Justicia de Paz Letrada todos los plazos son perentorio e improrrogables (para las partes, art. 395 1a. parte del C.O.J.).

c) Limitación del número de resoluciones que deben notificarse por cédula y establecimiento de la notificación automática, art. 393 C.O.J.

d) Limitación de la prueba en materia de testigos y peritos, arts. 381 y 382 del C.O.J.

e) Limitación de los recursos ante el superior, arts. 390 y 397 del C.O.J.

LA JUSTICIA DE PAZ LETRADA COMO INSTITUCIÓN
JURÍDICA DEL DERECHO PROCESAL

f) Prohibición de suspender las audiencias de prueba, arts. 395, 2a. parte del C.O.J.

g) Supresión de las excepciones de previo y especial pronunciamiento, art. 375 del C.O.J.

h) Obligación de ofrecer y preparar las pruebas con la debida anticipación, art. 380 del C.O.J.

i) Habilitación de horas y días inhábiles, art. 371 del C.O.J.

J) Supresión tácita de las vistas y traslados innecesarios más propios del procedimiento escrito.

Asimismo, la doctrina considera también como factores que favorecen la celeridad en los procesos: a) los intentos de conciliación por parte de los Jueces (art. 379 del C.O.J), pues en caso de que los mismos resultaren fructuosos se hacen innecesarios los trámites del proceso con los consiguientes beneficios que resultan del ahorro de tiempo, esfuerzo y dinero; b) el principio de preclusión, en virtud del cual se protege el avance y progreso irreversibles de los procesos, y c) el principio “perpetuatio jurisdictionis”, por el cual la competencia de los Jueces y Tribunales queda fijada con la demanda, no pudiendo ser posteriormente modificada, salvo que concurren factores que determinen el desplazamiento de la misma. Si la competencia de un Juez pudiera ser modificada aun después de haberse trabado la “Litis contestatio” y desplazada a gusto de las partes, ello implicaría correr un enorme riesgo en la tutela de los derechos particulares pues se introduciría la anarquía y el desorden en el procedimiento judicial.

2. LA CONCENTRACIÓN PROCESAL

Otra aplicación del principio de economía que estamos analizando se manifiesta y se perfecciona a través de la llamada concentración procesal, vale decir, a través de aquella institución jurídica cuya finalidad es reunir, acumular, o concentrar en un solo escrito, en un solo acto, en una sola diligencia el mayor número de actividad procesal y evitar en lo posible el desgaste jurisdiccional.

La concentración ejerce en el proceso un rol principalísimo que se revela claramente en la delicada misión de juzgar y administrar justicia. En efecto, es incuestionable la importancia que tiene para la justicia y para el justiciable que el Juez tenga respecto del proceso que se tramita una visión de conjunto, es decir, una visión totalista de las diferentes diligencias procesales dentro de un marco de coherencia, lógica y sistematización, puesto que dicho enfoque unitario es la condición fundamental para que el magistrado entre en posesión y conocimiento de todos los elementos de juicio que le permitan dictar una sentencia justa y acorde con los principios de legalidad y razonabilidad. Esa visión de conjunto sería imposible si la actividad procesal se dispersase en el tiempo y en el espacio, como sucede frecuentemente con el interminable procedimiento escrito y cuando los jueces delegan constantemente funciones que por su naturaleza deben ser ejercitadas personalmente por ellos mismos. En este sentido, la concentración busca, como dice Eisner, “asegurar la unidad y la atracción de los materiales de conocimiento en un haz o conjunto prieto y sistemático de más fácil confrontación” (17).

El principio de concentración procesal encuentra un campo fértil de aplicación en los juicios orales o por lo menos en aquellos predominantemente orales. También puede ser aplicado en el procedimiento escrito aunque con ciertos reparos, pues, como acertadamente señala Alsina, el proceso escrito “es una negación del principio, porque se diluye en traslados e incidentes que complican y prolongan el proceso. Solo encontramos una aplicación, por cierto bien reducida, en los juicios especiales, y, sobre todo en los juicios de menor cuantía ante la Justicia de Paz, donde, según la intención del legislador, todo el proceso debiera concentrarse en una sola audiencia” (18).

La Justicia de Paz Letrada, creada por el Código de Organización Judicial (C.O.J), consagra en sus normas procesales el principio de concentración a través de las siguientes disposiciones:

a) Exigencia de acompañar con la demanda y con la contestación todos los documentos que guarden relación con dichas presentaciones, arts. 372, 375 y 376 del C.O.J.

LA JUSTICIA DE PAZ LETRADA COMO INSTITUCIÓN
JURÍDICA DEL DERECHO PROCESAL

b) Exigencia de proponer en un solo escrito al contestar la demanda todas las excepciones o defensas que tuviere el demandado, art. 375 del C.O.J.

c) Exigencia de producir toda la prueba en una sola audiencia, arts. 378 y 380 del C.O.J.

d) Aproximación temporal y en un solo acto de todas las diligencias que no fueren incompatibles, art. 385 del C.O.J.

e) Unificación de la intimación de pago y de la citación de remate en un solo acto procesal, arts. 401 y 402 del C.O.J.

f) Exigencia de contestar la demanda y de oponer todas las defensas en el juicio oral previsto en la demanda de desalojo, art. 407 y sgtes. del C.O.J.

g) Acumulación de acciones y procesos, arts. 75 del C.P.C.C. de aplicación supletoria.

Se orienta también en el sentido de la concentración procesal las instituciones del fuero de atracción en los juicios universales y los casos de conexidad cuando dos o más juicios están vinculados entre sí por elementos comunes que exigen la acumulación a fin de evitar que se divida la continencia de la causa, fenómeno que ocurriría si los juicios conexos fueran tramitados y resueltos separadamente.

La concentración de los trámites procesales incide favorablemente en la celeridad del proceso y, consecuentemente, en la economía del mismo; de ahí la tendencia de los códigos modernos de imponer al Juez la obligación de concentrar en lo posible la actividad procesal para lo cual se le conceden facultades especiales tendientes a eliminar de dichos trámites todos los elementos perturbadores que pudieran obstruir o dificultar el correcto y eficaz desenvolvimiento del juicio, tema que será analizado en el tópico siguiente.

3. LA DEPURACIÓN DEL PROCESO

La experiencia ha demostrado de una manera incontrovertible que durante la tramitación de un proceso pueden presentarse con

mucha frecuencia situaciones heterogéneas que no solamente dilatan y entorpecen la prosecución del juicio, sino que a causa de ello alejan en el tiempo el pronunciamiento judicial, con el consiguiente perjuicio para el justiciable.

Tales situaciones pueden provenir de la misma ley, cuando consagra un procedimiento largo y engorroso, formalista y formulista, como también de las partes litigantes quienes hacen frecuentemente gala de un temperamento obstruccionista al promover inexcusablemente incidencias dilatorias, solicitar diligencias improcedentes o interponer los recursos infundada y discrecionalmente. Es evidente que un proceso que se encuentra afectado por estos vicios muchas veces inevitables del litigio, difícilmente podrá cumplir a cabalidad con su misión de restablecer el derecho de las partes. Al contrario, cuando llega a pronunciarse el fallo la obstrucción y la dilación procesal ya han irrogado a los interesados una considerable erogación no solamente de dinero, sino de tiempo y esfuerzo, sin contar con las molestias y la zozobra que estas situaciones anómalas producen en el ánimo de muchas personas de buena fe. Por ello, es verdaderamente imperativo que la legislación consagre disposiciones que hagan posible la purificación de los juicios a fin de que puedan ser desembarazados de todos aquellos elementos perturbadores que lo obstaculizan y que impiden el cumplimiento de su finalidad natural, cual es el ser vehículo del Derecho y la Justicia. Las legislaciones modernas otorgan a sus Jueces las más amplias facultades para que los mismos puedan depurar el proceso de los vicios que le caracterizan. El principio de depuración, conocido también con el nombre de expurgación o saneamiento constituye, por ello, una institución del Derecho Procesal moderno sin el cual el proceso quedaría librado al arbitrio de los malos litigantes y desvirtuado en su esencia y finalidad.

La Justicia de Paz Letrada, cuyo procedimiento se caracteriza por la brevedad y sumariedad de sus trámites, es consecuente con los principio de oralidad, inmediación y especialmente de economía pro-

LA JUSTICIA DE PAZ LETRADA COMO INSTITUCIÓN
JURÍDICA DEL DERECHO PROCESAL

cesal pues su espíritu no ha olvidado consagrar disposiciones tendientes a la purificación de los procesos: Si así no fuere se despojaría a dicha institución de las defensas destinadas a proteger el espíritu que le informa y surgiría el peligro de transformarla en un juicio ordinario con todos los reparos que este puede acarrear. El principio de depuración procesal se halla previsto en las siguientes disposiciones legales:

a) Facultad de ordenar a las partes las debidas aclaraciones cuando la competencia fuese dudosa, art. 366 del C.O.J. y art. 76 “in fine” del C.P.C.C. de aplicación supletoria.

b) Facultad del Juez de rechazar la demanda de oficio por incompetencia, art. 4 del C.P.C.C. de aplicación supletoria.

c) Facultad del Juez de rechazar la demanda de oficio por violación de las formas previstas en la ley, art. 272 del C.O.J.

d) Facultad del Juez de no dar curso a la demanda por omitirse la constitución del domicilio especial, arts. 391 y 392 del C.O.J.

e) Facultad del Juez de no dar curso a los escritos que no cuenten con patrocinio de abogado o cuando este no acreditare suficientemente la representación, arts. 87 y 88 del C.O.J.; arts. 14 y 15 del C.P.C.C. de aplicación supletoria.

f) Facultad del Juez de rechazar la producción de pruebas inadmisibles, impertinentes o innecesarias, arts. 385 y 387 del C.O.J.

g) Facultad del Juzgado de ordenar la devolución de los escritos que contengan peticiones notoriamente improcedentes, art. 396 del C.O.J.

h) Facultad tácita de rechazar sin substanciación los incidentes cuya improcedencia fuere visible.

De la enunciación mencionada surge con entera claridad la intención que el legislador ha tenido al sancionar dichas disposiciones, todas ellas con la finalidad de eliminar los entorpecimientos, obs-

táculos, dificultades y escollos que puedan eventualmente presentarse en los procesos, independientemente de la buena o mala fe de los litigantes.

Empero, dichas disposiciones no podrían ser llevadas a la práctica si no se consagrasen al mismo tiempo las facultades disciplinarias por medio de las cuales el Juez hace cumplir sus disposiciones e impone el orden, el respeto y el decoro en todos y cada uno de los trámites judiciales. Vale decir, el principio de saneamiento o depuración se proyecta también en el poder disciplinario o de moralización pues este último tiene también por finalidad favorecer la economía procesal. El Código de Organización Judicial contempla en el artículo 367 las facultades disciplinarias inherentes al poder jurisdiccional del Juez de Paz Letrado para imponer arrestos, multas o apercibimientos a las partes, sus abogados o procuradores, o a cualquier persona por las faltas cometidas en las audiencias, escritos y demás procedimientos cuando afecten al respeto y a la consideración por razón de su investidura les son debidos.

Sintetizando, podemos concluir diciendo que la Justicia de Paz Letrada consagra su procedimiento fundado en los principios de oralidad, inmediación y economía procesales, destinados a lograr la sentencia y la cosa juzgada en el menor espacio de tiempo posible, con el menor esfuerzo procesal y con el mínimo de erogaciones fiscales. La experiencia argentina, no obstante, no parece haber sido satisfactoria, puesto que en la práctica se multiplicaron los traslados, las vistas, las suspensiones y prórrogas de las audiencias de prueba, etc. Que provocaron inevitablemente las dilaciones y el alargamiento de los trámites que justamente se pretendía erradicar. Sin embargo, a este respecto dice Alsina que "...el fracaso no se debe al sistema sino a la defectuosa regulación, tanto de la estructura del tribunal como del procedimiento, y, en mucha parte, a la influencia de la tradición" (19). Entendemos, empero, que si los Jueces de Paz Letrados, cuya capacidad debe darse por descontada, interpretan a la institución según el espíritu de la misma basado en la brevedad, sumariedad, ce-

LA JUSTICIA DE PAZ LETRADA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO PROCESAL

leridad, concentración y economía, dichas dilaciones, fracasos y frustraciones no tendrán cabida en el ámbito de nuestro sistema procesal y forense.

CAUSAS Y FINALIDAD DE LA JUSTICIA DE PAZ LETRADA

La institución de la Justicia de Paz Letrada no ha surgido a la vida jurídica por un simple capricho legislativo, sino a raíz de causas bien definidas que fueron detectadas por los codificadores a través del tiempo.

Hasta el momento de su creación la justicia procesal se canalizaba única y exclusivamente a través de la Justicia de Paz Lega (asuntos de mínima cuantía) y de la Justicia de Primera Instancia en los diferentes fueros. Es sabido que la Justicia de Paz Lega entendía hasta un máximo de 5.000 G, pues en caso de que el monto del juicio excediera dicha suma la competencia era ejercida por los Jueces de Primera Instancia, de donde resulta que hasta hace poco tiempo esta Justicia entendía en un inmenso número de demandas, muchas de ellas de cuantía menor que inundaban los juzgados y que recargaban de trabajo excesivo a los Juzgadores.

Este recargo de la función judicial dificultaba enormemente el normal procedimiento de otros juicios de mayor importancia económica a la vez que psicológicamente relegaba a un lugar secundario a los juicios menores. Por ello, surgió la necesidad de canalizar los citados juicios a través de un medio procesal más corto y rápido y aliviar así la labor jurisdiccional de los magistrados de Primera Instancia. En ocasión de la sesión parlamentaria respectiva en la Cámara de Diputados, el Pte. De la Comisión Redactora, Dr. Luís M. Argaña, expuso los fundamentos y las causas de la creación de la Justicia de Paz Letrada con estas palabras: “De acuerdo al informe de la Corte Suprema de Justicia, de la Asociación de Magistrados Judiciales y del Colegio de Abogados del Paraguay, el 80% de los asuntos que se tramitan en los Juzgados de Primera Instancia son asuntos de menor cuantía; llevan tanto tiempo como los asuntos grandes e importantes

e implica un recargo tan grave, un recargo tan fuerte y pesado sobre los hombros de nuestros Jueces que va en menoscabo...no de la capacidad, sino de los resultados de las sentencias judiciales, porque Jueces de Primera Instancia tienen un trabajo excesivo. Entonces resolvimos la Justicia de Paz Letrada como un tipo de justicia de primera instancia para asunto de menor cuantía, que en este proyecto de ley queda reducido a 300 jornales mínimo legal, que son aproximadamente 240.000 G, (actualmente 299.100 G), que es lo que abarca esta cifra de 80% de juicios que se tramitan principalmente en primera instancia por cobro de venta de mercaderías menores, venta a plazos, de artículos del hogar, que constantemente están motivando pequeños juicios ejecutivos y distrayendo la atención de los jueces de primera instancia de cuestiones fundamentales” (20).

Por su parte, el Diputado Luís Martínez Miltos manifestó en la misma sesión parlamentaria que “la Justicia de Paz Letrada es una sentida necesidad para descongestionar la administración de justicia en lo civil y comercial, abrumada por la creciente acumulación de asuntos de menor cuantía, dado el aumento de la población, del nivel económico y de las transacciones comerciales del país” (21). Análogas razones expreso el Senador Raúl Sapena Pastor en la Cámara respectiva: “Se espera que con esta creación se disminuirá notablemente el número de juicios en los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil y Comercial” (22). Así, pues, vemos que la Justicia de Paz Letrada surgió como consecuencia de una situación fáctica que dificultaba sensiblemente la labor jurisdiccional de los magistrados: el recargo de trabajo que provenía principalmente de los juicios de menor cuantía que debían tramitarse por el mismo procedimiento que los de mayor importancia económica lo que hacía interminable y difícil la labor del Juzgador. Consecuentemente, la finalidad de la institución creada consistía en aliviar y descongestionar a dicha instancia de los juicios menores para lo cual se estableció un procedimiento especial, breve y sumario capaz de llegar al pronunciamiento judicial en el tiempo más corto posible.

LA JUSTICIA DE PAZ LETRADA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO PROCESAL

Es evidente, sin embargo, que no constituye misión ni finalidad de la Justicia de Paz Letrada solucionar enteramente los problemas jurídicos que pudieran existir en la administración de justicia; ello requeriría una reforma total de la estructura del Poder Judicial y de la legislación vigente en su aspecto procesal, lo que exigiría el despliegue de toda una política judicial que excedería infinitamente la finalidad que se tuvo en mente al decidir la creación de la Justicia de Paz Letrada. Por otra parte, debe tenerse muy en cuenta que la institución es nueva, no existe a su respecto experiencia ni jurisprudencia orientadora. Ello significa que en la práctica se producirán equivocaciones, se descubrirán muchas lagunas y aparecerán contradicciones que deberán ser salvadas únicamente con una buena hermenéutica procesal, una buena estructuración de dicho fuero y, eventualmente, con posteriores reformas legislativas. Pero, de todos modos, la Justicia de Paz Letrada constituye por su sola existencia un esfuerzo inicialmente legislativo que será acompañado por el tesón judicial para mejorar la administración de justicia y lograr lo que el Presidente de la Comisión de Diputados dijo: “Que la Justicia de Paz Letrada sea realmente lo que hemos tenido en mente los legisladores, es decir, una justicia pronta y barata, que se pueda substanciar en el mismo lugar de su jurisdicción” (23).

IMPORTANCIA DE LA JUSTICIA DE PAZ LETRADA

Dada su especial estructura procesal y teniendo en cuenta los principios que la informan, la Justicia de Paz Letrada revela su importancia institucional a través de tres aspectos bien definidos: jurídico, social y moral.

A) Importancia Jurídica: La Justicia de Paz Letrada constituye, como se dijo, una innovación en nuestro sistema jurídico-procesal marcado por el peso de la tradición escrita pues por su naturaleza especial se convierte en una institución pionera destinada a poner en práctica efectiva la oralidad en el proceso con sus consiguientes beneficios traducidos en la intermediación, concentración y celeridad procesales. Según sea el resultado de la experiencia con la Justicia de

Paz Letrada puede ella erigirse en modelo de inspiración para que dicho principio, la oralidad, se aplique paulatina y gradualmente en el procedimiento reservado a los asuntos mayores y liberarlos así de los meandros jurídicos de una legislación formalista y formulista que, por ello mismo, es caldo de cultivo para toda clase de incidentes que dilatan y retardan los procesos con perjuicios inmensos a los intereses de los justiciables. Así, pues, la Justicia de Paz Letrada no solamente enriquece el ordenamiento jurídico nacional, sino que prepara el campo para un mayor perfeccionamiento del Derecho Procesal en nuestro país.

B) Importancia social: Alejandro Kamenecky, al referirse a la ley argentina N° 11.924/34 que fue tomada como modelo de inspiración por el legislador paraguayo para la creación de la Justicia de Paz Letra, dijo: “La ley 11.924 se dirigió a tutelar los intereses de las clases económicamente no privilegiadas pero más numerosas en la sociedad” (24), de donde resulta que la institución tiene igualmente en nuestro país una indudable importancia social por su proyección al proteger los intereses particulares de menor cuantía.

En efecto, es sabido que una gran cantidad de juicios menores de 200 o 300 mil guaraníes son promovidos por personas de escasos recursos, para quienes dichas sumas constituyen un importante emolumento de vida que por esta misma causa debe efectivizarse en el menor tiempo posible. En estas circunstancias se encuentran particularmente los trabajadores obreros que han sido motivo de preocupación por parte de los legisladores. Efectivamente, los parlamentarios, al decidir la creación de los Agentes Fiscales de la Justicia de Paz Letrada, dijeron: “...ello evidentemente implicará un gasto superior al Presupuesto General de Gastos de la Nación, pero también, evidentemente, mejorará la administración de la Justicia en la parte que afecta precisamente a los pobres, a las gentes de menores recursos que debe ser preocupación también de esta Cámara. Sabemos que un litigio de poca monta golpea mucho más al hambre y el dolor de las personas de pocos recursos porque muchas veces depende de ese

LA JUSTICIA DE PAZ LETRADA COMO INSTITUCIÓN
JURÍDICA DEL DERECHO PROCESAL

juicio para la subsistencia del mismo” (25). La Justicia de Paz Letrada, pues, tiene la proyección social querida por el legislador al velar por los intereses de un porcentaje mayoritario de la población, obreros y trabajadores asalariados, quienes constituyen la infraestructura del progreso del país.

B) Importancia moral: Después de todo lo dicho surge en forma incuestionable el fondo moral de la Justicia de Paz Letrada. El derecho, por definición, no es Derecho sino por referencia al valor supremo y esencial de la Justicia. Cuanto más rápido se realice y se concrete dicho valor en el campo de la realidad, más valor moral tendrá el instrumento que lo sirve de mediación. En este sentido, la Justicia de Paz Letrada adquiere especial mérito moral por cuanto toda su estructura está interpenetrada por aquellos principios de oralidad, inmediación y economía procesal cuya finalidad, como lo vimos, es lograr el pronunciamiento judicial en el menor plazo posible y con el mínimo de esfuerzo, erogación o desgaste jurisdiccional. La Justicia de Paz Letrada, como lo destacamos, está destinada como ninguna otra a hacer realidad el ideal de la justicia pronta y barata, y es por ello por lo que su creación se justifica no solamente desde el punto de vista jurídico sino desde el punto de vista moral, pues no es el hombre para el Derecho, sino el Derecho para el hombre.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Hugo Alsina, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. I. Bs Aires, 1941, pg. 410.

2. Alejandro Kamenecky, “El Ocaso de la Justicia de Paz en la Capital Federal. La reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17.454) a la Justicia de Paz de la Capital Federal (ley 11.924)”;

Revista Jurídica Argentina La Ley, T. 146, Bs. Aires, 1972, Sec. Doct., pg. 823.

3. Alejandro Kamenecky, art. Cit., pg. 837.

4. Enrique Rivarola, “Justicia de Paz y Equidad”, Jurisprudencia Argentina, Bs. Aires, 1943, IV, Sec. Doct. Pg. 48.

5. Enrique Rivarola, Art. cit., pg. 49.
6. Miguel Echegaray, “Necesidad de una reforma integral de la ley 11.924”, Jurisprudencia Argentina, 1956, II, Bs. Aires, Sec. Doct. Pg. 70.
7. Alejandro Kamenecky, Art. cit., pg. 830.
8. Del discurso pronunciado por el Diputado Dr. Luis María Argaña. Cámara de Diputados de la Nación; Diario de Sesiones de fecha 25 de septiembre de 1980, N° 24, pg. 11.
9. Del discurso del Dr. Luís María Argaña. Cámara de Diputados de la Nación; Diario de Sesiones de fecha 25 de septiembre de 1980, N° 24, pg. 11.
10. Una estadística demuestra que en Austria los procesos civiles se resuelven en la siguiente proporción: 45% en un mes, 35% en tres meses; 15% en seis meses; 5% en más de seis meses y, entre estos, 1% en un año (Nota de pie de página de Hugo Alsina, op. Cit., pg. 82).
11. Hugo Alsina, op. cit., pg. 82.
12. Citado por Julio Nieto Romero, “Oralidad en el proceso Civil”, Revista Jurídica Argentina La ley; T. 117, Bs. Aires, 1965, Sec. Doct. Pg. 883.
13. Hugo Alsina, op. cit., pg. 267.
14. Hugo Alsina, op. cit., pg. 267.
15. Alejandro Kamenecky, Art. cit., pg. 830.
16. Citado por Isidro Eisner, “Economía Procesal”, Revista Jurídica Argentina La ley, T. 146, Bs. Aires, 1972, Sec. Doct., pg. 882.
17. Isidro Einer, op. cit., pg. 883.
18. Hugo Alsina, op. cit., pg. 268.
19. Hugo Alsina, op. cit., pg. 82.

LA JUSTICIA DE PAZ LETRADA COMO INSTITUCIÓN
JURÍDICA DEL DERECHO PROCESAL

20. Del discurso pronunciado por el Diputado Dr. Luís M. Argaña. Cámara de Diputados de la Nación. Diario de Sesiones de fecha 25 de septiembre de 1980, N° 24, pg. 10.

21. Del discurso del Diputado Dr. Luís Martínez Miltos. Cámara de Diputados de la Nación. Diario de Sesiones de fecha 25 de septiembre de 1980, N° 24, pgs. 14 y 15.

22. Del discurso pronunciado por el Senador Dr. Raúl Sapena Pastor. Cámara de Senadores. Diario de Sesiones de fecha 5 de noviembre de 1981, N° 21, pg. 27.

23. Del discurso del Diputado Dr. Luis M. Argaña. Cámara de Diputados de la Nación. Diario de Sesiones de fecha 16 de septiembre de 1982, N° 21, pg. 13.

24. Alejandro Kamenecky, Art. cit. Pg. 831.

25. Del discurso pronunciado por el Diputado Dr. Luis M. Argaña. Cámara de Diputados de la Nación. Diario de Sesiones de fecha 16 de septiembre de 1982, N° 21, pg. 14.



La hipoteca eventual y el Principio de Especialidad: Inexistencia de la hipoteca flotante

Abg. Roberto Ruiz Díaz Labrano¹

En materia de hipotecas existen criterios doctrinales que se manifiestan en gran medida acordes en cuanto a los principios que sustentan la existencia y los efectos de una hipoteca. En nuestro medio, debido quizás a la situación económica que afecta no solo a nuestro país, ha cobrado un importante interés el determinar la aplicación y respeto observados de estos principios en la jurisprudencia que hasta la fecha se ha demostrado excesivamente maleable, dejando muchas veces al deudor y al acreedor en la incógnita de cual será el camino correcto en la invocación del derecho, así como el alcance de la obligación y a los profesionales abogados sin saber cual es la orientación procesal adecuada.

Esta duda ha sido acentuada desde el momento en que ha aparecido alguna nueva terminología que requiere de urgente precisión, por lo mismo de que carece de antecedentes doctrinarios y anteriores en nuestro medio, tampoco hemos pedido encontrarla en los autores argentinos ni en la doctrina Europea. Esta curiosidad ha sido el principal móvil para realizar este breve análisis, que, por supuesto, no agota la preocupación sino intenta ser un simple aporte esperando sea enriquecido por otros similares y de mayor profundidad.

Pareciera innecesario repetir que conforme al Art. 3108 del Código Civil “la HIPOTECA es el DERECHO REAL constituido en SE-

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-1984.

GURIDAD DE UN CRÉDITO EN DINERO, SOBRE BIENES INMUEBLES, que continúan en poder del deudor”; lo transcribimos solo a objeto de facilitar este estudio.

Cuando hablamos de CRÉDITO – HIPOTECARIO, para nosotros, nos estamos refiriendo a conceptos jurídicos diferentes y a la vez complementarios, por lo mismo que la naturaleza de uno, “EL CRÉDITO”, es diferente a la de “LA HIPOTECA”. El primero es la OBLIGACIÓN PRINCIPAL, que puede tratarse inclusive de una obligación natural, es esencialmente personal, el segundo es una OBLIGACIÓN ACCESORIA y es un derecho real establecido en garantía del primero, sigue la suerte de este y es esencialmente formal y solemne.

Bien, el Art. 3109 del Código Civil establece: “No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, POR UNA SUMA DE DINERO TAMBIÉN CIERTA Y DETERMINADA. Si el crédito es condicional o indeterminado en su valor, o si la obligación es eventual, o si ella consiste en hacer o no hacer, o si tiene por objeto prestaciones en especie, BASTA QUE SE DECLARE EL VALOR ESTIMATIVO EN EL ACTO CONSTITUTIVO DE LA HIPOTECA”.

Este artículo del Código exige pues:

a) Una clara determinación del inmueble objeto de la hipoteca, y también:

b) Una SUMA DE DINERO TAMBIÉN CIERTA Y DETERMINADA.

Ambas exigencias engloban el PRINCIPIO CONOCIDO EN MATERIA HIPOTECARIA COMO EL DE LA ESPECIALIDAD, obviamos, por no pertenecer al interés de este trabajo lo relativo al objeto de la hipoteca y pasamos al análisis de la segunda exigencia relacionada con el principio enunciado.

LA HIPOTECA EVENTUAL Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD:
INEXISTENCIA DE LA HIPOTECA FLOTANTE

Los autores FRANCESES sostienen: Aubry y Rau²: “La especialidad de la hipoteca en lo que concierne al crédito, exige que se enuncie de una manera precisa la suma a la que se eleva —en principal y accesorio— el crédito por seguridad del cual se toma”; Troplong³ “Como la hipoteca tiene por causa una suma de dinero que ella garantiza es necesario que esta causa sea exactamente expresada en el acto. En efecto, en el acto se deben encontrar todos los elementos de la inscripción que debe hacer conocer a los terceros la posición del deudor. La ley ha sido consecuente consigo misma al exigir que el acto contenga una enunciación exacta de las sumas para la seguridad de las cuales la hipoteca ha sido consentida”; Mazeaud⁴: “Las hipotecas son especiales según los créditos garantizados cuando garanticen una deuda determinada por oposición a las generales que garantizan todas las deudas presentes y futuras del deudor respecto del acreedor. La individualización del crédito supone no solo su importe si está determinado, sino su causa; en efecto, es importante que los terceros sean informados exactamente acerca de la causa del crédito garantizado, cuya nulidad tienen interés en demandar”; Marty⁵: “Si un acreedor pudiese obtener una hipoteca no solamente por todos los créditos de que es titular sino también por todos los que pudiera adquirir en contra del mismo deudor, el crédito del mismo deudor, el crédito de este último quedaría arruinado de un golpe; no sabiendo los terceros hasta la concurrencia de que suma responden sus bienes se negarían a prestar. Por ello la ley exige una especialización precisa del crédito garantizado. El crédito se individualiza indicando la

² AUBRY C et RAU C. Cours de Droit Civil Francais 4ta. Ed. Paris 1.896 t. III pág. 338.

³ TROPLONG, M. Droit Civil expliqué; des privileges et hypotheques, 5ta. Ed. Paris, 1.854, t. II, pág. 319.

⁴ MAZEAUD, HENRY y LEON, Y MAZEAUD JEAN: Lecciones de derecho civil traducción de Luís Alcalá y Castillo Bs.As. 1.978, t. III.

⁵ MARTY G. Derecho Civil, garantías accesorias, Edic. traducida 1.952, nota 105, págs. 11 a 133.

causa del mismo y su monto; Baudry Lacantinerie⁶: “La especialidad en cuanto al crédito consiste en la indicación especial del crédito para la seguridad del cual la hipoteca se constituye; se prohíbe que un deudor consienta hipoteca por todas sus deudas en general respecto de una persona determinada sin otra precisión, o por las contraídas y que contraerá en un plazo determinado. En una palabra, es necesario individualizar el crédito para seguridad del cual se consiente la hipoteca”.

En cuanto a los autores ARGENTINOS podemos citar: CAMMAROTA⁷: “La hipoteca es especial en cuanto al crédito pues el monto de la deuda o si se quiere del crédito garantizado con hipoteca debe expresarse siempre numéricamente. La suma de dinero cierta y determinada es la indicación especial del crédito que frente a los terceros denotará en qué medida numérica deben respetarse los derechos del acreedor. Cualquiera que sea el crédito debe traducirse en suma de dinero porque es el único arbitrio que permite determinar en el acto constitutivo de la hipoteca qué suma ella garantiza”; SALVAT⁸: “La hipoteca debe constituirse en garantía y seguridad de un crédito concretamente determinado. La hipoteca no podría constituirse para garantizar todas las obligaciones pendiente o todas las que el deudor pueda contraer a favor de determinada persona; es necesario que la deuda sea concretada en una suma cierta y determinada”; BORDA⁹: “Se entiende por especialidad de la hipoteca el principio que exige que la hipoteca se constituya por una suma de dinero cierta y determinada”; LAFAILLE¹⁰: “Bajo el título de especialidad

⁶ BAUDRY-LACANTINERIE, G. y de LOYNES, P.: *Taité Tehorique et pratique de droit civil, du nantissement, des privileges & hypotheques et de l'expropriation forcé*, Paris 1.896, nota 35, t. II, Pág. 429 y 457.

⁷ CAMMAROTA, ANTONIO: *Tratado de Derecho Hipotecario*, 2a. ed. Bs.As. 1.975, p. 88 a 91.

⁸ SALVAT, RAYMUNDO: *Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales*, Bs.As. 1.962, t. IV, pág. 116 y 118 a 120.

⁹ BORDA, GUILLERMO: *Tratado de Derecho civil, Derechos Reales*, Bs. As. 1.975, t. II, pág. 230 y 258.

¹⁰ LAFAILLE, HÉCTOR: *Tratado de Derechos Reales*, Bs.As. 1.943, t. II, pág. 82.

LA HIPOTECA EVENTUAL Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD:
INEXISTENCIA DE LA HIPOTECA FLOTANTE

dice que en el derecho moderno tocante al crédito que se trata de asegurar es necesario individualizarlo cuidadosamente, tanto para que sea conocida y publicada la afectación, como con el propósito de fijar inequívocamente el privilegio frente a los demás acreedores. La voluntad del legislador es positiva para reducir el “sujeto” de la hipoteca a una suma de dinero”; COLOMBO¹¹: “No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada, art. 3109. La nulidad resultante del defecto de especialidad de una constitución hipotecaria, puede ser opuesta tanto por terceros como por el deudor mismo. El acto no es confirmable y el defecto solo puede subsanarse mediante la constitución de una nueva hipoteca. El principio de la especialidad tiene un doble fin: tutelar al deudor, para que no se vea privado de una sola vez de todo su posible crédito, para que se sepa hasta dónde alcanza su responsabilidad; asimismo, para proteger a los terceros, permitiéndoles conocer cuál es el máximo de gravámenes que afectan al inmueble que constituye el objeto de la garantía hipotecaria”.

Estas citas prácticamente eximen de cualquier abundamiento sobre la especialidad en relación al crédito, demuestran sobradamente la importancia de mantener y respetar el principio.

¿Es posible entonces establecer HIPOTECAS EVENTUALES Y CONDICIONALES sin afectar la especialidad? Lo admite el propio Código Civil expresamente hasta con cierta redundancia dado que una hipoteca eventual será siempre condicional, pero ante lo que pareciera el rompimiento del principio de especialidad del crédito, bien analizado, esta parte del Art. 3109 robustece la necesidad de clara determinación del monto en el momento constitutivo de la hipoteca. En efecto, el crédito hipotecario debe establecer claramente el TOPE o LÍMITE de la obligación sea esta actual o futura, la falta de ello acarrearía la nulidad de la hipoteca.

¹¹ COLOMBO, CARLOS J.: Ejecución Hipotecaria, Edit. Abeledo Perrot, Bs.As. 1.974, pág. 23.

Hasta aquí pareciera no existir mayor razón de alarma ni mayores dudas, pero a partir de la puesta en práctica por los notarios y algunas interpretaciones jurisprudenciales de lo que se debe entender por hipoteca eventual se ha bordeado cuando no derogado lo dispuesto y querido por la ley.

Sin duda, la necesidad de salvaguardar lo más posible el crédito ha vuelto práctica casi corriente la inserción en los contratos hipotecarios de cláusulas que pretenden extender los efectos de la hipoteca mucho más allá de lo posible y permitido por el Código Civil, resintiendo de esta forma el principio de especialidad cuya importancia creemos se encuentra demostrada.

Puede efectivamente apreciarse que la mayoría de los CRÉDITOS HIPOTECARIOS son otorgados sobre la base de una doble instrumentación: el contrato hipotecario y los pagarés hipotecarios*¹², estableciendo el MONTO EN DINERO DEL CRÉDITO GARANTIZADO, generalmente sobre el TOPE o LÍMITE del valor del inmueble objeto de la hipoteca, todo lo cual se enuncia en el acto constitutivo, pero además se establece que el inmueble gravado: “GARANTIZA TODAS LAS OPERACIONES FUTURAS” del deudor con el acreedor. El análisis que pretendemos esbozar es en qué medida esta cláusula podría tener aceptación frente a las disposiciones del Código Civil y cómo queda el principio enunciado frente a las mismas.

Nuestra preocupación en torno al problema que nos ocupa sube de punto cuando últimamente ha aparecido en nuestro medio –con extraña secuencia- una terminología que no conoce de antecedentes, la de “HIPOTECA FLOTANTE”, y que en una lógica imprecisión DE UNA INNOVACIÓN SIN FUENTE DOCTRINARIA NI BASE JURÍDICA pretende confundirse con la HIPOTECA EVENTUAL creando una serie de zozobras entre los profesionales que ven aparecer así una FIGURA INDETERMINADA Y AMORFA EN EL ÁMBITO JURÍDICO.

¹² Solo son pagarés hipotecarios los que llevan los requisitos exigidos por el Art. 3202 del Cód. Civil.

LA HIPOTECA EVENTUAL Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD:
INEXISTENCIA DE LA HIPOTECA FLOTANTE

La terminología empleada “HIPOTECA –FLOTANTE” es realmente lo más antijurídico y lo más opuesto al principio de la especialidad que se puede hallar, este último requiere FIJEZA, CLARA DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA O A GARANTIZAR, aquella –la flotante- pretende: RONDAR SOBRE EL PATRIMONIO DEL DEUDOR INDETERMINADAMENTE EN CUANTO AL MONTO Y EN CUANTO AL TIEMPO para aterrizar sobre el patrimonio del deudor cuando así conviniere a los exclusivos intereses del acreedor”. Nuestra preocupación nos ha llevado a hurgar en los fallos producidos en los últimos años y hemos podido apreciar que la fuente de esta “NUEVA HIPOTECA”, si se la puede llamar así, se envuelve en las situaciones donde se ha sobrepasado el ámbito del Art. 3109 y donde ha sido soslayada LA ESPECIALIDAD EN CUANTO AL CRÉDITO.

El hecho de que se tome en consideración la inexistencia de tal hipoteca no elimina el problema, puesto que la terminología puede adecuarse, disfrazando con otra denominación el mismo equívoco, se hace de por tanto perentorio determinar lo QUE DEBE ENTENDERSE POR HIPOTECA –EVENTUAL.

BORDA¹³: “La hipoteca no solo puede constituirse en garantía de créditos eventuales (3153), es decir, de créditos que no tienen existencia actual, pero que pueden llegar eventualmente a existir. Para que la hipoteca sea válida es indispensable que se declare el valor estimativo del crédito en el acto constitutivo (Art. 3109)”.

I.HIGHTON¹⁴: “Si bien la obligación es futura, la hipoteca no lo es. La obligación a que accede la hipoteca está determinada en sus elementos, de modo tal que cuando nazca no habrá posibilidad alguna de confusión o de sustitución de la obligación garantizada por otra en perjuicio del deudor o de otros acreedores”.

¹³ BORDA, GUILLERMO: Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, t. II Bs.As. 1.975, pág. 286, nota 1.214.

¹⁴ HIGHTON I., ELENA: Hipoteca: La especialidad en cuanto al crédito, Bs.As. 1.981, pág. 144, nota 184.

Para varios autores las hipotecas eventuales no son otras que las sometidas a condición suspensiva, para otros en realidad son créditos futuros para los cuales se establece una garantía, especificando el monto límite.

Se trata por tanto de CRÉDITOS FUTUROS, es decir una obligación personal que puede o no existir, pero lo que no puede dejar de existir es el monto TOPE o LÍMITE sobre el cual se establece esta hipoteca-eventual, esta especificación importa no solo a las partes sino a los terceros interesados como hemos visto.

El Art. 3131 del Código Civil en su apartado 4º. exige que el acto constitutivo de la hipoteca contenga: “LA CANTIDAD CIERTA DE LA DEUDA” y el Art. 3152 dice: “La hipoteca GARANTIZA TANTO EL PRINCIPAL DEL CRÉDITO, como los intereses que corren desde su constitución, si estuvieren determinados en la obligación al constituirse la hipoteca por un crédito anterior, los intereses atrasados, si los hubiere, deben liquidarse y designarse en suma cierta. La indicación de que la hipoteca comprende los intereses atrasados, sin designación de su importancia, ES SIN EFECTO ALGUNO”.

Estos dos artículos del Código Civil concordantes con el Art. 3109 demuestran que la suma o monto del crédito SIEMPRE DEBE ESTAR DETERMINADO; no es posible admitir cláusulas ambiguas, ni hablar de operaciones futuras y eventuales sin estar fijado el límite en el acto constitutivo como pretende la ley. Esta falta podría acarrear la connivencia del acreedor (hipotecario) y el deudor en detrimento de los demás acreedores, especialmente en los casos de convectoria para sustraer parte del patrimonio, prenda común de los acreedores, o tal vez convertirse en un abuso de derecho por parte del acreedor.

Pues bien, ¿cuál es el supuesto establecido y querido por la ley? Sin duda alguna, se trata de estimar el valor o monto del crédito futuro, estableciendo el monto límites y QUE POR LO GENERAL

LA HIPOTECA EVENTUAL Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD:
INEXISTENCIA DE LA HIPOTECA FLOTANTE

TIENE UNA CIERTA EQUIVALENCIA ENTRE EL CRÉDITO OTORGADO O A OTORGAR Y LA GARANTÍA QUE LA ACCEDE.

Cuando hablamos de eventualidad, en materia de hipotecas o crédito hipotecario, nos encontramos ante una operación en que se establece un contrato hipotecario donde el acreedor acepta OTORGAR en lo futuro un crédito hasta la suma -determinada- de X guaraníes al deudor que accede a gravar con derecho de hipoteca un inmueble de su propiedad EN GARANTÍA DE ESE CRÉDITO FUTURO. El supuesto de la hipoteca-eventual es pues aquel en que la condición suspensiva es precisamente la utilización del crédito DENTRO DEL LÍMITE establecido en el contrato o acto constitutivo. Es esta la hipótesis contemplada en la ley.

En nuestro medio sin embargo han aparecido variantes de dudosa legalidad, por ejemplo: ya no se tratan de HIPOTECAS –EVENTUALES que garantizan un CRÉDITO FUTURO, sino de HIPOTECAS ACTUALES con montos determinados y que por lo menos en teoría tienen el crédito y el OBJETO DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA una cierta equivalencia en dinero. Se tratan de operaciones actuales claramente definidas, pero con la variante de adicionar de que la garantía no solo cubre el crédito ya otorgado en el mismo acto constitutivo SINO TODOS LOS DEMÁS QUE LA DEUDORA REALICE EN LO FUTURO CON EL ACREEDOR.

En dichas hipotecas no existe eventualidad por lo menos en la medida requerida por la ley; existe un crédito efectivamente otorgado sobre el cual se ha establecido una garantía hipotecaria, pero además se pretende que el mismo bien cubra TODA OTRA OPERACIÓN FUTURA, cayendo de lleno en la indeterminación rechazada por nuestra legislación, y con lo cual nadie puede tener la certeza de cuál será el verdadero monto del CRÉDITO GARANTIZADO. Los terceros difícilmente podrán saber en qué momento el inmueble del deudor queda libre de la hipoteca, el propio deudor no tiene la certeza de que aún pagando la totalidad del crédito le sea levantada la hipoteca, creando de esta forma una situación jurídica indefinida.

La validez de estas cláusulas son aún más dudosas si consideramos que en derechos reales prevalece fundamentalmente el orden público; no existen, en efecto, más derechos reales que los expresamente establecidos por la ley, en consecuencia, la “HIPOTECA – FLOTANTE”, o como quiera llamarse esta modalidad, se contrapone al orden público si como derecho real pretende ser considerada.

Vemos pues que los requisitos legales en materia hipotecaria no pueden ser obviados por la voluntad de las partes, es más, aun siendo admitidas por el deudor en el acto constitutivo, estas cláusulas serían nulas.

El Código en el Art. 2502 dispone: “LOS DERECHOS REALES SOLO PUEDEN SER CREADOS POR LA LEY (disposición de orden público porque su observancia no puede ser soslayada ni por acuerdo de partes ni por el propio juez); por su parte el Art. 2503 enumera taxativamente los derechos reales admitidos por el Código. Nuestra legislación adopta por consiguiente el sistema NUMERUS CLAUSUS en relación a cuáles son derechos reales.

No podemos dejar de mencionar que en cuanto se trate de crear nuevos derechos reales no establecidos por el Código o modificar los enumerados por el 2503, se deberá aplicar lo dispuesto en el Art. 18 del Código Civil y el Art. 1047 respectivamente.

En cuanto a los efectos de LA FALTA DE ESPECIALIDAD y la posibilidad de su invocación el Código Civil adopta un criterio amplísimo que demuestra la importancia concedida por el Código a la especialidad; el Art. 3148 dice: “LA NULIDAD RESULTANTE DEL DEFECTO DE ESPECIALIDAD DE UNA CONSTITUCIÓN HIPOTECARIA PUEDE SER OPUESTA TANTO POR TERCEROS COMO POR EL DEUDOR MISMO”.

La disposición transcrita evidencia claramente que el PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD debe ser estrictamente respetado por ser una exigencia substancial para la CONSTITUCIÓN –VÁLIDA-DE HIPOTECAS y la jurisprudencia debe orientarse en el sentido de consagrar la correcta aplicación de estas normas. Por otro lado, los

LA HIPOTECA EVENTUAL Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD:
INEXISTENCIA DE LA HIPOTECA FLOTANTE

propios acreedores en el deseo de proteger más allá de lo admitido por la ley su propio crédito, exponen a la constitución de la garantía a la sanción de nulidad, cuando no de inconstitucionalidad.

Creemos igualmente demostrado, que la supuesta HIPOTECA FLOTANTE, carece de sustentación jurídica y de antecedentes doctrinarios serios por lo que resulta imperioso desterrarlo del vocablo jurídico, tarea que corresponde tanto a los notarios, abogados y jueces por igual.



Nuevos horizontes de la Responsabilidad Civil

Dr. Ramón Silva Alonso¹

En unos pocos años, el tema de la responsabilidad civil ha pasado de ser la **cenicienta** del Derecho Civil a ser, en palabras de un gran maestro del Derecho Civil de nuestros días, la gran **vedette** del Derecho Contemporáneo. Y tan notorio se ha hecho el problema, y tanto ha avanzado sobre el proscenio de la vida jurídica que es posible afirmar hoy que el resarcimiento de los daños que se ocasiona a los demás en la actividad cotidiana constituye el tema más actual, más complejo, más urgente y más viviente del derecho.

Este contraste es aún más notable si se considera que aún no hace muchos años **Capitant** destacaba que durante más de tres cuartos del siglo XIX los cinco artículos que el Código de Napoleón destinó al estudio de la responsabilidad civil resultaron más suficientes y que su aplicación no dio lugar a ninguna dificultad seria (V. Capitant en el Prefacio del Tratado de la Responsabilidad Civil, de **Mazeaud**, t. 1, p. XXVI, 1ra. ed.). Y asimismo, que esta parquedad del Code iba acompañada consonantemente con la tendencia de los autores clásicos del Derecho Civil y en particular, los comentaristas franceses de la Escuela de la Exégesis que apenas trataban el tema, al punto que los más encumbrados entre ellos como **Aubry** y **Rau** no le dedicaron más que unas pocas páginas.

En este mismo sentido, **Josserand** recordaba que una hora del curso bastaba, en sus días, al profesor para exponer los principios fundamentales de la responsabilidad civil. Así, y todavía en la época en que **Capitant** cursaba sus estudios de derecho (antes de la Primera Guerra mundial) no se consagraba a la exposición de estos temas,

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 6-1984.

para cuyo desarrollo hoy no bastaría un curso, sino una o dos clases (**Capitant**, Op. et. loc. cit.).

Estas circunstancias han variado absolutamente en nuestros días. Y la tendencia a prestar una mayor atención al tema se ha acentuado fuertemente luego de la Segunda Guerra mundial, y aún más, si cabe, en estas dos últimas décadas, en las que el desarrollo de la tecnología ha quebrado todas las barreras, pero en las que el enorme riesgo creado en el mundo entero por las portentosas maquinarias que la moderna tecnología ha dado a la humanidad, tanto se ha ensanchado.

Este giro en el tratamiento de la cuestión puede observarse muy fácilmente en la proliferación de la bibliografía sobre el particular, en la multiplicación, en los últimos tiempos, de las reuniones, encuentros, jornadas, seminarios, coloquios, conferencias, etc. sobre el tema. En este sentido, ver: Temas de **responsabilidad civil**, en homenaje al Dr. **Augusto Morello**, conjunto de estudios sobre el particular comprendido por egregias figuras del Derecho argentino, bajo el patrocinio **del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales** de la Universidad de la Plata (V. Obra cit., Librería Editorial Platense, La Plata, 1981).

Asimismo, tal cambio puede observarse en la tendencia de no pocos autores modernos, especialmente en Francia, de tratar de conferir una cierta autonomía a este tema, tradicionalmente tratado dentro del tema general de las Obligaciones.

Acontece a este tema lo que a los Contratos, que al tornarse en una fuente tan transcendente de las obligaciones ha ganado autonomía propia, incluso en el currículum académico de las Escuelas de Derecho. Otro tanto tiende a suceder con los problemas de la responsabilidad civil, en que los daños imputables se convierten en una fuente cada día más importantes de las obligaciones.

Hace ya años, en Alemania, una voz tan autorizada como la de **Karl Larenz** apuntaba que en el fondo, básicamente, todas las obligaciones no derivan sino del **tráfico jurídico** (contratos) y de los daños

imputables (Larenz, Karl: Derecho de Obligaciones, t. 1, párrafo 1, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958).

Aún sin aceptar tan rotunda afirmación del maestro germano, que tiende a olvidar otra importantísima fuente de obligaciones, como la **Ley**, en sentido específico (Vide; Jarach, Dino: **El Hecho imponible**, Prefacio, Bs. As., 1971), no puede menos de admitirse que la **obligación de resarcir** constituye hoy uno de los problemas fundamentales del Derecho contemporáneo y que no pueden decirse descaaminadas del todo las tendencias a hacer de esta materia el objeto de un estudio autónomo, con reglas y principios propios, teniendo en cuenta la vastedad del contenido en sus entrañas.

El problema del estudio de la obligación de resarcimiento ha sido considerablemente complicado debido en buena parte a la deficiente metodología de los códigos que han tomado como modelo al francés, que considera separadamente el resarcimiento proveniente del incumplimiento contractual del resarcimiento cuya fuente está en los daños imputables. El Código francés consagra los arts. 1146 y siguientes a la regulación del deber de indemnizar proveniente del incumplimiento contractual y los arts. 1382 y siguientes, a la regulación del deber de indemnizar los daños imputables.

Es sabido que el código italiano de 1865 siguió el mismo sistema, aplicando a la responsabilidad contractual los arts. 1218 y siguientes y a la extracontractual los arts. 1151 y siguientes. No es distinto el sistema seguido por el Código italiano de 1942, que se ocupa del incumplimiento contractual en el Art. 1218 y de la responsabilidad por daños imputables en los Arts. 2043 y concordantes.

No había de escapar nuestro Codificador a este criterio, cuyo origen remoto se halla en la distinción **de culpa contractual y culpa extracontractual**, comúnmente aceptada por las legislaciones del siglo pasado, inspiradas en el Código francés.

En efecto, nuestro Código alude a la obligación de resarcir en materia contractual a continuación del Art. 505, en que se refiere a los **efectos** de la obligación, que son allí expuestos en tres puntos: 1º)

Darle derecho (al acreedor) a emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; 2º) para hacérselo procurar por un tercero a costa del deudor; 3º) para obtener el deudor **indemnizaciones** correspondientes.

A continuación, el Codificador detalla los casos en que el deudor es pasible de indemnización. En caso de incumplimiento por **dolo** (Art. 506 C.C.) y asimismo por **culpa** (Art. 511 C.C.). El Código llega a caracterizar en esta parte lo que ha de entenderse por culpa (Art. 512), en una excelente caracterización, que es incluso válida para cualquier situación de culpa, sea contractual, sea **extracontractual** (V. **Busso**: Código Civil anotado, Art. 512).

Y siguiendo el criterio adoptado, especifica en el Art. 519 lo que ha de entenderse por indemnización, ampliando el concepto en los siguientes preceptos, que llegan hasta el Art. 522. Todo esto se halla en la Sección I del libro II, que trata de las **obligaciones en general**.

Solo mucho más adelante, en la Sección II (que trata de **los Hechos y Actos Jurídicos**) y en el Tit. VIII, que se refiere a los **actos ilícitos**, había el Código de referirse al deber de resarcimiento proveniente de los daños imputables. (Art. 1067. C.C.).

Se advierte así que el Codificador ha seguido el criterio de los Códigos inspirado en el napoleónico y ha tratado la materia de resarcimiento en lugares diferentes y como podrá verse estudiando la ley, con criterios diversos.

La dicotomía no se justifica. El deber de resarcir, provenga de culpa contractual o extracontractual o de otras causas, es único, y como tal debe ser tratado, debiendo evitarse el tratamiento de una materia que es única en lugares y con parámetros distintos.

Un estudio de la obligación resarcitoria o deber de indemnizar ha de iniciarse por reunir toda la materia relativa a **indemnización** dispersa en el Código dentro del campo de las **Obligaciones**, al cual pertenece, ya que en definitiva el deber indemnizatorio es una sola obligación de género especial, pero obligación, al fin y al cabo.

Así, la llamada responsabilidad civil habrá de ocupar su verdadero lugar en los estudios de Derecho. Tal como lo querían los **pandectistas** del siglo pasado, que se orientaron en el sentido de nuclear en el conjunto de las normas referentes al resarcimiento del daño aquellas que, por no tener un carácter particular, eran adecuadas para fundar la teoría general del resarcimiento, como lo advirtieron **Baron** (Pandekten Leipzig, 1872, pág. 494 y ss.), **Brinz** (Derecho de Pandectas, vol. II, p. I. p. 339, Erlanger, 1979), **Windscheid** (Diritto delle Pandette, trat. ital. de **Fadla y Benza**, vol. II, I.p., p. 136, Torino, 1904) y otros. Y como lo advirtió el Código Civil alemán que contiene un cuerpo de disposiciones generales sobre el resarcimiento (Art. 249 y ss.), junto con otros particulares para la indemnización por incumplimiento (Art 267 y siguientes) y asimismo otras para la indemnización de los daños imputables (Art. 823 y siguientes) manteniendo empero la unidad de criterio de la materia.

Este carácter orgánico de la materia, necesario para su estudio, ha sido reconocido especialmente por algunos autores, como ha sucedido en Italia, con **De Ruggiero** (Instituciones, vol. II, Párrafo 57, nota 3).

En él, el concepto de interés y de daño es único, aunque se diversifique el tratamiento de la responsabilidad contractual y la extracontractual, ello es sin mengua de la doctrina común y general.

BIBLIOGRAFÍA

1. **Busso, Eduardo**: Código civil anotado, Art. 519-522, Buenos Aires, 1949.
2. **Bustamante Alsina, Jorge**: Teoría general de la responsabilidad civil. Buenos Aires, 1973.
3. **Alterini, Atilio Aníbal**: Responsabilidad civil. Buenos Aires, 1974.
4. **Orgaz, Alfredo**: El daño resarcible. Buenos Aires, 1967.

5. Peirano Facio, Jorge: Responsabilidad contractual, Montevideo, 1954.

6. López Olaciregui, José María: Esencia y fundamento de la responsabilidad civil In Revista. Der. Com. y de las obligaciones, n. 6.

7. Mosset Iturraspe, Jorge: Responsabilidad por daños. Buenos Aires, 1979.

8. Lallow Henri: Traité pratique de la responsabilité civile, París, 1972.

9. Morello, Augusto: Indemnización del daño contractual. Bs. As. 1967.

10. Llambías, Jorge Joaquín: Código Civil anotado, Art. 519, 522, 1066-7, 1070-1, Bs. As. 1979.

11. De Cupis, Adriano; Ed. daño. Teoría general de la responsabilidad civil, Madrid, 1978.

12. Mazeaud, Henri y León. Mazeaud Jean: Lecciones de Derecho Civil. L. 2da. Vol. II. La responsabilidad civil. Buenos Aires, 1960.



Propiedad Industrial

Dr. Rigoberto Gauto¹

ANTECEDENTES.

Si bien es cierto que en el Derecho Romano se desarrolló ampliamente el concepto de la propiedad, no ocurrió lo mismo con el de la propiedad industrial, cuya conceptualización debe buscarse en épocas muy posteriores.

La Edad Media se distinguió por los monopolios de oficios constituidos por medio de las llamadas “corporaciones” lo cual dio origen a algunos derechos concedidos como privilegios en favor de estas. Sin embargo es forzoso reconocer que ello constituyó más bien un obstáculo para el desenvolvimiento normal de la actividad inventiva, pues impidió la realización de inventos y el progreso de la industria en aras de la igualdad de los asociados.

El origen de la propiedad industrial está relacionado con la orientación que tomó la actividad industrial en el siglo XIX. Aunque la idea de las invenciones está ligada a la historia del hombre primitivo, solo con la revolución industrial producida en este siglo adquiere una entidad, tal como la conocemos en nuestros días, en que cambió la idea que se tenía de los inventores y se propició la invención basada en las investigaciones científicas organizadas bajo el auspicio de la industria. En la época moderna el progreso industrial se convirtió en motor generador de nuevas ramas del Derecho, entre ellos el Derecho Industrial y, dentro de este último, las normas relativas a la propiedad industrial.

Con relación a las marcas, el hombre, por naturaleza, trata de realizarse a través de sus obras y gusta diferenciar sus cosas a fin de

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 6-1984.

dejar en ellas las características de su propia personalidad. La costumbre surgió, entonces, de ese instinto natural hasta que, con el tiempo, el Derecho reguló positivamente este fenómeno mediante las normas que hoy conocemos como Derecho de Marca.

NATURALEZA JURÍDICA.

La propiedad industrial, junto con el derecho de autor, forma parte de los llamados “derechos intelectuales”, cuya exacta ubicación entre las ramas del derecho positivo ha despertado bastante polémica.

En la determinación de la naturaleza jurídica de la propiedad industrial podemos distinguir tres etapas, que corresponden, a su vez, a su paulatino desarrollo como ciencia jurídica.

En una primera etapa, que se podría llamar del derecho clásico, los derechos intelectuales se situaban formando parte de los derechos patrimoniales, en contraposición de los de los derechos sobre bienes materiales, dentro del ámbito del Derecho Civil.

Con la revolución industrial se generaron varias ramas nuevas del derecho; por ejemplo, el Derecho Minero y el Derecho Industrial. En esta época la propiedad industrial se integró a esta última rama separándose del Derecho Civil. Sin embargo, este incipiente Derecho Industrial concebido como el conjunto de normas que rigen las relaciones jurídicas originadas del fenómeno de la producción, abarcaba también las relaciones laborales.

En una tercera etapa, decantado por la experiencia y la doctrina, el Derecho Industrial tiende a adquirir una entidad precisa, la cual, como se ha dicho, involucra a la propiedad industrial.

Ahora bien, con relación a su naturaleza pública o privada, la propiedad industrial, en principio, forma parte del derecho privado, por cuanto está destinado a regir relaciones entre particulares; no obstante, tiene algunas connotaciones de derecho público, como el

caso de las disposiciones relativas a la defensa del consumidor que, sin lugar a dudas, involucran cuestiones de interés general.

IMPORTANCIA.

Afirma un escritor estadounidense que la base de la prosperidad de su país radica en el ingenio de sus compatriotas para inventar y fabricar nuevos dispositivos. En efecto, las innovaciones tecnológicas son uno de los elementos esenciales del desarrollo.

Sin embargo, el esfuerzo de los ciudadanos por crear o mejorar los productos y las técnicas de fabricación debe estar apoyado en un adecuado sistema de propiedad industrial, basado en normas claras y coherentes, y administrado por una gestión pública capacitada y eficiente.

Por otra parte, es fundamental que la legislación contemple la filosofía del Gobierno en lo relacionado con la incentivación de la invención autóctona, por un lado, y con la política de atracción de la inversión extranjera, por otro. Un celo excesivo en la protección de lo nacional puede traer aparejado el desaliento de la transferencia de capitales y tecnología moderna, proveniente del exterior. En contrapartida, una liberalización desmedida o una absoluta falta de control, podría desanimar al innovador nacional, marginar al productor local y convertir, con el tiempo, al país en un mercado cautivo.

El equilibrio entre ambos extremos se logrará a través de un mejor conocimiento de la propiedad industrial, especialmente de los legisladores, de los funcionarios y de los jueces. Asimismo, el más amplio conocimiento de esta materia por parte de los usuarios y de los Agentes de la Propiedad Industrial conducirá, sin lugar a dudas, a la más adecuada utilización de los diversos servicios que en esta materia se ofrecen y redundará en beneficio de una administración más eficiente.

Así como se afirma que el establecimiento de una adecuada política en materia de patentes beneficia el incremento de la capacidad tecnológica del país, un sistema realista y coherente en materia de

marcas otorgará seguridad y garantía de una justa competencia en el comercio nacional. Si se dice que no puede haber comercio sin marcas, se puede afirmar también que solamente habrá un buen comercio si existe una ordenada administración del registro de marcas.

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.

Más tarde o más temprano, durante la vida de una empresa, se presenta el caso en que algún producto, además de su valor normal, ha originado un patrimonio, una riqueza distinta del producto en sí, ya sea porque la marca que lo distingue se ha hecho relativamente conocida y apreciada por el público, o porque su diseño le confiere una personalidad propia, distinta de otros productos similares. Se plantea, entonces, la siguiente cuestión; ¿no habría forma de proteger ese patrimonio, evitando que se pierda por causa de una copia o utilización no permitida?

De la misma forma, una persona o una empresa, en su afán de perfeccionar un producto o diversificar los ofrecidos al público, puede llegar a solucionar un problema técnico o a crear un bien no conocido hasta entonces, a través de un invento. La pregunta planteada es más o menos, similar: ¿se podría acaso evitar que el objeto sea fabricado o utilizado el procedimiento sin autorización?

La respuesta a estas interrogantes ha de ser positiva; y la necesidad de pre- cautelar este patrimonio ha dado origen a una materia muy vasta y compleja: la propiedad industrial.

Dejando de lado, por esta vez, la conceptualización de esta disciplina, examinaremos su aspecto práctico más importante que es su protección.

MODALIDADES DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.

En casi todas las legislaciones las modalidades de protección jurídica de la propiedad industrial son tres: las marcas, los dibujos y

modelos industriales y las patentes de invención. En algunas legislaciones (Alemania Federal, España, Uruguay, etc.) existen también los modelos de utilidad que, básicamente, consiste en una patente de invención de alcance limitado y cuyo costo de obtención es inferior. Además, se encuentra la llamada nombre comercial, razón social, enseña o sigla, cuyo registro, ordinariamente, no es necesario para lograr su protección.

MARCAS.

La marca registrada, internacionalmente representada por la letra R encerrada en un círculo, es un signo que sirve para distinguir los productos o servicios de una empresa. Este signo puede consistir en palabras de fantasía, emblemas, logotipos, lemas (slogan), dibujos y hasta colores o combinaciones de colores, así como el envase o recipiente de un producto que tenga forma o características originales.

El derecho que la ley confiere a quien haya registrado una marca para su empresa es el uso exclusivo de la misma y a oponerse al registro o uso de cualquier otra similar o parecida.

DIBUJOS Y MODELOS INDUSTRIALES.

Desde el punto de vista jurídico, el diseño industrial de un producto se refiere a su concepción visual, más que a su funcionamiento. Dibujo industrial es una combinación de líneas y colores; modelo industrial es la forma plástica (tridimensional) de líneas y colores. Su objeto es dar una apariencia especial a un producto y servir de tipo para su fabricación.

La protección jurídica de un dibujo o modelo industrial registrado consiste en el derecho exclusivo que se confiere a su titular para reproducirlo en la fabricación de un producto.

PATENTES DE INVENCION.

Se concede este tipo de protección jurídica al producto o procedimiento que reúne las características de un invento. Dichas características son las siguientes:

Tiene que ser “nuevo”, en el sentido de que no exista indicación alguna de que haya sido modificado o utilizado públicamente;

tiene que tener “nivel inventivo”, o sea, debe tratarse de algo original y no obvio, debe añadir algo al conocimiento humano;

tiene que ser “aplicable en la industria”, en el sentido de poder ser utilizado o fabricado industrialmente.

La patente es el documento expedido por la autoridad pública en el cual se describe el invento. La protección jurídica que otorga la patente es el derecho de poder explotar, fabricar, importar, vender y utilizar con exclusividad el producto o procedimiento por parte del propietario.

SOLICITUD DE LA PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.

En este punto la pregunta que pudiera plantearse el empresario, ya elegida la forma de protección a su propiedad industrial, es: ¿dónde debo solicitar el registro de mi marca, dibujo industrial, invento, etc., y como debo hacerlo?

En general, la protección de la propiedad industrial es de carácter territorial, es decir, confiere derechos por parte de un país determinado que son válidos solamente en él. Por ello, si se va a comercializar el producto internacionalmente, el empresario debe determinar cuáles mercados son de su interés, presente y futuro.

Todos los países tienen establecido en su sistema administrativo una Oficina de la Propiedad Industrial, encargada de efectuar el registro de los objetos de propiedad industrial que se le soliciten y de expedir las constancias de dichos registros. Ante estas oficinas están

habilitados para realizar gestiones los llamados Agentes de la Propiedad Industrial que, ordinariamente, son abogados matriculados en dicha Oficina. Estos Agentes conocen el procedimiento para el registro de cada una de estas modalidades y, además, suelen estar vinculados con Agentes de otros países o con alguna de las varias Agencias internacionales establecidas en forma particular. Estas Agencias suelen contratar los servicios de Agentes en cada país para el registro simultáneo en los países de interés del cliente.

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN EL PARAGUAY.

Desde el punto de vista administrativo, la protección de la propiedad industrial en el Paraguay está a cargo de la Dirección de la Propiedad Industrial, dependiente del Ministerio de Industria y Comercio. Cuatro Secretarías se dividen el trabajo, atendiendo áreas específicas: marcas, patentes, dibujos y modelos industriales y los asuntos litigiosos.

La legislación en la materia está compuesta por tres Leyes: de Patentes (Nº 773/25), de Marcas (Nº 751/79) y de Dibujos y Modelos Industriales (Nº 868/81). En ellas, y en sus respectivos Decretos reglamentarios, se hallan contenidas las normas de protección de la propiedad industrial en el Paraguay.



El Juicio Ordinario en la Justicia de Paz Letrada

Abg. Marcos Riera Hunter¹

El procedimiento legislado para el juicio ordinario en la Justicia de Paz Letrada se caracteriza por ser breve y sumario, con predominio de la palabra hablada sobre la escrita a fin de facilitar la intermediación y, consecuentemente, la economía procesal. El legislador ha querido que el juicio ordinario quede resuelto con dos escritos (demanda y contestación), un acta (audiencia de prueba) y la sentencia. Para ello estableció un procedimiento especial, con plazos cortos y perentorios, con supresión de excepciones de previo y especial pronunciamiento, como igualmente de los alegatos, vistas y traslados innecesarios, restricción tácita de los incidentes, establecimiento de la notificación automática, substitución del período de prueba por una sola audiencia, limitación de la prueba en materia de testigos y peritos, limitación de los recursos ante el superior² y una serie de facultades jurisdiccionales tendientes a lograr la celeridad, la concentración, la depuración e impulso procesales. En consecuencia, la estructura del juicio ordinario, según surge expresamente de la ley procesal respectiva, queda configurada a través de las siguientes etapas procesales: 1) demanda; 2) contestación (y reconvención, en su caso); 3) audiencia de prueba; 4) sentencia.

I. DILIGENCIAS PREPARATORIAS

La demanda ordinaria en la Justicia de Paz Letrada puede prepararse de conformidad con las disposiciones contenidas en los Arts. 68 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales,

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 7- 1984.

² Cámara de Diputados; Diario de Sesiones, 25-IX-80, N° 74, pg.

de aplicación supletoria en todo aquello que concuerde con el espíritu y la lógica de la citada institución jurídico-procesal.

Alsina afirma a este respecto que “en cuanto a las diligencias preparatorias del juicio también es de aplicación lo dispuesto al tratar de la demanda en el juicio ordinario”³. Igualmente, Serantes Peña y Clavell Borrás se remiten en cuanto a las citadas diligencias a las disposiciones respectivas del código ritual civil y comercial⁴.

II. LA DEMANDA

El Art. 372 del Código de Organización Judicial (COJ) dispone: “La demanda se formulará por escrito, expresará el nombre y domicilio del demandante y demandado; relacionará concretamente los hechos y dará los fundamentos de derecho; formulará las peticiones en términos claros y precisos; acompañará todos los documentos que se refieran a la acción entablada, o señalará, en su defecto, el lugar, archivo u oficina en que se encuentren”.

1. EXIGENCIAS FORMALES DE LA DEMANDA

De los términos del artículo transcrito surge que sus exigencias en cuanto a las formas de la demanda no difieren fundamentalmente de lo establecido en los Arts. 72 y 73 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales. En efecto, el demandante debe satisfacer al presentar su escrito de demanda los siguientes requisitos inherentes a la forma de la misma:

A) Nombre del demandante y del demandado: la individualización de las partes litigantes tiene relevancia especial para determinar la capacidad procesal de los mismos y oponer, en su caso, las defensas que la parte interesada considere pertinente. Sobre este punto, dicen Serantes Peña y Clavell Borrás que la demanda no debe

³ H. Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. VII, actualizado por Jesús Cuadrao, Bs. Aires, 1965, pg. 300.

⁴ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Procedimiento en la Justicia Nacional de Paz (ley 11.924), Ed. Temis, Bs. Aires, 1954, pg. 63.

dirigirse indeterminadamente “contra quien resulte responsable”, pero sí contra una persona determinable como, por ejemplo, lo sería aquella que resultare propietaria de un inmueble según el informe del Registro de la Propiedad”⁵. Asimismo, Alsina señala que “puede ocurrir que se ignore cómo se llama el demandado, y entonces se cumple el precepto legal suministrando los datos necesarios para su identificación, y si aún esto no fuese posible, se estaría a lo dispuesto por la ley sobre citación de personas inciertas”⁶.

Igualmente, el demandante debe indicar claramente al Juez en su escrito inicial si actúa por derecho propio, en cuyo caso debe contar necesariamente con el patrocinio profesional que prescribe el Art. 87 del Código de Organización Judicial (COJ) que concuerda con el Art. 9 del Código de Procedimientos Civil y Comercial. En caso contrario, si actúa a través de un representante convencional, debe este acreditar suficientemente su personería con el correspondiente testimonio de poder general o especial que acompañará con el escrito de demanda, de conformidad con los Arts. 14 y 15 del Código de Procedimientos Civil y Comercial, de aplicación supletoria, Si el recurrente no cumpliera con estos requisitos, el Juez no dará curso a sus escritos según lo establece el Art. 88 del Código de Organización Judicial (COJ).

B) Domicilio del demandante y del demandado: el domicilio a que se refiere el Art. 372 es el domicilio real de los litigantes el cual debe ser conocido puesto que existen diligencias procesales importantes que no pueden ser notificadas sino en el domicilio real. Este tiene importancia fundamental en razón de que permite determinar la competencia territorial en los casos de acciones personales, al mismo tiempo que es indispensable para correr el traslado de la demanda instaurada.

⁵ O, Serantes Peña y J, Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 65.

⁶ H. Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial 1942, pg. 50.

Serantes Peña y Clavell Borrás señalan que “el domicilio real del actor debe expresarse en la demanda a los siguientes fines procesales: comunicar la renuncia del poder, juzgar sobre las excepciones de arraigo, citar a absolver posiciones, citar al comparendo para coitejo de letras, etc.”⁷. Si el domicilio real del demandado fuere desconocido podrá solicitar el actor al Juzgado la publicación de los edictos correspondientes en la forma legislada en el Art. 81 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales, previo oficio al Registro de Poderes recabando informe sobre si el demandado tiene o no apoderado. Si el demandante no indicare su domicilio real se ha determinado que dicha omisión no obsta a la prosecución del juicio pues en estos casos las diligencias personalísimas podrán ser notificadas en el domicilio que figura en el testimonio de poder conferido al representante convencional, de donde resulta que la omisión queda así convenientemente suplida y no autoriza el rechazo de oficio de la demanda.

C) Relación circunstanciada de los hechos y fundamento de derecho: El actor en su escrito de demanda debe relacionar al Juez concretamente los hechos que han motivado dicha presentación determinando con toda especificidad la cosa demandada. La exposición, dicen Serantes Peña y Clavell Borrás, “debe ser lo más clara y completa posible, sobre todo teniendo en cuenta que en este procedimiento no hay alegato sobre prueba”⁸. Al mismo tiempo el recurrente deberá enunciar los fundamentos legales de la demanda a fin de facilitar al Juez su función jurisdiccional. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han determinado que no es necesario que el actor enuncie los artículos en que se basa su petición, bastando con que la exposición de los hechos sea clara y precisa, pues de la misma surgirá espontáneamente la naturaleza de la acción deducida, siendo obligación del magistrado fallar conforme a Derecho. Alsina, señala, sin embargo, que la enunciación del derecho es importante pues ayuda considerablemente al Juez a ubicar la posición jurídica de las partes

⁷ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 64.

⁸ O. Serantes Poña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 64.

y a evitar confusiones en las pretensiones de los litigantes; no obstante, agrega, esta obligación es más “a título indicativo” y su omisión nunca podría ocasionar el rechazo de la demanda por violación de las formas substanciales establecidas para ella⁹.

D) Las peticiones: “La petición tiene importancia porque a sus términos debe ajustarse la sentencia; ella, en efecto, concreta la pretensión del actor como fundamento de su acción y es esta la que el Juez debe resolver admitiéndola o rechazándola”¹⁰. En efecto, la petición debe ser formulada en términos claros y precisos a fin de que el Juez pueda interpretar fielmente las pretensiones del actor y no conceder más de lo que se pide en la demanda, evitando que la sentencia fuera dictada “ultra-petita” o “extra-petita”. Igualmente, el demandante debe pedir solamente lo que le es debido, sin incurrir en la figura de la “plus-petitio” que puede ocasionar la imposición de las costas en el orden causado.

E) Documentos que deben acompañarse: el actor debe acompañar conjuntamente con el escrito de demanda todos los documentos que se refieran a la acción entablada, especialmente los que fueran mencionados en el escrito de demanda. En caso de que no pudiere presentarlos en dicha oportunidad, deberá señalar el lugar, archivo u oficina en que se encuentren (concuera con el Art. 73 del Código Procesal Civil y Comercial). Si los documentos no fueran presentados al tiempo de la demanda decae el derecho del actor para hacerlo en adelante, pudiendo ordenarse el desglose de los que fueren presentados extemporáneamente. No obstante, pueden presentarse después de la demanda aquellos documentos que fuesen posteriores a la misma, o anteriores a ella, pero desconocidos por el actor y bajo juramento de ley, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 74 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales, de aplicación supletoria. Igualmente, entendemos que pueden agregarse los documentos después de presentada la demanda cuando esta no ha sido aún notifi-

⁹ H. Alsina, Op, Cit., T. II, pg. 54.

¹⁰ H. Alsina, Op, Cit., T. II, pg. 55.

cada pues en dicho caso la litis no se ha trabado por falta de contestación, pudiendo el actor ampliar, modificar y hasta retirar la demanda sin controversia alguna.

2. CONSECUENCIAS DE LA OMISION DE LOS REQUISITOS FORMALES

El escrito de demanda deberá ser examinado por el Juez con la finalidad de verificar si se han cumplido con todos y cada uno de los requisitos formales exigidos en el Art. 372 del Código de Organización Judicial. Si la demanda no hubiera satisfecho esas exigencias legales, el Juez deberá rechazarla de oficio de conformidad con el Art. 373 del mismo cuerpo legal que dispone: “El Juez rechazará de oficio la demanda que no se ajuste a los requisitos establecidos en el artículo anterior” (véase Repertorio de Jurisprudencia de Laconich, pg. 41 N° 79). En este caso, el Juez deberá expresar los motivos del rechazo de la demanda en auto fundado que podrá ser apelado según lo prevé el Art. 397 del Código de dentro de un plazo que si bien no está establecido expresamente entendemos que es de 48 horas de notificado el auto, por aplicación “del principio de que en la Justicia de Paz las providencias quedan consentidas después de las 48 horas de notificadas, salvo los casos en que la ley fija un término menor”¹¹.

La disposición que impone al magistrado la obligación de rechazar de oficio las demandas por violación de las formas establecidas para ella, envuelve una importante facultad jurisdiccional tendiente a depurar al Juzgado de juicios irregulares. Por su redacción gramatical el Art. 373 del Código de Organización Judicial es similar al Art. 76 del Código Procesal Civil y Comercial; empero, existen entre ambas disposiciones legales una sutil diferencia pues de conformidad con la primera “el Juez de Paz tiene la obligación de rechazar las demandas defectuosas o incompletas, en tanto que por el Código de Procedimientos, Art. 75 (76 de nuestro código), tal rechazo es solo una facultad del Juez quien puede también optar por emplazar al

¹¹ H. Alsina, Op. Cit., T. VII, pg. 376.

actor a fin de que subsane el defecto”¹². De todas maneras, el rechazo de oficio de la demanda no importa la pérdida del derecho del accionante quien puede promover nuevamente la demanda subsanando el vicio formal que motivó el rechazo judicial¹³.

3. OTRAS EXIGENCIAS FORMALES

Aunque el Art. 372 no lo menciona, el actor o demandante tiene la obligación de cumplir con otras exigencias formales necesarias para la promoción de la demanda y el traslado consiguiente.

A) La Cuantía: en primer lugar, el actor en su escrito de demanda deberá indicar el monto de la suma reclamada o el valor de la demanda a fin de acreditar la cuantía de la misma que constituye, de conformidad con el Art. 11 del Código de Organización Judicial, uno de los elementos determinantes de la competencia de los Jueces y Tribunales. Según el Art. 366 del Código de Organización Judicial “cuando el objeto de la demanda no sea una cantidad de dinero, el actor deberá manifestar su valor bajo juramento al entablar la demanda”, disposición que concuerda con el Art. 15, inc. g del mismo cuerpo legal. En caso de que el actor no satisficiera dicha exigencia legal el Juez no dará curso a la petición mandando al actor a que así lo haga o, en caso de duda, que exprese lo necesario a este respecto, de conformidad con el Art. 76, 2ª parte del Código Procesal Civil y Comercial, de aplicación supletoria.

B) El Domicilio Especial: en segundo lugar, el actor, en el mismo escrito de demanda, deberá constituir el domicilio especial según lo previene el Art. 391 del Código de Organización Judicial que dispone: “En la primera presentación que hagan las partes constituirán domicilio debiendo hacerlo dentro de un radio de 40 cuadradas del asiento del Juzgado”. Se trata del domicilio “ad-litem” en el cual se practicarán todas las notificaciones que deban hacerse por cédula y que permanecerá vigente mientras no sea cambiado por la parte que

¹² O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 65.

¹³ P. Alsina, Op. Cit., T. II, pg. 57.

lo constituyó. La omisión de esta formalidad está prevista en el Art. 392 que establece: “No se dará curso a ninguna petición que no cumpla con la exigencia del artículo anterior”, disposición que concuerda con los Arts. 11 y 12 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales (CPCC). La providencia por la cual el Juez dispone no dar curso a la petición hasta que se constituya el domicilio especial es inapelable y puede ser notificada por cédula en el domicilio real del actor, si fuere conocido; en caso contrario, se aguardará a que él mismo constituya dicho domicilio pues todo retardo en el cumplimiento de esta disposición no perjudica a nadie sino a sus propios intereses.

C) Copia para traslado: en tercer lugar, el demandante debe presentar con la demanda copia de dicho escrito como igualmente de todos los demás documentos o recaudos ofrecidos al Juzgado, de conformidad con el Art. 22 del Código Procesal Civil y Comercial, a fin de que el Juez ordene el traslado previsto en el Art. 374 del Código de Organización Judicial (COJ). Si dichas copias no fueren presentadas el actuario no deberá recibir el escrito ni el Juez dar curso a la demanda hasta tanto dicho requisito sea cumplido. Si, no obstante, se ordenare igualmente el traslado de la demanda por inadvertencia del Juzgado, el demandado podrá solicitar la suspensión del término para contestarla hasta que dichas copias, firmadas por el actor, le sean remitidas conforme a Derecho.

4. SÍNTESIS

De lo precedentemente expuesto surge claramente que el escrito de demanda debe satisfacer “ab-initio” ciertas exigencias que hacen a la forma de dicha presentación, requisitos que deben ser exigidos de oficio por el Juez de Paz Letrado.

A) En primer término, el Juez debe examinar su propia competencia a la luz de las disposiciones contenidas en los Arts. 11, 364, 365 y 366 del COJ, en concordancia con el Art. 15 del mismo cuerpo legal. Si de las constancias obrantes en los autos resultare ser incompetente deberá declararlo así en auto fundado y, consecuentemente, rechazar de oficio la demanda, mandando al actor que recurra ante

quien corresponda, según lo prescribe el art. 4° del código ritual civil y comercial. No es procedente que el Juez ordene que se remitan los autos a otro Juzgado pues, por regla general, el Juez es competente para pronunciarse respecto de su propia competencia pero no respecto de la de los demás magistrados. Si existiesen dudas acerca de su propia competencia deberá ordenar al interesado que exprese lo necesario a ese respecto, tal como lo establece el Art. 76, 2ª parte del CPCC, para luego admitir o rechazar la demanda según corresponda en Derecho.

B) En segundo lugar, deberá verificar si el escrito de demanda ha cumplido con las exigencias formales previstas en el art. 372 del COJ. En caso afirmativo, ordenará el traslado de la demanda citando y emplazando al demandado para que la conteste dentro del plazo de ley. En caso de que faltaren uno o varios de dichos requisitos formales rechazará la demanda de oficio expresando los motivos en auto fundado que, según se dijo, es apelable dentro del plazo perentorio de 48 horas.

C) En tercer lugar, el Juez deberá observar si la demanda ha constituido el domicilio especial dentro del radio de 40 cuadras del asiento del Juzgado; en caso negativo, no dará curso a la petición y ordenará al actor el cumplimiento de dicha obligación procesal (Arts. 391 y 392).

D) En cuarto lugar, deberá verificar si con la demanda se han acompañado las copias para el traslado previstas en el Art. 22 del CPCC; en caso negativo no dará curso a la demanda hasta tanto el actor satisfaga dicha exigencia legal.

E) En quinto lugar, el Juez deberá comprobar si el actor se ha presentado por derecho propio o bajo representación profesional. En el primer caso, deberá contar con el patrocinio de abogado matriculado; y en el segundo, deberá presentar el recurrente la correspondiente escritura de poder (Art. 87 del COJ). La omisión de estas formalidades autoriza al Juez a no dar curso a las pretensiones de la parte actora (Art. 88 del COJ).

III. TRASLADO DE LA DEMANDA. CITACIÓN Y EMPLAZAMIENTO

Dispone el Art. 374 del Código de Organización Judicial: “De la demanda se dará traslado al demandado con los documentos que la instruyan y se le emplazará para que la conteste dentro del plazo de seis días, bajo apercibimiento de que si dejare de contestarla, se seguirá el juicio en su rebeldía, si la otra parte lo solicitare”.

1. NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA. DOMICILIO REAL

Si el Juez encontrare que la demanda es de su competencia y que ha satisfecho las exigencias formales establecidas para ella, ordenará el traslado de la misma que deberá ser notificada en el domicilio real del demandado denunciado por el actor. Si el accionado tuviera su domicilio real en el lugar del asiento del Juzgado, la demanda deberá ser notificada por cédula, de conformidad con el Art. 393 del COJ, debiendo cumplirse para ello con las disposiciones supletorias del Art. 78 del CPCC, que rige la materia de las notificaciones en el proceso. Por el contrario, si dicho domicilio real se encontrare fuera del asiento del Juzgado, el emplazamiento para contestar la demanda “se hará por medio de orden o exhorto a la autoridad judicial del pueblo o partido en que se halle”, de acuerdo con lo establecido en el Art. 79 del CPCC. En este caso, el Juez deberá librar oficio al Juez de Paz de la localidad en donde reside el demandado ordenando se practique la notificación conforme a Derecho, hecho lo cual deberán remitirse las constancias respectivas al Juzgado de origen agregándose las mismas al expediente. En este último caso, procede la ampliación del término para contestar la demanda, de acuerdo con el Art. 80 del CPCC.

Si el domicilio real del demandado fuere desconocido, el Juez a pedido de parte librará oficio al Registro de Poderes, según lo dispone el Art. 20 de la ley 662, a fin de recabar informe sobre si el accionado tiene apoderado. En caso afirmativo, se le dará intervención en el juicio, y si se negare a intervenir en él, estará obligado a manifestar si sabe el domicilio de su mandante. Agotada esta diligencia previa,

el Juez ordenará la publicación de los edictos a fin de que el demandado comparezca a estar en juicio, en cumplimiento del Art. 81 del CPCC.

2. FORMA DE COMPUTARSE EL PLAZO

El plazo de seis días para contestar la demanda es individual, y, por tanto, comienza a correr al día siguiente hábil de la notificación de la demanda, si los demandados tuvieran su domicilio en el lugar del asiento del Juzgado. En caso contrario, si los demandados residieran en diferentes lugares entendemos que es de aplicación el Art. 82 del CPCC que dispone que “el término del emplazamiento solo se reputará vencido a los efectos legales con respecto a todos, cuando venza para el que se encuentre a mayor distancia”.

3. DOCUMENTOS QUE DEBEN ACOMPAÑARSE CON LA NOTIFICACIÓN

El Art. 374 del COJ dispone que “de la demanda se dará traslado al demandado con los documentos que la instruyan...”. Es decir, que la cédula de notificación por la cual se comunica al accionado la citación y emplazamiento para contestar la demanda debe incluir las copias del escrito de demanda y de todos los documentos presentados por el actor. Deberá acompañarse, igualmente, copia del poder invocado por el recurrente. El traslado constituye uno de los medios de comunicación entre las partes litigantes por medio del cual el Juez hace saber a una de ellas la pretensión de la otra. En efecto, Alsina dice que “el Juez debe hacer conocer al demandado las pretensiones del actor antes de pronunciarse sobre ellas, pues uno de los aspectos de la garantía constitucional de la libre defensa es el principio de contradicción que informa todo nuestro régimen procesal”¹⁴. Siendo, pues, la demanda un acto fundamental por el cual se produce la apertura de la instancia es absolutamente necesario que las pretensiones

¹⁴ H. Alsina, Op. Cit. T. II, pg. 70.

del demandante y sus fundamentos legales sean conocidos por el demandado, quien deberá contar, en consecuencia, con las copias mencionadas en el ya citado Art. 22 del CPCC. Si ellas no fueren presentadas no se dará curso a la demanda, y si aún así se ordenare el traslado el demandado podrá solicitar, como se dijo, la suspensión del plazo para contestar la demanda instaurada.

4. PLAZO PERENTORIO E IMPRORROGABLE

De conformidad con el Art. 395, la parte del COJ el plazo de seis días establecido para contestar la demanda es perentorio e improrrogable, de donde resulta que si el demandado no contesta la demanda dentro de dicho plazo su derecho decae automáticamente, vale decir, “*ipso iure*”, sin necesidad de acusar ni de declarar la rebeldía como ocurre con el procedimiento legislado en el CPCC.

En efecto, lo dicho es consecuencia estricta de la institución del plazo perentorio; el Art. 46, 2ª parte del CPCC establece claramente que “si el término fuere de los declarados perentorios, se tendrá por decaído el derecho por su solo transcurso”. Asimismo, Alsina, sostiene que “el término es perentorio cuando por el solo transcurso del tiempo se produce la caducidad del derecho que ha dejado de usarse. No requiere, por consiguiente, ninguna actividad ni de las partes ni del Juez.... El término perentorio es uno de los casos de impulso procesal por ministerio de la ley y por consiguiente uno de los modos de activar el procedimiento”¹⁵. Así, pues, exigir la acusación de rebeldía en caso de incontestación de la demanda implica desconocer la perentoriedad de los plazos establecidos expresamente en el procedimiento de la Justicia de Paz Letrada y admitir, consecuentemente, que aun vencido el plazo de seis días el derecho del accionado no decaería de por sí y que podría ejercerlo hasta que el actor solicite al Juzgado la declaración de rebeldía, lo que en rigor jurídico es inaceptable desde el momento en que el citado plazo de seis días tiene un carácter perentorio y fatal por expresa disposición legal. Por ello,

¹⁵ H. Alsina, Op. Cit. T. I, pg. 769.

cuando los plazos son perentorios, como en este supuesto, resulta absolutamente innecesaria la acusación de rebeldía puesto que ella se produce automáticamente por el mero vencimiento del plazo que acarrea el decaimiento o caducidad del derecho que durante su transcurso se ha dejado de usar.

Cabe mencionar, a modo de información, que en el procedimiento legislado en la Argentina en virtud de la ley N° 11.924/34, que sirvió de modelo y fuente de inspiración al legislador paraguayo, era imprescindible la acusación de rebeldía cuando el demandado no contestaba la demanda dentro del plazo de ley; empero, hay que destacar que dicha ley conoció en su fase inicial de aplicación solamente el plazo improrrogable (Art. 50) pero no el plazo perentorio o fatal que fue introducido posteriormente a través de ulteriores reformas en el procedimiento. Es por ello justamente por lo que Alsina señala que “la reforma, atento el carácter perentorio de los términos, establecido en la ley 14.237, ha suprimido el acuse de rebeldía”¹⁶, conclusión válida para nuestro régimen procesal en el cual el plazo perentorio rige genéricamente para todos los plazos en la Justicia de Paz Letrada.

Ahora bien, el Art. 374 dispone en su parte final que el traslado de la demanda debe hacerse “bajo apercibimiento de que si dejare de contestarla, se seguirá el juicio en su rebeldía, si la otra parte lo solicitare”. Esta disposición entra, aparentemente, en contradicción con lo anteriormente expuesto pues si el derecho a contestar la demanda decae automáticamente por imperio del plazo perentorio, es innecesario y hasta conflictivo un precepto que imponga el apercibimiento y la acusación de rebeldía en caso de incontestación de la demanda. Sin embargo, la contradicción es más aparente que real; la rebeldía que consagra la citada disposición legal no se refiere en modo alguno a la que sobreviene como consecuencia de la mera incontestación de la demanda, sino a la total incomparecencia del de-

¹⁶ H, Alsina, Op. Cit. T. VII, Pg. 313.

mandado en el juicio que ha sido promovido, lo que autoriza el procedimiento previsto en el Art. 368 y sigtes. del CPCC. No existe, pues, contradicción entre el plazo perentorio (Art. 395) y el apercibimiento que debe decretarse por imperio del Art. 374 pues este, lo reiteramos, no se refiere a la rebeldía parcial (caducidad de un derecho por vencimiento del plazo perentorio), sino al juicio en rebeldía que prevé un trámite especial con consecuencias también especiales. Al respecto, Alsina anota el siguiente fallo: “En el procedimiento de la ley 11.924, citado por el demandado para que conteste la demanda en los términos del Art. 35, inc. b de la misma ley (Art. 374 del COJ) el actor puede pedir, ante la incontestación de la demanda dentro del término legal que se declare rebelde al accionado de acuerdo al Art. 433 del Código Procesal (Art. 368 del CPCC) y se trabe embargo en sus bienes. Ello sin perjuicio de la norma de carácter general contenida en el Art. 45 Código Procesal (Art. 46, 2ª parte del CPCC) cuyo único objeto es dar por decaído un derecho que se ha dejado de usar por el transcurso del tiempo”¹⁷.

De acuerdo con estas consideraciones entendemos, pues, que el Juez de Paz Letrado debe ordenar el traslado de la demanda citando y emplazando al accionado para que la conteste dentro del plazo perentorio e improrrogable de seis días, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el Art. 374 del COJ. Si una vez vencido el plazo el demandado no hubiera contestado la demanda ni tampoco tomado intervención alguna en el juicio, el actor podrá solicitar al Juzgado que previo informe del actuario se haga efectivo el apercibimiento decretado en autos y se declare la rebeldía del accionado, debiendo el juicio seguir conforme con el procedimiento previsto en el Art. 368 y sigtes. del CPCC, lo que no significa para el actor la exoneración de probar sus pretensiones debiendo el Juez señalar la audiencia de prueba si hubiera hechos controvertidos (Art. 378), o, en su caso, declarar la cuestión de puro derecho (Art. 377) y dictar luego la sentencia concediendo lo reclamado por el actor siendo justo. Por el contrario, si el

¹⁷ H. Alsina, Op. Cit. T. VII, Pg. 313, nota N° 148.

demandado hubiera tomado intervención en el juicio, pero no contestare la demanda, situación inusual pero procesalmente posible, su derecho para hacerlo caduca automáticamente sin necesidad de declaración de rebeldía dado el carácter perentorio del plazo, pero no procede hacer efectivo el apercibimiento decretado ni continuar el juicio en rebeldía porque, como dice Alsina, si comparece a tomar intervención el demandado no puede ser declarado rebelde. Finalmente, cabe agregar que siendo el plazo de seis días perentorio es igualmente improrrogable, por lo que no corresponde el pedido de prórroga para contestar la demanda.

IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dispone el Art. 375 del COJ que: “El demandado deberá oponer, al contestar la demanda, todas las excepciones que tuviere y observará, en cuanto a la forma, lo que se establece para la demanda”.

1. FORMALIDADES DE LA CONTESTACION

La contestación, dice Alsina, “tiene para el demandado la misma importancia que la demanda para el actor porque fija el alcance de sus pretensiones; por eso, bajo este aspecto, hemos dicho que ella también importa el ejercicio de una acción, ya que busca, como la demanda, la tutela del órgano jurisdiccional. Con la contestación queda integrada la relación procesal y fijados los hechos sobre los cuales debe versar la prueba y recaer la sentencia, de cuyos términos no podrá apartarse bajo pena de nulidad y la que absolverá o condenará al demandado según el estado de cosas en la época de la demanda y la contestación, sin tener en cuenta las modificaciones que se hubiesen operado durante la tramitación del juicio, ya que ni el actor podrá variar su demanda ni el demandado sus defensas. De ahí las formalidades que la ley prescribe a su respecto y las precauciones con que el demandado debe formularla”¹⁸.

¹⁸ H. Alsina, Op. Cit., T. II, Pg. 133.

Estas consideraciones doctrinarias explican claramente por qué el Art. 375 del COJ establece que la contestación “observará, en cuanto a la forma, lo que se establece para la demanda”. De ello resulta que también el accionado deberá cumplir con los requisitos especificados en el Art. 372 del COJ: nombre y apellido, domicilio real, relación de los hechos, fundamento de derecho, petición clara y concreta, acompañamiento de todos los documentos que se refieran a la contestación de la demanda, señalando en su defecto el lugar, archivo u oficina en donde se encontraren¹⁹. Es evidente que el nombre y apellido del demandante no puede constituir un requisito que deba ser cumplido por el demandado, puesto que dicha exigencia ya habrá sido cumplida seguramente por el mismo accionante en la primera presentación realizada. No obstante, respecto de las demás formalidades el accionado no se encuentra exento de su cumplimiento, y en caso de que no las satisficiera puede el Juez rechazar de oficio la contestación por no ajustarse a las formas legales pues, como lo señala Alsina, “el demandado debe ser colocado en pie de igualdad con el actor”²⁰. El rechazo del escrito producirá la incontestación de la demanda con todos sus efectos legales.

2. OTRAS FORMALIDADES LEGALES

El demandado debe constituir el domicilio especial dentro del radio de 40 cuadras del asiento del Juzgado (Art. 391 del COJ), y contar con el patrocinio profesional si se presenta por sus propios derechos, o presentar el testimonio de poder en caso de representación convencional (Art. 14 y 15 del CPCC). La falta de estos requisitos, como se indicó anteriormente, no ocasiona el rechazo del escrito pero el Juez no deberá dar curso a los mismos hasta que dichas formalidades fuesen cumplidas por el accionado (Art. 88 y 392 del COJ).

Ahora bien, puede ocurrir que el accionado, intencionalmente o por simple inadvertencia, deje de constituir el domicilio especial. En estos casos, como se dijo, el Juez no dará curso a las peticiones pero

¹⁹ Concuerda con el Art. 101, inc. 3 y 4 del CPCC.

²⁰ H. Alsina, Op. Cit., T. II, Pg. 140.

como la prosecución del juicio no puede quedar librada al comportamiento procesal del demandado, muchas veces interesado en dilatar y obstruir el trámite normal del juicio, el Juzgado deberá intimarlo para que dentro del plazo perentorio de tres días, por ejemplo, constituya el domicilio especial, bajo apercibimiento de que si dejare de hacerlo se le tendrá por constituido dicho domicilio en el local del Juzgado a todos los efectos legales. Dicha providencia de intimación se notifica por automática, por imperio del Art. 393 del COJ, pues es de suponer que para ese entonces el Juez ya habrá fijado días de notificaciones en secretaría, y que el demandado se encuentra en conocimiento de ello, por eso contestó la demanda. Si una vez vencido el plazo el accionado no diere cumplimiento a la citada intimación, el Juez, previo informe del actuario, hará efectivo el apercibimiento decretado y tendrá por constituido su domicilio “ad-litem” en los estrados del Juzgado, siguiendo la instancia su curso.

En el caso de que el accionado no diere cumplimiento a la disposición del Art. 87 del COJ, la situación que se plantea es diferente. En este supuesto, el demandado debe ser también intimado por el Juez a llenar dicha formalidad dentro de un plazo igualmente perentorio, bajo apercibimiento de que si dejare de hacerlo se ordenará la devolución del escrito de contestación, de conformidad con el Art. 396 del COJ, lo que producirá inevitablemente la incontestación de la demanda. Entendemos que no obstante el carácter drástico de la medida no cabe otra solución: por un lado, por disposición expresa de la ley, no pueden darse curso a los escritos en infracción del Art. 87 del COJ; por el otro, es evidente que la prosecución del juicio no puede depender de la inercia y hasta de la mala fe del accionado, a quien no se le puede forzar físicamente al cumplimiento de dicha formalidad procesal. En consecuencia, si el demandado no la cumple a pesar de la intimación el Juzgado no tiene más alternativa que la de ordenar el desglose y devolución del escrito lo que producirá, según se dijo, la incontestación de la demanda.

3. SITUACIONES PROCESALES DIVERSAS AL CONTESTAR LA DEMANDA

Siguiendo al procesalista Hugo Alsina, una vez ordenado el traslado de la demanda pueden presentarse diversas situaciones procesales, según que el demandado comparezca o no a estar en juicio y conteste o no la demanda, cuyas consecuencias jurídicas varían según los términos de la contestación.

A) Demandado que no comparece a estar en juicio y que tampoco contesta la demanda dentro del plazo de ley: siendo el plazo de seis días de carácter perentorio, una vez vencido el mismo se produce automáticamente el decaimiento del derecho del accionado, sin necesidad de acusar la rebeldía, consecuencia inexorable en caso de los plazos fatales. Ahora bien, la incontestación de la demanda no exonera al actor de producir sus pruebas a fin de justificar debidamente lo alegado en su escrito de demanda porque dicha incontestación, aunque crea a su favor una presunción prueba “*juris tantum*”, debe ser corroborada y no desvirtuada por la aportada. En este sentido, la doctrina es uniforme: Alsina expresa: “la incomparecencia del demandado dentro del término del emplazamiento... no eximirá al actor de probar los hechos cuando ellos no resulten de la documentación acompañada”²¹. Por su parte, Serantes Peña y Clavell Borrás sostienen que la incontestación de la demanda “implica confesión ficta de los hechos, pero no reconocimiento del derecho, por lo que no exime al Juez de abrir la causa a prueba; no obstante, la incontestación, el Juez debe verificar si los hechos afirmados por el actor, fundamentan sus pretensiones jurídicas...; la incontestación circunscribe la litis, y por tanto, la sentencia a los hechos alegados en la demanda”²². Igualmente, la jurisprudencia ha determinado que “el decaimiento del derecho para contestar la demanda no otorga automáticamente a la parte demandante lo que reclama, sino cuando probare ser ello

²¹ H. Alsina, Op. Cit., T. III, Pg. 924.

²² O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., Pg. 66.

justo”²³. Así, pues, si el demandado no comparece y no contesta la demanda, el demandante igualmente deberá probar los hechos por él alegados, y solicitará al Juez que, previo informe del actuario, señale la audiencia de prueba, salvo que la cuestión sea de puro derecho o que los hechos alegados resulten claramente probados de la documentación acompañada (instrumentos públicos o indubitados), en cuyo caso el Juez podrá declarar la cuestión como de puro derecho de oficio o a petición de parte interesada.

B) Demandado que comparece a estar en juicio pero que no contesta la demanda: una variante de la situación anterior se produce cuando el emplazado comparece a estar en juicio, pero no contesta la demanda. Sobre esta situación particular refiere Alsina: “Su silencio no importa un reconocimiento de los hechos; por consiguiente, deberá designarse audiencia para la recepción de la prueba, en la que el demandado puede aportar la que haga a su derecho, sin perjuicio de que, según las circunstancias, el Juez aprecie ese silencio en la forma prevenida en el Art. 100, inc. 1º del código (corresponde al Art. 101), es decir, como un asentimiento tácito”²⁴. De la misma manera que en el caso anterior, entendemos que, si el demandado toma intervención en el juicio sin contestar la demanda y sin referirse a ella para nada, el Juez puede declarar la cuestión de puro derecho y obviar la prueba cuando las alegaciones de la actora se hallen debidamente justificadas a través de la documentación acompañada que debe ser decisiva y terminante.

C) Demandado que contesta la demanda: En este caso pueden presentarse a su vez, tres situaciones bien diferenciadas:

a) El demandado se allana a la demanda: En este caso, según Alsina, “el allanamiento es el acto por el cual el demandado admite, más que la exactitud de los hechos, la legitimidad de las pretensiones del actor, y, desde luego, podrá hacerse no solo en la contestación de

²³ Repertorio de Jurisprudencia de A. Laconich, Nos. 131, 132, 134.

²⁴ H. Alsina, Op. Cit., T. III, Pg. 924.

la demanda, sino en cualquier estado del juicio. El Código de Procedimientos no contiene disposiciones que se refieran a esta posible actitud del demandado, pero son de fácil deducción. El allanamiento puede ser expreso o tácito: lo primero ocurre cuando el demandado reconoce categóricamente los hechos y el derecho invocado en la demanda; lo segundo, cuando el demandado, sin contestar la demanda, deposita la cosa o ejecuta el acto que se le reclama”²⁵. En este caso, no corresponde, por tanto, que el Juez de Paz Letrado fije audiencia de prueba ni tampoco que declare la cuestión de puro derecho porque no existen ni hechos ni derechos controvertidos; corresponde, pues, que previo llamamiento de autos el Juez dicte la sentencia definitiva haciendo lugar a la demanda por allanamiento del demandado.

b) El demandado reconoce el hecho, pero niega el derecho: este segundo caso se presenta cuando el demandado reconoce el hecho, pero desconoce el derecho porque atribuye al primero una significación jurídica diferente. “El caso más común, señala Alsina, se presenta cuando se niega en la contestación la existencia de una norma jurídica que ampare la pretensión del actor o se discute su interpretación, diciéndose entonces que la cuestión es de puro derecho”²⁶. En consecuencia, es de aplicación la disposición del Art. 377 del Código de Organización Judicial.

c) El demandado niega el hecho y también el derecho: acontece cuando hechos y derechos invocados son desconocidos por el accionado. En este supuesto el demandado deberá “confesar o negar categóricamente los hechos establecidos en la demanda, pudiendo su silencio o sus respuestas evasivas estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos a que se refieran” (Art. 101, inc. 1º del CPCC); y asimismo, deberá oponer “las defensas substanciales que tuviere”²⁷, en cuyo caso estará obligado a “especificar con claridad los hechos que alegue, por su parte, como fundamento de sus excepciones” (Art. 101, inc. 2 CPCC). En estas condiciones procesales la suerte de la

²⁵ H. Alsina, Op. Cit., T. II, Pg. 141.

²⁶ H. Alsina, Op. Cit., T. II, Pg. 142.

²⁷ H. Alsina, Op. Cit., T. III, Pg. 921.

demanda depende totalmente de la prueba que sea aportada por el actor, para lo cual el Juez deberá recibir necesariamente la causa a prueba fijando la audiencia que preceptúa el Art. 378 del Código de Organización Judicial.

4. SUPRESIÓN DE EXCEPCIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO

Dispone el Art. 375 del COJ que “el demandado deberá oponer al contestar la demanda, todas las excepciones que tuviere...”. El artículo no distingue entre excepciones substanciales o de fondo y excepciones procesales o dilatorias, pues según la disposición el demandado deberá oponer al contestar la demanda “todas las excepciones que tuviere”. De la redacción del texto legal se infiere sin lugar a dudas que el concepto de “excepciones” ha sido tomado por el legislador en sentido amplio o lato, vale decir, como medios generales de defensa que el demandado puede oponer a la acción del demandante, lo que equivale a sostener que en la Justicia de Paz Letrada no existen excepciones de previo y especial pronunciamiento.

En efecto, las excepciones legisladas como previas en el Art. 85 del CPCC han sido suprimidas en el procedimiento establecido para el juicio ordinario en la Justicia de Paz Letrada pues la substanciación de las mismas implicaría una prolongación innecesaria del juicio, situación antieconómica no deseada por el legislador que dispuso para el mismo un trámite breve y sumario, desprovisto de papelismo y de toda burocracia procesal que conspire contra la finalidad de la institución, cual es el pronunciamiento judicial rápido con el mínimo de erogaciones y de desgaste jurisdiccional.

La afirmación de que en la Justicia de Paz Letrada se han suprimido las excepciones de previo y especial pronunciamiento se fundamenta en los siguientes argumentos:

A) En primer lugar, el informe de la Comisión Legislativa del Parlamento Argentino que redactó la ley 11.924/34 -que ha sido to-

mada como modelo y como fuente de inspiración por el legislador paraguayo- ha declarado textualmente que “las excepciones deberán oponerse como simples defensas y al hacer la contestación de la demanda”²⁸. El informe de la Comisión Legislativa es absolutamente válido y por lo tanto aplicable a nuestra legislación puesto que la ley que creó en nuestro país la Justicia de Paz Letrada, en su parte pertinente, no es sino la adaptación de la citada ley 11.924 con algunas modificaciones; además, el Art. 375 del COJ es la repetición fiel del Art. 35, inc. c de la mencionada ley argentina.

B) En segundo lugar, la doctrina es uniforme en sostener el criterio enunciado pues Alsina refiere enfáticamente que “en la Justicia de Paz Letrada no existen excepciones de previo y especial pronunciamiento”²⁹. Igualmente, Serantes Peña y Clavell Borrás, en su obra “Procedimiento en la Justicia Nacional de Paz”, señalan que entre las características procesales más novedosas y resaltantes que ha introducido la Justicia de Paz Letrada se encuentra precisamente “la supresión del previo y especial pronunciamiento en las excepciones opuestas en el juicio ordinario y producción de la prueba de ellas conjuntamente con la que se relacione con lo principal”³⁰.

C) En tercer lugar, dispone el Art. 377 del COJ que una vez contestada la demanda el Juez deberá necesariamente señalar la audiencia de prueba dentro de los diez días, si existiesen hechos controvertidos, o, en su caso, declarar la cuestión de puro derecho y dictar luego la sentencia, trámite claro y terminante del cual no surge ni siquiera tácitamente la posibilidad de que las excepciones dilatorias pudieran ser resueltas como previas.

D) En cuarto lugar, es sabido que se denominan excepciones de previo y especial pronunciamiento aquellas que se deducen, se prueban y se resuelven antes de contestar la demanda³¹. A “contrario

²⁸ H. Alsina, Op. Cit., T. VII, Pg. 230.

²⁹ H. Alsina, Op. Cit., T. III, Pg. 922.

³⁰ O. Serrantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit. , Pg. 12.

³¹ H. Alsina, Op. Cit., T. II, Pg. 88.

sensu”, si de conformidad con el Art. 375 del COJ todas las excepciones deben ser opuestas con la contestación de la demanda, es lógico concluir que las dilatorias que puedan eventualmente oponerse ya no serán nunca de previo y especial pronunciamiento, sino que tendrán que ser opuestas como medios generales de defensa para ser resueltas en la sentencia definitiva.

E) En quinto lugar, por todo lo expuesto cabe concluir que las excepciones que genéricamente menciona el Art. 375 del COJ se encuentran todas -substantiales y procesales- en la misma condición procesal en que se hallan actualmente las excepciones perentorias legisladas en el Art. 96 del CPCC las cuales, por disposición del Art. 31 del Dto. Ley N° 5679, “solo podrán ser interpuestas como medios generales de defensa y no como excepciones previas”.

Así, pues, vemos que la supresión de las excepciones de previo y especial pronunciamiento en la Justicia de Paz Letrada surge no solamente de la doctrina y de los fundamentos legislativos del antecedente argentino, sino de la misma ley cuando ella es interpretada debidamente dentro del contexto jurídico y sistemático al cual pertenece.

5. TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES

Si bien es indiscutible que las excepciones enumeradas en el Art. 85 del CPCC no pueden ser resueltos como previas en la Justicia de Paz Letrada, se plantea, no obstante, la interrogante de si las mismas deben ser o no substanciadas, y, en caso afirmativo, cuál sería el trámite que se les imprimiría. Alsina, sostiene que “cuando en la contestación se opone una excepción dilatoria... debe correrse traslado al actor porque en virtud del principio de contradicción no podría resolverse sin su audiencia”³², procedimiento este que puede aplicarse igualmente a la Justicia de Paz Letrada desde el momento en que el solo traslado no implica el que dichas excepciones tengan que ser necesariamente resueltas como previas.

³² H. Alsina, Op. Cit., T. II. Pg. 146.

Se presenta así una situación procesal confusa porque, por un lado, según el tratadista citado, debe correrse traslado a la parte actora de las excepciones procesales de las calificadas dilatorias en virtud del principio de contradicción; pero, por otro lado, dicha substantiación o traslado no surge, al menos explícitamente, de la ley que rige el procedimiento para el juicio ordinario. Esta ambigüedad provoca que en la práctica puedan adoptarse diferentes tipos de procedimientos que constituyen otras tantas opciones procesales:

A) Opuestas las excepciones legisladas en el Art. 85 del CPCC como medios generales de defensa al contestar la demanda, el Juez no deberá correr traslado de las mismas, ni recibirlas especialmente a prueba, ni mucho menos resolverlas previamente. Los hechos consignados en la contestación y en el escrito de las excepciones deberán ser probados en la audiencia reservada para el juicio principal, conforme con el Art. 378 del COJ, resolviéndose la excepción y el fondo del juicio en la sentencia definitiva. Este procedimiento sería el resultado de una aplicación estricta, literal y no interpretada de la ley, que implicaría desoir a la parte actora en cuanto a los hechos de la excepción opuesta concierne, y desconocer, asimismo, el principio de contradicción. Además, si se omite el traslado de la excepción opuesta no podrían existir hechos controvertidos que deban probarse en la audiencia respectiva, por lo que entendemos que esta primera modalidad no es correcta.

B) Opuestas las excepciones dilatorias se correrá traslado de las mismas por tres días al solo efecto de oír a la parte actora, y habiendo hechos controvertidos se recibirán las excepciones a prueba en la misma audiencia del juicio principal, resolviéndose en la sentencia definitiva. En este sentido, Alsina sostiene que al contestar la demanda el demandado “deberá también oponer todas las excepciones procesales que sean procedentes, de las que se dará traslado por tres días al actor, y habiendo hechos controvertidos se recibirá la

prueba en la misma audiencia designada para la recepción de la relativa a los hechos articulados en la demanda y en la contestación”³³. Igualmente, Serantes Peña y Clavell Borrás señalan que “de las excepciones se da traslado al excepcionado por tres días, por nota y con copias. Una vez contestada la vista por el actor, la prueba se substancia junto con las del hecho principal, en la audiencia. La resolución sobre las excepciones forma cuerpo de la sentencia definitiva, o bien la substituye cuando aquella declara procedente una excepción que impide entrar a considerar la cuestión demandada”³⁴. La doctrina, pues, es uniforme en considerar que si bien las excepciones procesales dilatorias no son nunca de previo y especial pronunciamiento en la Justicia de Paz Letrada, son, no obstante, susceptibles de traslado para oír a la otra parte, probándose en la audiencia del juicio principal y resolviéndose en la sentencia definitiva junto con la cuestión de fondo.

No obstante, no han faltado objeciones a dicho procedimiento. El mismo Alsina dice que “en algunos casos se ha admitido como previa la incompetencia de jurisdicción, arguyéndose que no hay objeto en tramitar un juicio que después puede quedar sin efecto por falta de competencia en el Juez”³⁵, y lo mismo señalan Serantes Peña y Clavell Borrás³⁶. Empero, a pesar de todo lo dicho Alsina no piensa que dicha excepción tenga que ser tramitada como previa; es más, se opone a ello diciendo: “Si la excepción de incompetencia es fundada, el actor no tendrá ningún interés en oponerse, y se allanará a ella cuando se le corra traslado; si no lo hace cargará con las consecuencias de su actitud. Si es infundada, no existe ningún peligro porque la sentencia del Juez será válida y se habrá ganado tiempo”³⁷. Lo mismo afirma respecto de las demás excepciones dilatorias (falta de personería, de defecto legal y de litispendencia). En cuanto a la excepción de arraigo (Art. 86 del CPCC) existen posturas encontradas:

³³ H. Alsina, Op. Cit., T. III, Pg. 922.

³⁴ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., Pg. 68.

³⁵ H. Alsina, Op. Cit., T. III, Pg. 922.

³⁶ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., Pg. 68.

³⁷ H. Alsina, Op. Cit., T. III, Pg. 922.

un fallo argentino anotado por Alsina declara que “la excepción de arraigo es improcedente” en la Justicia de Paz Letrada³⁸; en cambio, Serantes Peña y Clavell Borrás anotan que “la excepción de arraigo es admisible en la Justicia de Paz. Es susceptible de previo y especial pronunciamiento si se sustenta en fundamentos de derecho o de hechos admitidos estos por ambas partes”³⁹.

C) Una tercera posibilidad en cuanto al trámite de las excepciones procesales dilatorias en la Justicia de Paz Letrada surge de la modalidad adoptada por la ley argentina respectiva, reformada. Según el Art. 35 de la ley 11.924/34, reformada en virtud del Dto. Ley N° 23.398/56, “el demandado deberá oponer, al contestar la demanda, todas las excepciones que tuviere y observará en cuanto a sus recaudos lo establecido para aquella. De las excepciones se dará traslado por tres días, que quedará notificado por nota. Evacuado el traslado, o vencido el término para hacerlo, si la cuestión fuese de puro derecho, el Juez así lo declarará y, firme este pronunciamiento, dictará sentencia en el incidente. Si no se tratare de cuestión de puro derecho, toda excepción se resolverá al dictar sentencia definitiva”.

De acuerdo con el texto de reforma, se han introducido en el procedimiento de la Justicia de Paz Letrada las excepciones de previo y especial pronunciamiento, pero solamente para aquellas excepciones que en el juicio fuesen declaradas de puro derecho, porque si hubiesen hechos controvertidos “se recibirá la prueba en la misma audiencia designada para la recepción de la relativa a los hechos articulados en la demanda y en la contestación, resolviéndose la excepción al dictar la sentencia definitiva”⁴⁰. No obstante, la practicidad de este procedimiento, es evidente que dicha modalidad es absolutamente inaplicable en nuestro régimen procesal, no porque fuese equi-

³⁸ H. Alsina, Op. Cit., T. III, Pg. 922, Nota N° 37.

³⁹ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., Pg. 69.

⁴⁰ H. Alsina, Op. Cit., T. VII, Pg. 303.

vocado, sino simplemente porque nuestra ley no permite, como se demostró, que las excepciones dilatorias puedan ser resueltas antes de la sentencia definitiva.

SINTETIZANDO, entendemos, pues, que, si bien las excepciones dilatorias no pueden ser resueltas como previas a la sentencia definitiva, pueden ser, no obstante, objeto de traslado, tal como lo sostienen los tratadistas citados, y como lo ha dispuesto expresamente la ley de reforma en la Argentina. De esta suerte, al contestar la demanda, el demandado deberá oponer todas las excepciones que tuviere (Art. 375). Si a más de las defensas substanciales opusiere también algunas de las excepciones dilatorias taxativamente enumeradas en el Arts. 85 y 86 del CPCC, el Juez correrá traslado de las excepciones opuestas a la parte actora por el plazo perentorio de tres días, resolución que se notifica por automática. Si la excepción opuesta fuere la de incompetencia de jurisdicción, deberá correrse traslado al Agente Fiscal, de conformidad con el Art. 349 del CPCC. Contestado el traslado, o en su caso vencido el plazo para hacerlo, el Juez, de oficio, o a petición de parte, sin necesidad de declarar la rebeldía y previo informe del actuario, señalará la audiencia prevista en el Art. 378 del COJ a los efectos de que se produzca la prueba sobre los hechos controvertidos de la excepción como también sobre los hechos controvertidos del juicio principal, o, en caso contrario, si la excepción planteara una cuestión de puro derecho, solamente sobre los hechos controvertidos articulados en la demanda y contestación, si la litis no fuera declarada de puro derecho. Finalizada la audiencia, o firme el auto que declaró la cuestión de puro derecho, el Juez dictará la sentencia definitiva en la cual resolverá primero las excepciones opuestas, teniendo presente el precepto del Art. 94 del CPCC, y luego resolverá la cuestión de fondo, siempre y cuando la excepción no fuera declarada procedente, pues, como lo señalan Serantes Peña y Clavell Borrás, ello impediría al Juez considerar la cosa demandada.

Con el procedimiento indicado no se infringe absolutamente ninguna disposición legal puesto que lo que la ley no quiere es que

las excepciones sean resueltas como previas a la sentencia definitiva, pero no prohíbe que de las mismas se corra traslado a la parte actora; al contrario, dicho traslado se impone como un trámite imperativo y de aplicación indispensable si se tiene en cuenta uno de los principios básicos del Derecho Procesal: el principio de contradicción, cuyo desconocimiento puede provocar la nulidad de las actuaciones del proceso.

6. TRASLADO DE LOS DOCUMENTOS ACOMPAÑADOS POR EL DEMANDADO.

Dispone el Art. 103 del CPCC que: “Propuesta la reconvencción, o presentándose documentos por el demandado, se dará traslado al demandante con término de nueve días”, En efecto, si el demandado, al contestar la demanda, acompaña documentos, el Juzgado debe correr traslado de los mismos, por el término de tres días que es el plazo común para las vistas y traslados en la Justicia de Paz Letrada. En dicho caso, el actor, dice Laconich, “al contestar el traslado que se le confiera de los documentos presentados por los demandados debe circunscribirse al objeto de tal traslado, expresando únicamente lo que estime conveniente acerca de los documentos, sin ocuparse para nada de la “exposición de los demandados”, porque no es sobre ella que la ley quiere que se le oiga. Estos nuevos argumentos no pueden, desde luego, alterar la relación procesal”⁴¹.

V. LA RECONVENCIÓN

Dispone el Art. 376 del COJ: “Si se dedujera reconvencción, se dará traslado de esta al actor por seis días, y se seguirá, en lo demás, los trámites que se establecen para la demanda”.

⁴¹ A. Laconich, Repertorio de Jurisprudencia, pg. 57, N° 138.

1. LA DEMANDA RECONVENCIONAL

La reconvención no constituye, como frecuentemente se considera, una contrademanda, sino una auténtica demanda que el accionado promueve contra su demandante en el mismo juicio y por los mismos trámites, de ahí que el Art. 364, inc. a. del COJ la califique de “demanda reconvencional”. En efecto, dice Alsina que “puede ocurrir que el demandado, aparte de las defensas que le competan contra la acción que se le promueve, tenga a su vez una acción que ejercitar contra el actor, derivada de la misma o de una distinta relación jurídica. Se trata, en realidad de acciones distintas, donde el sujeto pasivo de una se convierte en sujeto activo de la otra, por lo que normalmente tendrían que ser substanciadas en procesos independientes, pero por las mismas razones que se permite al actor acumular en la demanda todas las acciones que tenga contra el demandado, se permite a este acumular en la contestación las acciones que tenga contra su demandante. Se satisface con ello un principio de economía procesal, pues se evita la multiplicidad de juicios, y se facilita la acción de la justicia... La reconvención es una nueva demanda del demandado contra el actor, que no tiene por objeto destruir la acción deducida por aquél, sino que persigue también la declaración o el reconocimiento de un derecho de la misma o distinta naturaleza del que funda la demanda principal”⁴². Serantes Peña y Clavell Borrás sostienen que “la reconvención, es, pues, otra demanda introducida por el demandado en su contestación y deberá, en consecuencia, llenar todos los recaudos de aquella. La reconvención constituye un caso de pluralidad de litis en un proceso entre las mismas partes por lo cual, para que resulte viable, será necesario que ambas demandas respondan a un mismo trámite. Así, por ejemplo, no es admisible la reconvención por desalojo en un juicio de consignación dado que uno es sumario y ordinario el otro”⁴³. Igualmente, el Dr. César Garay aporta al respecto conceptos análogos⁴⁴.

⁴² H. Alsina, Op. Cit., T. II, Pg. 153, 154.

⁴³ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., Pg. 70.

⁴⁴ C. Garay, Técnica Jurídica, Ed. Emasa, 1982, Pg. 119.

Como se dijo, en la reconvencción los papeles de actor y demandado se invierten lo que no impide que la demanda principal y la reconvenccional mantengan su independencia, pudiendo producirse la caducidad de la una sin que ocurra la de la otra. La demanda reconvenccional debe ser deducida en el momento de contestar la demanda (Art. 102 del CPCC), ni antes ni después y solamente es procedente en el juicio ordinario por sus mismos trámites, y se resuelve en la misma sentencia con el juicio principal. Empero, la sentencia “debe contener decisión expresa y precisa sobre las cuestiones propuestas por las partes. En consecuencia, es improcedente un pronunciamiento común sobre dos peticiones formuladas en juicios distintos”⁴⁵.

2. LA COMPETENCIA EN LA RECONVENCIÓN

Las demandas reconvenccionales deben tener en cuenta fundamentalmente la competencia del Juez por razón de la materia y la cuantía. En cuanto a lo primero, la Justicia de Paz Letrada es una Justicia de Primera Instancia de menor cuantía para entender y decidir en asuntos civiles y comerciales, de donde resulta que a una demanda civil se puede oponer una reconvencción comercial, o a la inversa. Con relación a la cuantía, el monto de la reconvencción no debe exceder el límite de los 300 jornales mínimo legal que dispone el Art. 364 del Código de Organización Judicial. Por esta razón, el reconviniente debe necesariamente indicar con precisión el monto de la suma que reclama según los criterios especificados en el Art. 15 del COJ, o, su caso expresar el valor de la demanda bajo juramento, de conformidad con el Art. 366 del mismo cuerpo legal. Si así no lo hiciere, el Juez antes de proveer deberá mandar al interesado el cumplimiento de este requisito, o que a su respecto lo que fuese necesario para su determinación.

⁴⁵ H. Alsina, Op. Cit., T. VII, Pg. 311, nota N° 147 (Cam. de Paz).

3. FORMALIDADES DE LA DEMANDA RECONVENCIONAL

Desde el momento en que la reconvencción constituye una demanda independiente debe observar estrictamente las formalidades dispuestas para la demanda ordinaria, de conformidad con el Art. 372 del COJ, como asimismo, de las demás exigencias de las cuales ya se ha hablado en su oportunidad. La ausencia de las mismas puede ocasionar el rechazo de la demanda revonvencional o la paralización de sus trámites, según corresponda.

4. TRASLADO DE LA RECONVENCIÓN. NOTIFICACIÓN. PLAZO PARA CONTESTARLA

Contestada la demanda y promovida juntamente con ella la reconvencción se dará traslado de esta al actor, con las copias de los documentos acompañados, por el plazo de seis días, según lo dispone el Art. 376 del COJ que establece: “Si se dedujere reconvencción se dará traslado de esta al actor por seis días, y se seguirá, en lo demás, los trámites que se establecen para la demanda”.

La demanda reconvencional, de acuerdo con el Art. 393 del COJ, debe ser notificada por cédula en el domicilio constituido por el actor. El plazo de seis días empieza a computarse al día siguiente hábil de la notificación, siendo el mismo de carácter perentorio e improrrogable, según el Art. 395, la parte. Transcurrido dicho plazo sin que el actor (reconvenido) haya contestado la reconvencción, su derecho decae automáticamente en virtud del plazo perentorio sin necesidad de acusar o de declarar la rebeldía, quedando expedita la vía para ordenar la audiencia de prueba o declarar la cuestión de puro derecho, según corresponda a las circunstancias del caso.

5. CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN

En la contestación, el reconvenido deberá limitarse a contestar los términos de la reconvencción sin referirse para nada a la contestación hecha por el demandado, puesto que ello implicaría modificar

los términos en que se trabó la litis. Si, no obstante, así lo hiciera, el Juez no deberá tener en cuenta dichas manifestaciones al dictar sentencia, por improcedentes. Según Serantes Peña y Clavell Borrás, 'el actor, al contestar la reconvencción solo debe referirse a los términos de esta y no a la defensa que de la demanda hubiera hecho el demandado. Lo contrario implicaría conceder un privilegio al actor en la exposición de argumentos en detrimento de la igualdad de la defensa en juicio. El Juez podrá, de oficio, hacer testar cuanto resulte violatorio de esta igualdad ya que se trata de una cuestión de orden público'⁴⁶.

En todo lo demás, la reconvencción deberá ser contestada en la misma forma que lo establecido para la contestación de la demanda; el reconvenido puede oponer excepciones substanciales y procesales como medios generales de defensa, debiendo el Juez en este último caso correr traslado a la adversa de las dilatorias opuestas por el plazo perentorio de tres días y continuar luego el trámite que ya fuera explicado anteriormente para la contestación de la demanda. No se admitirá "Reconvencción de la reconvencción"⁴⁷.

VI. CUESTIÓN DE PURO DERECHO

El Art. 377 del COJ establece: "Contestada la demanda o la reconvencción, o acusada la rebeldía, en su caso, y no habiendo hechos controvertidos, el Juez declarará la cuestión de puro derecho, y si esta resolución no fuere apelada dentro de las 24 horas, dictará sentencia en un término que no podrá exceder de diez días".

La cuestión se declara de puro derecho cuando contestada la demanda o la reconvencción no hay hechos controvertidos, esto es, cuando la parte demandada reconoce los hechos alegados por el actor en su escrito, o, como dice Alsina, "cuando hay conformidad sobre los hechos y solo se discute el derecho"⁴⁸, quedando a cargo del Juez la

⁴⁶ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., Pg. 71.

⁴⁷ C. Garay, Op. Cit. 121.

⁴⁸ H. Alsina, Op. Cit. T. II, Pg. 166.

interpretación y aplicación de la ley al caso planteado. Al respecto, afirma el Dr. Garay: “Cuando el asunto es de puro derecho se elimina la justificación de los hechos, si bien es verdad que el Juez tiene facultades para ordenar, Art. 58, diligencias para mejor proveer”⁴⁹. Declarada por el Juez la cuestión de puro derecho no corresponde el nuevo traslado a las partes, según lo prevé el Art. 104 del CPCC, pues el Art. 377 del COJ expresa claramente que, si la resolución no fuere apelada dentro de las 24 horas, el Juez deberá dictar la sentencia en el plazo de diez días. En este sentido, la doctrina es uniforme: Serantes Peña y Clavell Borrás afirman que “se prescinde de un nuevo traslado por su orden, como en el procedimiento común, así como de los vulgarmente llamados “escritos de réplica y súplica”, del Código de Procedimientos, aunque el Juez, si lo creyere necesario, podrá conferirlo. En este caso, las partes solo podrán mejorar o ampliar el derecho alegado, manteniendo indemnes los términos de la litis-contestatio”⁵⁰; por su parte, Alsina, señala: “si el demandado contesta la demanda y no hay hechos controvertidos, el Juez declarará la cuestión de puro derecho, auto que es apelable en el término de 24 horas, y luego dictará sentencia, sin necesidad de correr nuevo traslado, aunque podría hacerlo para mejor proveer”⁵¹.

Es importante destacar que, si las partes solicitan que la cuestión sea declarada de puro derecho, el Juez lo declarará así, aunque su criterio sea diferente. En efecto, un fallo anotado por Alsina expresa: “No procede la apertura de la causa a prueba si las partes manifiestan conformidad para que la cuestión se declare de puro derecho, aun cuando el Juzgado estime que existen hechos controvertidos”⁵². Igualmente, Serantes Peña y Clavell Borrás sostienen que “si los litigantes solicitaren la declaración de puro derecho, el Juez se abstendrá de abrir la causa a prueba y los autos quedarán conclusos

⁴⁹ C. Garay, Op, Cit., Pg. 125.

⁵⁰ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit. Pg. 73.

⁵¹ H. Alsina, Op. Cit. T. III, Pg. 924.

⁵² H. Alsina, Op. Cit., T. II, Pg. 167, nota N° 99.

para definitiva, aunque a su juicio no fuera procedente tal declaración”⁵³.

1. NOTIFICACIÓN AUTOMÁTICA

El auto por el cual el Juez declara la cuestión de puro derecho se notifica a las partes por automática, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 393 del COJ cuya enumeración, siguiendo la jurisprudencia argentina antes de la reforma, debe considerarse como taxativa⁵⁴, pues dicho auto no figura entre aquellos que expresamente deben ser notificados por cédula. Serantes Peña y Clavell Borrás, refiriéndose al juicio ejecutivo, sostienen que “el auto que declara la cuestión de puro derecho se notifica por nota”⁵⁵, e idéntico criterio sostiene Raimundo L. Fernández quien ha anotado jurisprudencia sobre la materia⁵⁶.

Debe aclararse aquí que la notificación por nota de que hablan los citados autores equivale en la Justicia de Paz Letrada a la notificación automática, puesto que la primera fue instituida por el Dto. Ley N° 5679 solamente para los juicios regulados en el CPCC, mientras que en la Justicia de Paz Letrada se han legislado únicamente la notificación automática (regla general), la notificación personal, la notificación por cédula, y, supletoriamente, la notificación por edictos, enumeración en donde no figura para nada la llamada notificación por nota.

No obstante, Alsina entiende que la enumeración del Art. 393 del COJ es incompleta y, en ese sentido, dice que “debe notificarse por cédula el auto que declara la cuestión de puro derecho, no solo

⁵³ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., Pg. 73.

⁵⁴ R.L. Fernández, Derecho Procesal Civil II, Procedimientos Especiales, Pg. 153.

⁵⁵ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., Pg. 97.

⁵⁶ R.L. Fernández, Op. Cit. Pg. 153.

porque importa la exclusión de la prueba, sino porque la ley lo declara expresamente apelable”⁵⁷. Un fallo anotado por el citado procesalista (para el juicio ordinario del CPCC) expresa: “El auto que declara la cuestión de puro derecho debe notificarse por cédula”⁵⁸. Cabe agregar, que la reforma argentina ha introducido en el procedimiento de la Justicia de Paz Letrada la obligación de notificar por cédula el auto que declara la cuestión de puro derecho⁵⁹.

2. APELABILIDAD Y SENTENCIA

Si el auto que declara la cuestión de puro derecho no es apelado dentro del plazo perentorio de 24 horas de notificado, quedará consentido y el Juez deberá dictar la sentencia definitiva en el plazo de diez días. Por el contrario, “pudiera ocurrir que las partes no estuvieran conformes con la calificación que el Juez haga estimando la cuestión de puro derecho. Podrán entonces interponer.... el (recurso) de apelación directamente”⁶⁰ en el plazo de 24 horas previsto en la ley.

Del texto del Art. 377 no surge la necesidad de llamar “autos para sentencia”, como ocurre con el juicio ordinario común legislado en el CPCC. Por ello, se ha sostenido que concluída la audiencia de prueba, o firme el auto que declara la cuestión de puro derecho, en su caso, la causa queda automáticamente en estado, debiendo el Juez dictar la sentencia en el plazo de ley. No obstante, entendemos que sería muy recomendable la declaración expresa de la llamada de autos para sentencia, porque de esta manera se lleva a las partes la convicción jurídica y psicológica de que el trámite procesal ha concluído para ellas no pudiendo presentarse más pedidos ni producirse prueba alguna⁶¹.

⁵⁷ H. Alsina, Op. Cit. T. III, Pg. 914.

⁵⁸ H. Alsina, Op, Cit., T. II, Pg. 167, nota N° 100.

⁵⁹ “Serán notificados personalmente o por cédula el auto que declare la cuestión de puro derecho”, Art. 49, ley 11.924/34, reformada por el Dto. Ley N° 23.398/56.

⁶⁰ H. Alsina, Op. Cit., T. II, Pg. 168.

⁶¹ Para una próxima colaboración: “La audiencia de prueba en la Justicia de Paz Letrada”.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

1. ALSINA, HUGO, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Tomos I, II, III, años 1941, 1942, 1943 respectivamente, Buenos Aires.

2. ALSINA, HUGO, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, 2a. Ed., T. VII, actualizado por el Dr. Jesús Cuadrao, 1965, Buenos Aires.

3. SERANTES PEÑA, OSCAR y CLAVELL BORRAS, JAVIER, “El Procedimiento en la Justicia Nacional de Paz”, la, edición, Ed. Temis, 1954, B. Aires.

4. SERANTES PEÑA, OSCAR y CLAVELL BORRAS, JAVIER, “El Procedimiento en la Justicia Nacional de Paz”, Ley 11924, Suplemento de actualización, Ed. Depalma, 1959, B. Aires.

5. GARAY, CESAR, “Técnica Jurídica”, Ed, Emasa, 1982, Asunción.

6. FERNANDEZ, RAIMUNDO L., “Derecho Procesal Civil”, II, Procedimientos.

7. Especiales, 1955, B. Aires.

LEGISLACIÓN:

- a) Ley N° 879/81 “Código de Organización Judicial”, y su modificatoria N° 963.
- b) Ley 11,924/34, de la Rca. Argentina s/creación de la Justicia de Paz Letrada.
- c) Dto. Ley de reforma N° 23.398/56, de la Rca. Argentina.
- d) Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Rca. del Paraguay.

8. JURISPRUDENCIA, A. Laconich, “Repertorio de Jurisprudencia”, 1968, Asunción.



El juicio ordinario en la Justicia de Paz Letrada

Abg. Marcos Riera Hunter¹

SUMARIO

Generalidades. Fijación de la Audiencia de Prueba. Preparación de las pruebas. Realización de la audiencia de prueba. Prórroga de la audiencia de prueba. Postergación. Medidas para mejor proveer. La Sentencia. Notificación y apelación. Ejecución de sentencia.

El Art. 378 del Código de Organización Judicial (COJ) dispone: “Si hubieren hechos controvertidos, el Juez convocará a las partes a una audiencia, que será realizada dentro de los diez días, para que concurran con las pruebas de que intenten valerse”.

I. GENERALIDADES

Si el demandado negare los hechos afirmados por la parte actora, o si guardare silencio y los mismos no pudieran ser probados con la documentación acompañada, deben considerarse hechos controvertidos que deben ser objeto de prueba, según lo disponen los Arts. 378 y siguientes del Código de Organización Judicial. En materia de prueba, salvo las características singulares que por el espíritu de la institución corresponden a la Justicia de Paz Letrada, se aplican casi todas las instituciones procesales reguladas por el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales, que han sido estudiadas por los tratadistas bajo el título de “Teoría de la Prueba”.

La prueba, dice Alsina, es “La comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 8- 1985.
Juez de Paz Letrado.

del cual depende el derecho que se pretende”²; aquella, pues, debe recaer exclusivamente sobre hechos controvertidos que hayan sido articulados en la demanda y la contestación, siempre que dichas pruebas no sean innecesarias, improcedentes o extemporáneas, en cuyo caso el Juez podrá rechazarlas, al igual que aquellas que recaigan sobre hechos confesados (Art. 387 del COJ) o notorios. En caso de duda, el Juez deberá ordenar el diligenciamiento de las mismas, pues, como lo dice el tratadista citado “La apertura de la causa a prueba o la declaración de puro derecho, depende, pues, del juicio que se forme el tribunal de la causa sobre las diversas circunstancias concurrentes. Pero en caso de duda debe recibirse la causa a prueba, sin perjuicio de apreciarse la que se aporte en oportunidad de la sentencia, que será cuando se determine su pertinencia; ya que hay más peligro en limitar o impedir la producción de la prueba que en facilitarla, dejando para más adelante su apreciación”³. La carga de la prueba corresponde, por principio general, a todo aquel que alega un hecho positivo, salvo el caso de inversión de la prueba⁴.

En el caso particular de la Justicia de Paz Letrada no existe un período probatorio, como ocurre con el procedimiento legislado en el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales (CPCC), sino una audiencia de prueba en la cual deberá producirse integralmente la prueba que guarde relación con los hechos alegados y con el derecho discutido por las partes, siempre y cuando aquella haya sido preparada convenientemente con la debida anticipación, según se verá más adelante. Alsina señala que “conforme al principio de oralidad que predomina en el procedimiento ante la Justicia de Paz, fuera de los casos en que los escritos, las cuestiones deben ventilarse en forma

² H. Alsina, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”. T. II, Cía. Arg. De Editores S.R.L., Bs. Aires, 1942, ps. 172

³ H. Alsina, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”. 2ª edición, T. VII, actualizado por el Dr. Jesús Cuadrao, Buenos Aires, 1965, (pg. 315).

⁴ H. Alsina, Op. Cit., T. II, (pg. 190).

verbal en la audiencia respectiva”⁵. Esta audiencia, que puede prorrogarse y hasta postergarse según las circunstancias del juicio, constituye el momento procesal más importante del procedimiento instituido para la Justicia de Paz Letrada pues en ella deben probarse las alegaciones expuestas por los litigantes en los escritos de demanda y contestación, o de reconvencción en su caso. Las actuaciones son totalmente verbales, debiendo asentarse lo actuado en el acta respectiva. Aunque la ley solamente se refiere en forma expresa a la prueba de posiciones, la testifical y la pericial, la mayoría de los tradistas están de acuerdo en admitir la procedencia de la inspección ocular, la instrumental, la prueba informativa, la de reconocimiento de firmas, y las presunciones⁶. Terminada la audiencia, la causa queda en estado de sentencia sin necesidad de la presentación de alegatos, que han sido suprimidos tácitamente del proceso. Según la forma como la audiencia de prueba sea conducida por el Juez de Paz Letrado la causa puede ser resuelta en corto tiempo; por el contrario, si el Juzgador admitiere suspensiones improcedentes, prórrogas innecesarias, incidentes, como asimismo, vistas y traslados innecesarios, el juicio puede prolongarse por más tiempo del querido por el legislador, con el consiguiente perjuicio para las partes traducido en erogaciones de tiempo, esfuerzo y dinero.

II. FIJACIÓN DE LA AUDIENCIA DE PRUEBA

Habiendo, pues, hechos controvertidos el Juez deberá dar cumplimiento a la disposición del Art. 378 del COJ y señalar la audiencia de prueba convocando a las partes para que concurran a ella con las pruebas de sus respectivos derechos. Ahora bien, la fijación de dicha audiencia presenta algunas particularidades que conviene destacar con toda claridad, y son las siguientes:

⁵ H. Alsina, Op. Cit., T. III, (pg. 915).

⁶ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, “El Procedimiento en la Justicia Nacional de Paz”, Ley 11.924, Ed. Temis, Bs. Aires, 1954, (pg. 74).

1. PLAZO DE FIJACIÓN DE LA AUDIENCIA

La audiencia de prueba debe ser señalada por el Juez de oficio o a pedido de parte interesada dentro de los diez días contados a partir de la providencia que la señaló. Si bien la ley dispone que dicha audiencia deberá ser señalada dentro de los diez días, dicha disposición es en la práctica sumamente difícil de cumplir, por no decir imposible. En efecto, debe tenerse en cuenta que el Juez de Paz Letrado puede señalar en un solo día varias audiencias de prueba, y, de conformidad con el citado Art. 378, todas ellas deberían ser fijadas para dentro de los diez días lo que resultaría materialmente imposible de cumplir desde el momento en que todas esas audiencias estarían superpuestas y no podrían llevarse a cabo en una sola mañana de labor judicial que exige, igualmente, la atención de otras obligaciones como la firma del despacho, atención a profesionales, etc. Además, las audiencias de prueba no pueden durar solamente 30 o 40 minutos, sino que por la profusión de las pruebas se extienden en la práctica por dos o tres horas y frecuentemente durante toda la mañana de labor judicial.

A todo lo dicho cabe agregar que las audiencias de prueba pueden ser no solamente prorrogadas (Art. 388 del COJ), sino también postergadas o diferidas (Art. 395, 2a. parte del COJ), de donde resulta que la dificultad apuntada en cuanto al plazo de fijación aumenta hasta asumir dimensiones imposibles de controlar pues la prórroga o la postergación de una audiencia anterior puede ocasionar imprevistamente la superposición de la misma en el horario fijado para otra audiencia de fecha posterior. El tratadista argentino Alberto M. Justo dice al respecto: “La práctica judicial revela que difícilmente los magistrados pueden cumplir con los plazos que ordenan señalar la audiencia de prueba en un término no mayor de diez días”⁷; igualmente, Serantes Peña y Clavell Borrás señalan que “en la práctica el término legal de diez días no es observado ni observable por

⁷ A. M. Justo, “El Pto. Incidental en la aplicación de la ley 11.924”, Revista Jurídica Argentina La Ley, T. 26, pg. 1003.

falta material de tiempo, espacio y personal competente, y por la gran cantidad de juicios ordinarios en trámite”⁸.

Por ello, y teniendo en cuenta las condiciones apuntadas resulta que el Juez tendrá que fijar necesariamente las audiencias de prueba atendiendo a su honesta disponibilidad de tiempo, separándolas unas de otras por un intervalo no menor de 72 horas a fin de que todas ellas puedan ser correctamente realizadas y prever, asimismo, las posibles y eventuales postergaciones o prórrogas que puedan producirse. Esta modalidad traerá como consecuencia inevitable que muchas audiencias no podrán ser fijadas dentro de los diez días, como prescribe la ley, sino para los 13, 16, 19 días, y así sucesivamente. La demora o prolongación del plazo de diez días no invalida las diligencias preparatorias que prevé el Art. 380 del COJ ni tampoco la audiencia misma desde el momento que en la Justicia de Paz Letrada los plazos son perentorios solamente para las partes, pero no lo son para los Jueces, como surge de la interpretación conjunta de los Art. 32, inc. C y 199 del Código de Organización Judicial. Por otra parte, tampoco podrá ser cuestionada por medio del recurso de apelación puesto que la providencia que señala la audiencia de prueba es inapelable. Podría, no obstante, interponerse el recurso de reposición a fin de que el Juez modifique por contrario imperio dicha providencia señalando la audiencia para dentro de un plazo más corto.

La situación procesal que se plantea con motivo de la fijación de las audiencias de prueba constituye, evidentemente, una situación no prevista por la misma ley, pero que surge inevitablemente de la misma porque no deja lugar a otra situación fáctica más disciplinada y menos onerosa. Sin embargo, dicha situación no es nueva para el profesional del Derecho quien ya en el procedimiento ordinario legislado en el Código de Ptos. Civiles y Comerciales (CPCC), con motivo del período de pruebas encuentra una situación análoga. En efecto, es sabido que el plazo de pruebas en dicho juicio ordinario es

⁸ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit. pg. 73.

de cuarenta días hábiles. Dentro de dicho plazo la parte litigante debe ofrecer y producir sus probanzas y a tal efecto solicitar al Juzgado la fijación de las audiencias destinadas a recibir las declaraciones testificales, la prueba de posiciones, etc. En rigor jurídico, dichas audiencias deben ser llevadas a cabo dentro del citado período probatorio; sin embargo, no es infrecuente que el Juez fije dichas audiencias para después de vencido dicho período, conducta que encuentra su justificación en la falta de tiempo suficiente para presidir todas las audiencias dentro del plazo legal por exceso de trabajo del Juzgado. La parte interesada no apela nunca de esta providencia, pero sí presenta al Juzgado pedidos reiterados de urgimientos solicitando el adelantamiento de dichas audiencias a fin de que se realicen dentro del plazo de ley. Los urgimientos son proveídos con un “tén-gase presente”, permaneciendo, sin embargo, la fecha de la audiencia sin modificación. Vemos, pues, que la disponibilidad de tiempo del Juzgado constituye un factor determinante para que las audiencias sean realizadas dentro del período probatorio o fuera de él, vale decir, a corto o largo plazo⁹.

Idéntica situación se presenta, a nuestro criterio, con las audiencias de prueba en la Justicia de Paz Letrada: el exceso de trabajo y el reducido personal constituyen un obstáculo prácticamente insalvable que imposibilita materialmente al Juez el cumplimiento en todos los casos de lo preceptuado en el Art. 378 del COJ, es decir, la fijación de las audiencias de prueba dentro de los diez días. Por ello, si se exigiera el cumplimiento estricto de este plazo en todos los juicios se crearían problemas cuya solución se tornaría materialmente imposible y solamente se lograría introducir el desorden en las audiencias y recargar excesivamente al Juez con un trabajo irracional con indudable menoscabo de la economía procesal. En consecuencia, la única solución radica, como se dijo, en fijar las audiencias de prueba según la disponibilidad de tiempo del Juzgado que llevará a ese efecto un libro especialmente destinado a anotar el día y la hora

⁹ Véase H. Alsina, Op. Cit., T. II, pg. 213; Rep. de Jurisprudencia de A. Lacovich, Nos. 168, 169.

de las audiencias, las cuales serán fijadas con un mínimo de tres días de separación a fin de prever las posibles prórrogas y postergaciones. El profesional podrá urgir el adelantamiento de las audiencias si lo considerase conveniente. No obstante, la falta del urgimiento no implica negligencia alguna.

La demora, pues, que surge de la modalidad expuesta constituye una carga inevitable y hasta necesaria que tendrán que soportar algunos juicios si se busca el desarrollo disciplinado de los procesos, carga que solamente podrá ser compensada con un trámite rápido y con una sentencia ajustada a Derecho.

2. HABILITACIÓN DE DÍAS Y HORAS INHABILES

Dispone el Art. 371 del COJ que “Los Jueces de Paz Letrados darán audiencia diariamente durante cuatro horas consecutivas, pudiendo habilitar horas y días feriados...”. Concuerda con el Art. 196 del mismo cuerpo legal. En efecto, en principio todas las actuaciones procesales deben ser realizadas en horas hábiles, bajo pena de nulidad; empero, es facultativo del Juez ordenar la habilitación de días y horas inhábiles cuando así lo exija el ejercicio de sus funciones. Al respecto, entendemos que una manera de evitar la prolongación exagerada del plazo de diez días y de evitar en lo posible el congestiónamiento de las audiencias de prueba en un solo día sería la habilitación de días y horas inhábiles para la realización de aquellas que se llevarían a cabo en horas de la tarde pero en la fecha querida por la ley. La facultad conferida al Juez de Paz Letrado por el Art. 371 citado podría constituir un resorte a fin de intentar el adelantamiento de las audiencias de prueba, y en este sentido Raimundo L. Fernández señala que “el Juez debe habilitar los días y horas necesarios para que la audiencia tenga lugar”¹⁰. No obstante, dicha modalidad no puede imponerse obligatoriamente en nuestro régimen procesal porque constituye una potestad de la que el Juzgador puede hacer uso o no según su criterio particular a diferencia de lo previsto en la

¹⁰ R.L. Fernández, “Derecho Procesal Civil”, II, Ptos. Especiales, Bs. Aires, 1955, pg. 146.

legislación argentina la que, en virtud de la ley 14.237, convirtió en un deber lo que en el régimen anterior constituía solamente una facultad del Juzgador¹¹.

Normalmente la providencia por la cual se dispone la habilitación de días y horas inhábiles se notifica por automática en secretaría, de conformidad con el Art. 393 del COJ. No obstante, si la habilitación fuera ordenada para la realización de la audiencia de prueba, la providencia respectiva debe ser imperiosamente notificada personalmente o por cédula en el domicilio constituido por el litigante. La providencia de habilitación es irrecurrible.

3. NOTIFICACIÓN DE LA AUDIENCIA DE PRUEBA

La providencia que señala la audiencia de prueba debe ser notificada por cédula en el domicilio real de las partes litigantes y en el especial de los apoderados, si los tuvieren, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 393 del COJ, bajo apercibimiento de que si dejaren de comparecer sin justa causa, la audiencia se llevará a cabo igualmente con la parte que compareciere. Esta diligencia debe ser realizada de oficio¹² y en el mismo día de ser dictada pues en caso contrario las partes no dispondrían de tiempo suficiente para la preparación de sus respectivas probanzas. Debe destacarse que los diez días que marca el Art. 378 no se computan a partir de la notificación de la providencia que señaló la audiencia de prueba, pues en este supuesto dicha audiencia no podría ser fijada por el Juzgado con fecha cierta, al quedar el cómputo supeditado a la fecha del acto de la notificación; los diez días se cuentan a partir de la misma providencia que ordenó la audiencia de prueba. En consecuencia, y a fin de que las partes dispongan efectivamente de tiempo suficiente para preparar las pruebas, dicha providencia debe llegar a su conocimiento en el mismo día en que fue dictada, o, a más tardar, dentro de las 24 horas siguientes. A fin de prever cualquier contingencia en el proceso sería

¹¹ H. Alsina, Op. Cit., pg. 284, T. VII.

¹² H. Alsina, Op. Cit., T. VII, pg. 315.

conveniente que el Juez se reservara expresamente el derecho de suspender la audiencia si lo considerase necesario, ya sea por falta de notificación, o notificación tardía que haga imposible su realización con arreglo a derecho.

4. INAPELABILIDAD DE LA AUDIENCIA DE PRUEBA

La providencia por la cual el Juez señala la audiencia de prueba es absolutamente inapelable, desde el momento en que no puede ocasionar gravamen alguno; no obstante, según Alsina¹³ dicha providencia es susceptible del recurso de reposición pues puede ocurrir que no habiendo hechos controvertidos el Juez, por inadvertencia, convoque a los litigantes a dicha audiencia cuando en rigor debió haber declarado la cuestión de puro derecho. Por ello, siendo innecesaria la audiencia de prueba, la providencia respectiva puede ser objetada por medio del recurso de reposición a fin de lograr la revocatoria de la resolución cuestionada.

Entendemos que es importante mencionar aquí, pese a ser materia de recursos, que el recurso de reposición no se encuentra legislado en el procedimiento previsto para la Justicia de Paz Letrada, de donde se deduciría que para su interposición y trámite deberían aplicarse supletoriamente las disposiciones pertinentes del Código de Ptos: Civiles y Comerciales. No obstante —y he aquí lo fundamental— el recurso de reposición debe interponerse no dentro de los tres días de notificada la audiencia, sino dentro de las 48 horas, de acuerdo con el principio general de que en la Justicia de Paz Letrada todos los recursos deben ser interpuestos dentro del citado plazo, salvo en los casos en que la misma ley señala un plazo menor, como, por ejemplo, la apelación contra la providencia que declara la cuestión de puro derecho que debe ser interpuesta dentro del plazo de 24 horas (Art. 377 del COJ). En efecto, si la sentencia definitiva en un juicio ordinario es apelable dentro de las 48 horas, para interponer el recurso de reposición, que siempre va dirigido contra resoluciones menores,

¹³ H. Alsina, Op. Cit., T. III, pg. 924.

no debe admitirse un plazo mayor puesto que en caso contrario se caería en una contradicción lógica. En este sentido, la doctrina al respecto es uniforme y terminante. Alsina afirma lo siguiente: “Es necesario advertir que la ley contiene una regla implícita en cuanto al término para la interposición de los recursos, que surge del Art. 38, según el cual, la sentencia en el juicio mayor (léase ordinario) podrá ser apelada dentro de las 48 horas. Es obvio en efecto, que el recurso de nulidad debe interponerse también dentro del mismo término...; en cuanto al de revocatoria, tampoco es dudoso que el término para interponerlo no puede ser mayor que el concedido para el de apelación. De aquí el principio de que en la Justicia de Paz las providencias quedan consentidas después de las 48 horas de notificadas, salvo en los casos en que la ley fija un término menor”¹⁴. Igualmente, Serantes Peña y Clavell Borrás mantienen idéntica opinión al decir: “El principio general en Justicia de Paz es que las sentencias (en sentido amplio) quedan consentidas después de 48 horas de notificadas”¹⁵.

Interpuesto, pues, el recurso de reposición dentro del citado plazo, el Juez podrá resolverlo con audiencia o sin audiencia de la otra parte. En el primer caso la vista deberá ser evacuada también dentro del plazo perentorio de 48 horas, siendo la resolución que recayere inapelable; en el segundo caso, la resolución será apelable. No se admitirá el recurso de reposición con apelación en subsidio (Dto. Ley N° 5679).

III. PREPARACIÓN DE LAS PRUEBAS

La audiencia de prueba será fijada a fin de que las partes concurren a ella con las pruebas de que intenten valerse, pero -debe aclararse— siempre y cuando se haya dado estricto cumplimiento al precepto del Art. 380 del Código de Organización Judicial que dispone: “Las partes deben pedir con la anticipación debida todas las medidas que fuesen indispensables para que la prueba se produzca y pueda

¹⁴ H. Alsina, Op. Cit., T. II, pg. 947.

¹⁵ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 118.

ser examinada y controlada en la audiencia prevista en el Art. 378. Después de esta ninguna prueba será admitida y considerada”.

1. SINGULARIDAD PROCESAL

En rigor jurídico, en el procedimiento ante la Justicia de Paz Letrada no se divorcian los actos procesales del “ofrecimiento de la prueba”, por un lado, y la “producción de la prueba”, por el otro, como ocurre con el procedimiento establecido en el Código de Ptos. Civiles y Comerciales (CPCC) que contempla a estos actos como distintos y separados aunque dentro del mismo periodo probatorio. Ambos momentos procesales se cumplen, en la Justicia de Paz Letrada, en la audiencia de prueba en la cual debe ofrecerse y producirse toda la prueba que hace al derecho de las partes. En este sentido, Alberto M. Justo sostiene: “En un sentido estricto, no existe en el proceso ordinario de la Justicia de Paz dos fases en la producción de las probanzas (ofrecimiento y práctica), sino una sola fase: la audiencia de recepción de la prueba”¹⁶. En efecto, el Art. 380 del COJ no habla de “ofrecimiento” de la prueba, sino solamente de una gestión preparatoria que las partes deben cumplir con la debida anticipación a fin de que ciertas pruebas puedan ser llevadas y producidas en la audiencia respectiva. Dicha gestión, que no debe ser confundida con el acto de –“ofrecimiento de la prueba”, se refiere a la preparación de aquellas probanzas que no podrían producirse sin la intervención del Juzgado (testificales, periciales, oficios, etc.); pero no concierne a otras pruebas que no requieren preparación (instrumentales o inspección ocular), las cuales deben ser ofrecidas, conjuntamente con las ya preparadas, en el acto de la audiencia respectiva.

Queda, pues, suficientemente claro que según el procedimiento dispuesto para la Justicia de Paz Letrada no existe en ella el acto del ofrecimiento de la prueba como previo al de la producción de la misma, sino que ambos momentos procesales (ofrecimiento y producción) se cumplen en un solo y mismo acto: en la audiencia de prueba,

¹⁶ A. M. Justo, “La anticipación debida para la gestión de diligencias probatorias en la Justicia de Paz”; Revista Jurídica Argentina La Ley, T. 36, pg. 974.

que se halla a su vez precedida por la gestión preparatoria que marca el Art. 380 del COJ.

2. LA ANTICIPACIÓN DEBIDA

La ley desea que la prueba se produzca íntegramente en la audiencia que previene el Art. 378 del COJ, pero para ello la misma debe ser preparada convenientemente por las partes con la debida anticipación, según surge expresamente del precepto del Art. 380, ya transcrito. El concepto “debida anticipación” que impone la ley genera cierta duda porque, por un lado, parecería que envuelve un plazo para el trámite preparatorio de las pruebas; pero, por el otro, la ley no establece en forma expresa ningún plazo cierto o determinado. “Esta falta de precisión, refiere Alsina, ha hecho que en la práctica se sigan tres procedimientos distintos: unas veces se establece (por el Juzgado) un término para el ofrecimiento (léase preparación) de la prueba; otras se considera que ella está implícitamente señalada por el inciso C) del Art. 34, que fija el de tres días cuando las partes tienen dificultad para hacer comparecer a sus testigos; otras, en fin, se admite en cualquier momento, hasta en la audiencia misma”¹⁷.

Con relación al tema tenemos la más firme convicción de que la disposición del Art. 380 y el concepto de la “anticipación debida” deben ser interpretados judicialmente en el sentido de establecer y fijar un plazo determinado para la gestión preparatoria que exige el citado artículo legal, convicción que la fundamos en las siguientes razones:

A) En primer lugar, entendemos que dejar la interpretación del Art. 380 al arbitrio de la parte litigante implicaría lisa y llanamente la abdicación a favor del mismo de la facultad exclusiva y excluyente que tiene el Juzgador de interpretar la ley, lo que resulta inadmisibles a la luz del Art. 61 del CPCC que dispone: “El Juez debe interpretar la ley según su ciencia y conciencia, con relacion al caso que debe

¹⁷ H. Alsina, Op. Cit., T. III pg. 925; Id. O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 74; Id. A.M. Justo, Op. Cit., pg. 974.

decidir”. El tratadista Alberto M. Justo dice al respecto: “Concierne al interprete analizar el problema sin apartarse de la “ratio legis” ante la falta de una norma expresa que determine con qué anticipación es preciso pedir las diversas medidas de prueba. La práctica enseña que no basta reclamar un “término prudencial” o una “anticipación suficiente” para que las pruebas se realicen en un solo acto el día de la audiencia... La exigencia de una “anticipación” requiere la delimitación temporal mínima dentro de la distancia que separa la providencia que abre a prueba el juicio y la audiencia correspondiente”¹⁸.

B) En segundo lugar, la ambigüedad y la interpretación parcial de los litigantes “afectaría la estructura misma del proceso, ya que las partes podrían articular pruebas al tiempo de llevarse a cabo la audiencia y solicitar en cualquier momento las “medidas indispensables” a que alude el precepto recordado”¹⁹. Igualmente, Alsina se pronuncia en contra de una situación procesal ambigua diciendo que “esta inseguridad en el plazo, aunque aliviada por las interpretaciones de la jurisprudencia, daba lugar a que fuera práctica frecuente el ofrecimiento de las correspondientes medidas con mínima y calculada anticipación, lo que se traducía en la postergación de las audiencias, ante la imposibilidad material de practicar las debidas notificaciones, y, como consecuencia, en la prolongación de los litigios”²⁰.

Efectivamente, existen ciertas pruebas de importancia (testificales, periciales, etc.) que no podrían ser producidas oportunamente sin la intervención del Juzgado; para ello, es necesario que las mismas sean preparadas a través de una serie de diligencias solicitadas con la debida anticipación dentro de un plazo cierto. Los testigos deben ser notificados por cédula con un día de antelación, por lo menos; igualmente, el perito debe ser también notificado por cédula a fin de que acepte el cargo antes de la audiencia de prueba, puesto que en caso de negativa expresa o tácita debe procederse a la designación y

¹⁸ A.M. Justo, Op. Cit., T. 36, pg. 974.

¹⁹ A.M. Justo, Op. Cit., T. 36, pg. 975.

²⁰ H. Alsina, Op. Cit., T. VII, pg. 316-317.

nombramiento de otro perito; por último, la prueba informativa debe prepararse anticipadamente a la audiencia solicitandose el libramiento de los oficios correspondientes. Si todas estas medidas preparatorias fuesen pedidas calculadamente, por ejemplo, el día antes de la audiencia, o en el momento de la misma, las pruebas correspondientes nunca podrían producirse en la fecha señalada por el Juez y la audiencia tendría que ser diferida inevitablemente con desmedro de la economía del proceso y de los intereses de los justiciables. Refiere Alsina que la preparación de las pruebas “debe hacerse con tiempo para que ella (la audiencia) pueda realizarse... y en caso de postergarse la audiencia de acuerdo con el Art. 50 (léase Art. 395 COJ), no podrá recibirse la prueba que no hubiese sido ofrecida (léase preparada) antes de la señalada en primer término”²¹. Es por ello por lo que debe fijarse necesariamente un plazo determinado a fin de que todas las pruebas que las partes desean llevar y producir en la audiencia puedan ser preparadas convenientemente con la debida anticipación, razón por la cual la reforma argentina estableció para la Justicia de Paz Letrada, recogiendo la jurisprudencia dictada en ese sentido, un plazo determinado para la preparación de las pruebas “fijándolo en diez días hábiles siguientes a la fecha de la notificación de la audiencia de prueba. En ese plazo, pues, ha de ofrecerse (léase prepararse) toda la prueba: testifical, pericial, de informes, con lo que desaparecen las dudas que existían con anterioridad de la reforma, objeto de frecuentes declaraciones jurisprudenciales”²².

C) La fijación de un plazo determinado para la gestión de las medidas preparatorias no puede ser considerado de ninguna manera como inconstitucional, ilegal o agravante a los derechos del litigante. No es inconstitucional porque no lesiona ninguna garantía o derecho constitucional; por el contrario, tiende a asegurar mejor aun el inviolable derecho de la defensa en juicio. No es ilegal porque no existe ninguna disposición legal que impida o prohíba al Juzgador decretar dicho plazo; por el contrario, la misma ley, cuando es interpretada

²¹ H. Alsina, Op. Cit., T. III, pg. 925; nota 42.

²² H. Alsina, Op. Cit., T. VII, pg. 317.

debidamente a la luz de los principios fundamentales que informan a la Justicia de Paz Letrada (oralidad, intermediación, celeridad, concentración y economía procesal), está imponiendo al Juzgador una sana hermenéutica, acorde con el espíritu de la institución y con la “ratio Legis”, con la finalidad de que las medidas preparatorias puedan ser canalizadas con orden, claridad y disciplina, sin dejar esa interpretación a intereses parciales que pueden subvertir la buena marcha del proceso. Finalmente, no es agravante de los derechos del litigante puesto que en ningún momento se le priva o se le restringe la oportunidad de preparar sus pruebas; antes bien, se la concede de manera clara y sin ambigüedades ya que la fijación prudencial de un plazo cierto nunca podría dificultar, sino más bien facilitar, las gestiones preparatorias de aquellas pruebas que, posteriormente, serán llevadas y ofrecidas en la audiencia respectiva conforme a Derecho.

D) Por estas razones, que las consideramos fundadas en los principios de legalidad y razonabilidad, concluimos, pues, que las medidas preparatorias de las pruebas deberán ser solicitadas al Juez dentro de un plazo prudencial, que no deberá exceder de tres días, contados a partir de la notificación de la providencia que señala la audiencia de prueba. Alberto M. Justo se orienta en idéntico sentido al decir: “La antelación mínima de tres días debe computarse como los demás términos procesales, o sea desde el día siguiente al de la notificación”²³. Dicho plazo deberá ser decretado con la providencia que fija la audiencia de prueba con carácter perentorio, bajo apercibimiento de desestimarse de oficio aquellas medidas que fuesen pedidas extemporáneamente. Sobre la perentoriedad del plazo dice nuevamente Alberto M. Justo: “Una vez transcurrido el momento señalado como término, queda de derecho caducado y perdido (es decir precluso) el trámite para gestionar tales diligencias”²⁴. Así, pues, vencido el plazo de tres días sin que las partes hayan solicitado las medidas preparatorias se produce “ipso jure”, vale decir, de pleno dere-

²³ A.M. Justo, Op. Cit., T. 36, pg. 976.

²⁴ A.M. Justo, Op. Cit., T. 36, pg. 976.

cho, automáticamente, el decaimiento del derecho para hacerlo, incurriendo el litigante en negligencia de donde se sigue que todo pedido de gestión que fuere presentado con posterioridad al vencimiento de los tres días perentorios deberá ser rechazado de oficio por el Juez, pudiendo para ello requerir el informe del actuario, por no haberlo hecho con la debida anticipación como lo exige el Art. 380 del COJ, conclusión esta que la estimamos válida y acorde con el derecho puesto que la frase “anticipación debida” está diciendo tácitamente que todas aquellas pruebas cuyos preparativos fuesen solicitados extemporáneamente serán desestimadas, puesto que en dicho caso no podrían ser examinadas ni controladas en el momento de la audiencia de prueba.

Cabe agregar, finalmente, que la fijación del plazo judicial perentorio de tres días no es apelable ni puede ser cuestionado por ningún tipo de recurso. Lo contrario sería admitir que el esfuerzo empeñado en lograr un trámite rápido y procesalmente económico sería neutralizado con la interposición de un simple recurso de apelación que, aunque no sea fundado y la providencia del a-quo sea confirmada por la instancia de alzada, ya habrá conseguido el propósito dilatorio y el desgaste procesal y jurisdiccional en perjuicio directo de los litigantes de buena fe.

3. MEDIDAS PREPARATORIAS DE LAS PRUEBAS

Dentro del plazo perentorio de tres días fijado por el Juez las partes deberán pedir (individualmente porque dicho plazo no es común y comienza a correr a partir de la notificación) todas las medidas que fuesen indispensables para que la prueba se produzca efectivamente en la audiencia respectiva. Sin embargo, cabe mencionar que no todas las pruebas tienen que ser preparadas, sino solamente aquellas que no puedan producirse sin la intervención del Juzgado. Serantes Peña y Clavell Borrás dicen que “si requiere intervención del

Juzgado debe ofrecerse (léase prepararse) con suficiente antelación; en caso contrario, se pide y realiza en la audiencia”²⁵.

A) Prueba de Posiciones: deberá solicitarse la citación del absolvente, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 387 del COJ. El ponente deberá, igualmente, acompañar el pliego de posiciones en sobre cerrado y lacrado en la forma establecida en el Código de Ptos. Civiles y Comerciales, salvo que prefiera hacerlo una hora antes de la audiencia, o formular las posiciones verbalmente en el acto de la misma. Es innecesario “que la citación se haga bajo apercibimiento expreso de darse por absueltas las posiciones en rebeldía si se dejare de comparecer sin justa causa, de modo que la rebeldía se produce por el solo hecho de la incomparecencia”²⁶, en razón de que la misma ley prevé las consecuencias de la inasistencia injustificada del absolvente; no obstante, entendemos que nada impide a que en la providencia de citación se incluya el apercibimiento que dispone de oficio el Art. 387 del COJ. La providencia que ordena la citación del absolvente debe ser notificada al mismo por cédula en su domicilio real con un día de anticipación, a lo menos, y a los apoderados por automática. Debe mencionarse con especial interés que en caso de que dicha probanza no fuera preparada en la forma señalada, igualmente el interesado puede acogerse a ella solicitando la absolución de la contraparte en el momento de la audiencia de prueba, según surge del Art. 386 del COJ. Pero, en este caso, hay que advertirlo, el Juez podrá disponer o no la producción de dicha prueba porque la ley la establece en forma potestativa y a criterio del magistrado, según surge de los términos del citado artículo legal.

B) Prueba Testifical: la parte interesada deberá presentar un escrito conteniendo la lista de los testigos cuyo número no podrá exceder de cuatro (Art. 381), con indicación de todos los datos exigidos en el Art. 192 del CPCC. No está permitida la presentación de interrogatorio alguno, y en caso de hacerlo el Juez ordenará el desglose y la devolución del mismo por improcedente (Arts. 384 y 396 del

²⁵ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 74.

²⁶ H. Alsina, Op. Cit., T. III, pg. 930.

COJ). La citación de los testigos se hará bajo apercibimiento expreso de ser conducidos por la fuerza pública en caso de inasistencia injustificada (Art 394 del COJ), y serán notificados por cédula en sus respectivos domicilios reales, en tanto que los apoderados quedarán notificados por automática. La cédula para los testigos deberá ser diligenciada con un día de anticipación, y en el caso de aquellos que residan fuera del lugar de asiento del Juzgado se comisionará la notificación al Juez de Paz de la localidad respectiva, librándose el oficio correspondiente. La jurisprudencia argentina ha determinado que las partes pueden llevar a sus testigos a la audiencia sin necesidad de notificación, pero ello no las exonera de la obligación de mencionarlos anticipadamente, en el momento de las gestiones preparatorias, pues la parte contraria debe conocer el nombre de los testigos adversos en caso de que quisiera oponer contra ellos alguna tacha y preparar, consecuentemente, la prueba de la misma. Alsina, dice: “La prueba de testigos debe ofrecerse (léase prepararse) antes de la audiencia y no corresponde recibir declaración en ella a los que no hubiesen sido ofrecidos (léase preparados) con anticipación. Es así, también, porque, de otra manera, los testigos no podrían ser tachados, o no podría aportarse en la audiencia la prueba de las tachas. Ello no impide que las partes lleven los testigos a la audiencia sin necesidad de notificación”²⁷.

C) Prueba Pericial: de conformidad con el art. 382 del COJ la prueba pericial será producida por un perito único, de donde surge que la parte interesada en la producción de dicha prueba deberá ponerse de acuerdo con la adversa en la proposición de un perito común; si la proposición fuera unilateral, el Juez deberá correr vista de la propuesta a la otra parte por el plazo perentorio de tres días, bajo apercibimiento de que si no la evacua se procederá a la designación y nombramiento del perito que fuera propuesto. Puede ocurrir que exista desacuerdo entre las partes, o que una de ellas al preparar la prueba, o al evacuar la vista solicite al Juez la designación de oficio,

²⁷ H. Alsina, Op. Cit., T. III, pg. 925.

en cuyo caso el Juez designará como perito único a alguno de los profesionales matriculados en la Corte Suprema de Justicia, si la profesión estuviese reglamentada, o a cualquier persona idónea de conformidad con el Art. 174 del COJ. Producido el nombramiento, el perito deberá ser notificado por cédula de la providencia respectiva citándolo para la audiencia de prueba que haya sido fijada por el Juzgado, con la intimación de manifestar dentro del plazo de 48 horas de dicha notificación su aceptación en el desempeño de dicho cargo. En caso de negativa expresa o tácita el Juzgado procederá a nombrar a otro perito en la misma forma que el primero. La providencia de nombramiento debe ser notificada al perito por cédula en su domicilio real; la misma quedará notificada por automática con relación a los apoderados. Si el perito fuere designado de oficio no podrá cumplir con la pericia hasta que su nombramiento no quede consentido puesto que puede ser recusado por causales legítimas anteriores a su designación. Una modalidad que también podría adoptarse en el nombramiento del perito sería la fijación de una audiencia preliminar a la de prueba, a fin de que se proceda a la aceptación del cargo bajo juramento; empero, consideramos que este procedimiento irrogaría mayor consumo de tiempo que el anteriormente citado, pudiendo, en consecuencia, aceptar el cargo el perito por escrito dentro de las 48 horas de notificado y luego, en el acto de la audiencia, prestar el juramento de ley, ya que según los términos del Art. 177 del COJ los actos del “nombramiento y la aceptación”, por un lado, y del “juramento”, por el otro, pueden separarse como dos momentos diferentes tendientes a una misma finalidad. Debe agregarse, además que no deberá presentarse tampoco pliego o interrogatorio alguno y, en caso de hacerlo, el Juez ordenará la devolución del mismo, por improcedente.

D) Prueba de reconocimiento de firma: esta prueba deberá ser preparada solicitándose la citación de la persona con indicación de todos sus datos personales. La notificación se verifica por cédula y con relación a los apoderados, por automática. Si la persona citada a reconocer la firma es una de las partes litigantes, deberá ser notificada bajo apercibimiento de que si dejare de comparecer sin causa

justificada se le tendrá por reconocida y por auténtica la firma; si fuese un tercero al litigio, bajo apercibimiento de que en caso de inasistencia injustificada se ordenará su comparecencia con auxilio de la fuerza pública.

E) Prueba de informes: si bien la prueba de informes tiene también un carácter instrumental no se identifica con la prueba de ese nombre, pues tiene que ser preparada dentro de los tres días perentorios solicitándose el libramiento de los oficios correspondientes, los cuales una vez diligenciados serán devueltos y ofrecidos en el acto de la audiencia de prueba. Todo oficio cuyo libramiento sea solicitado en el acto de la audiencia será rechazado por extemporáneo²⁸.

Consideramos de vital importancia destacar que si la prueba, debiendo ser preparada, no lo fuese en la forma establecida, no podrá ser producida en la audiencia de prueba, aunque fuese ofrecida en el momento de la misma; al contrario, si la prueba fue preparada pero no es ofrecida en el momento oportuno, tampoco corresponde su producción. Las pruebas de posiciones, la testifical, la pericial, la de reconocimiento de firma y la informativa deben ser preparadas convenientemente con anticipación para ser luego ofrecidas en la audiencia de prueba. Por el contrario, existen otras probanzas que no requieren preparación previa como la prueba instrumental, la de inspección ocular y la de presunciones, que deben ser ofrecidas en el momento de la audiencia de prueba, y es con respecto de estas que el Art. 380 del COJ dispone en su parte final que después de la audiencia “ninguna prueba será admitida y considerada”.

Así, pues, vemos que existen pruebas que requieren preparación, en tanto que otras no la requieren. Respecto de las primeras el Juez providenciará el pedido en la forma solicitada sin admitirlas todavía con noticia contraria, porque, en rigor, esta etapa procesal no constituye ofrecimiento de prueba. Las partes toman noticia de las pruebas contrarias en el acto de la audiencia, momento en que deben

²⁸ H. Alsina, Op. Cit., T. III, pg. 926, nota 46: “No corresponde librar un oficio pidiendo informes, que se solicita en la audiencia de prueba”.

impugnarlas si las mismas fuesen improcedentes o extemporáneas, pero no antes. Como se verá más adelante, todas las pruebas, las preparadas y las que no requieren preparación, deben ser ofrecidas en la audiencia de prueba, verbalmente o por escrito.

IV. REALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA DE PRUEBA

La audiencia de prueba deberá ajustarse a una disciplina procesal que queda configurada a través de las siguientes etapas o fases de dicho acto probatorio:

1. VERIFICACIÓN PRELIMINAR

Antes de disponer la realización de la audiencia de prueba, que deberá iniciarse en el día y la hora señalados en la providencia respectiva, el Juez de Paz Letrado verificará si las partes litigantes y sus apoderados —si los tuvieren— han sido debidamente notificados, y, a tal efecto, deberá constatar en el expediente la existencia de cuatro cédulas: dos para las partes litigantes, diligenciadas personalmente en sus domicilios reales; y dos para los representantes judiciales, diligenciadas en los domicilios especiales constituidos a ese efecto. La cédula de notificación puede ser substituida por la notificación personal (Art. 393 del COJ). En la verificación pueden presentarse las siguientes situaciones:

A) Si las partes litigantes y sus abogados apoderados están legalmente notificados, por cédula o personalmente, el Juez podrá disponer la realización de la audiencia de prueba, aunque dejare de comparecer una de las partes o alguno de los abogados. Tal determinación se justifica puesto que todo perjuicio que irrogue la realización de la audiencia al incompareciente debe imputarse a su exclusiva negligencia, salvo que el mismo haya justificado su inasistencia debidamente y haya solicitado la postergación de la audiencia, de conformidad con el Art. 395, 2a. parte del COJ, como se verá más adelante.

B) Si una de las partes litigantes o uno de los abogados no estuviera notificado legalmente, la audiencia de prueba no podrá llevarse a cabo en modo alguno, y previa constancia de ello en la nota que será asentada por el actuario, el Juez podrá, de oficio o a petición de parte, fijar nueva audiencia la cual deberá ser notificada nuevamente a los litigantes y apoderados, ya sea por cédula (para la parte ausente), o personalmente (para la parte presente). Si no obstante la falta de notificación la parte se presentare el Juez podrá tenerla por notificada y procederá a la realización de la audiencia de prueba.

C) Finalmente, si las partes litigantes y sus apoderados dejaren de comparecer a la audiencia, a pesar de habérseles notificado debidamente, dicha incomparecencia total, que no es usual pero sí formalmente posible, debe interpretarse como que las partes renuncian a producir prueba alguna y que consienten que la causa sea resuelta de puro derecho, con las constancias de los autos, por lo que el Juzgado, previo informe del actuario, llamará autos para sentencia, salvo que prefiera ordenar alguna diligencia probatoria de oficio, como medida para mejor proveer. Sin embargo, debe acotarse que la sola presencia de una de las partes o de uno de los apoderados bastará para que la audiencia pueda realizarse legalmente con todos sus efectos procesales consiguientes.

2. PUBLICIDAD DE LAS AUDIENCIAS DE PRUEBA. SANCIONES DISCIPLINARIAS

El Art. 371 del Código de Organización Judicial establece: “Los Jueces de Paz Letrados darán audiencia diariamente durante cuatro horas consecutivas... Esas audiencias serán públicas, salvo el caso que convenga al decoro hacerlas en reserva”. Concuerda con el Art. 196 del mismo cuerpo legal. La regla, pues, es la publicidad de las audiencias las cuales podrán ser observadas desde su inicio por cualquier persona, aunque fuesen terceros sin intervención en el juicio que se tramita. Los observadores y las mismas partes litigantes como también sus apoderados o patrocinantes deberán mantener el orden y respeto debido al magistrado y abstenerse de cometer actos que por

indisciplina pudieran comprometer la buena marcha del proceso. En estos casos, el Juez, en uso de las facultades jurisdiccionales que le confiere el Art. 367 del COJ, podrá imponer las sanciones disciplinarias²⁹ que estime pertinentes, e inclusive ordenar, cuando el decoro lo aconseje, que las audiencias sean cumplidas en reserva.

3. ACTO DE CONCILIACIÓN

El Art. 379 del COJ preceptúa: “El Juez procurará, al abrir la audiencia de prueba, avenir a las partes y solo en el caso de no poderlo conseguir, se continuarán los procedimientos establecidos”.

De la disposición legal transcripta surgen claramente dos conclusiones: primero, la conciliación no se verifica en una audiencia distinta ni anterior a la de prueba, sino en la misma, al ordenar el Juez su apertura; segundo, la conciliación es de cumplimiento obligatorio para los Jueces de Paz Letrados quienes deberán intentar en todos los casos el avenimiento de las partes en la inteligencia de que la omisión de dicho requisito formal puede ser causal de nulidad de las actuaciones procesales posteriores. El Art. 379 es imperativo en este sentido pues expresa: “El Juez procurará...”, de donde resulta que la conciliación deberá ser intentada obligatoriamente no pudiendo quedar la misma al arbitrio del Juzgador.

Por su finalidad, la conciliación constituye un trámite procesal de gran utilidad para la celeridad y economía procesales, especialmente, como lo señala Alsina, “en aquellos juicios en que los sentimientos juegan un papel preponderante, como en los de divorcio, y en los de escaso valor pecuniario”³⁰, pues en caso de que la misma llegue a operarse satisfactoriamente se hacen innecesarios los demás trámites debiendo el Juez simplemente dejar constancia de su resultado en el acta homologo dando el acuerdo en la sentencia definitiva. Serantes Peña y Clavell Borrás dicen: “No se trata de la conciliación del Art. 55, sino de una gestión previa a la recepción de la prueba en

²⁹ H. Alsina, Op. Cit., T. I, pg. 455.

³⁰ H. Alsina, Op. Cit., T. I, pg. 451.

la que, compenetrado el Tribunal del problema en debate, buscará de todas formas un avenimiento para concluir el pleito. Es importante, pues, que pensando en los beneficios de la transacción, se asista a la audiencia con alguna propuesta que, concordando con otra, pueda ser base de arreglo. Las soluciones a las cuales se arribe en esta oportunidad tendrán fuerza de sentencia porque tal carácter les da la homologación judicial”³¹. Alsina sostiene que “el éxito de la gestión depende naturalmente de la buena fe que anime a los litigantes, pero ésto no puede saberse si no se intenta la conciliación”³². Así, pues, al inicio del acto el Juez procederá primero a dar lectura al Art. 379 del COJ para invitar luego a las partes a que por sí mismas busquen una solución al litigio, concediendo el uso de la palabra a las partes por su orden, debiendo abstenerse de sugerir alguna fórmula conciliatoria³³ o de proponer una transacción pues, como agrega Alsina, “cualquiera insinuación suya en ese sentido puede tener un doble efecto: o compromete su imparcialidad, predisponiendo en contra a una de las partes, o esta se siente cohibida y sacrifica su derecho para no desatenderla. La misión del Juez debe reducirse a una invitación a los litigantes para que ellos mismos busquen la solución a sus diferencias y a evitar con su consejo que la pasión oscurezca sus razonamientos”³⁴. La conciliación, sin embargo, “no importa una transacción, aunque esta pueda ser a veces consecuencia de aquella. La conciliación no supone, como en la transacción, que las partes se hagan mutuas concesiones, porque en ese caso resultará perdiendo el que tenga razón; por el contrario, cada litigante debe reconocer a su adversario lo que haya de justo en su demanda, por el convencimiento de que su oposición es injusta”³⁵.

³¹ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 75.

³² H. Alsina, Op. Cit., T. I, pg. 451.

³³ “El Juez no debe presentar a las partes fórmulas de avenimiento que comprometan su opinión”, jurisprud. Anotada por H. Alsina, op. cit., T. I pg. 452, nota N° 49.

³⁴ H. Alsina, Op. Cit., T. I, pg. 452.

³⁵ H. Alsina, Op. Cit., T. I, pg. 451.

Debe enfatizarse muy especialmente que la conciliación, por su naturaleza, constituye un acto personalísimo y por tal motivo las partes deben comparecer personalmente a la audiencia, no pudiendo operarse la conciliación por medio del apoderado; de ahí la exigencia de la notificación personal a los litigantes, requisito sin el cual el Juez no puede principiar la audiencia de prueba. Los mandatarios, por su carácter de tales también deben ser notificados por cédula de la audiencia, diligencia que debe verificarse en los domicilios especiales que hayan constituido en sus respectivos escritos de presentación en el juicio. En caso de que una de las partes litigantes se tratare de una persona jurídica, deberá entonces comparecer por intermedio de sus representantes legales (no judiciales o convencionales) quienes deberán justificar dicha representación a través de los estatutos de la empresa o de la correspondiente escritura pública que será glosada al expediente. La ausencia de una de las partes en el momento de la conciliación no puede ocasionar nunca la suspensión de la audiencia de prueba, si aquella estuviere legitimamente notificada, ya que dicha inasistencia implica solamente falta de ánimo conciliatorio y no obsta a la prosecución de los demás trámites procesales³⁶.

El resultado de la conciliación deberá asentarse en el acta de prueba, ya sea el resultado positivo o negativo. En caso de arribarse a un acuerdo el mismo será homologado e incorporado luego a la resolución que se dictare con fuerza de sentencia, pudiendo, en caso de incumplimiento, solicitarse la ejecución de sentencia por el procedimiento previsto en el Código de Ptos. Civiles y Comerciales; si la conciliación fracasa, por inasistencia de una de las partes o por desacuerdo, el Juez ordenará la continuación del juicio de acuerdo con el procedimiento establecido y se pasará a la segunda fase de la audiencia: el ofrecimiento, recepción y producción de las pruebas.

³⁶ “El que estime que la tentativa será inútil o que de antemano tenga hecha la resolución de no llegar a ningún avenimiento, puede abstenerse de concurrir a la citación, sin que esta actitud deba ser apreciada desfavorablemente por el magistrado, desde que pertenecen al fuero interno del remiso los motivos de su decisión”; H. Alsina, Op. Cit., T.I., pg. 451.

4. OFRECIMIENTO, RECEPCIÓN Y PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

A) Frustrado el intento de conciliación el Juez concederá nuevamente el uso de la palabra a las partes, por su orden, para que ofrezcan integralmente las pruebas de que intenten valerse, las cuales serán especificadas en el acta de prueba, salvo que las partes prefieran ofrecerlas en un escrito que, previa lectura, se agregará a los autos asentándose en el acta dicha modalidad que por su celeridad parece preferible y conveniente. “La parte no compareciente, dicen Serantes Peña y Clavell Borrás, pierde el derecho a producir pruebas: por negligencia, por superación del correspondiente estadio y por preclusión del procedimiento”³⁷.

B) El Juez admitirá las pruebas ofrecidas por las partes, siempre y cuando las mismas hayan sido pedidas y preparadas convenientemente con la debida anticipación, pues en caso contrario, si las pruebas ofrecidas no fueron preparadas según la exigencia del Art. 380, punto que ya fuera analizado anteriormente, hará efectivo el apercibimiento decretado y las rechazará de oficio. También las partes pueden impugnar en este momento el ofrecimiento de la prueba contraria cuando fueran extemporáneas o improcedentes, pues, en rigor, este es el momento en que toman noticia de las pruebas de los litigantes. Dicen Serantes Peña y Clavell Borrás: “EL Juez puede rechazar la prueba innecesaria, inoportuna y prohibida por la ley; pero su resolución es apelable”³⁸. Debe aclararse, no obstante, que la apelación en este caso es de conformidad con los términos del Art. 390 del COJ, es decir, que el Juez deberá conceder o denegar el recurso interpuesto sin darle trámite alguno. Posteriormente, admitirá las pruebas que fueren procedentes, ordenará la agregación de las instrumentales, como asimismo, de los oficios librados y diligenciados y ordenará la producción de las demás probanzas con arreglo a Derecho.

³⁷ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 73.

³⁸ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 74.

C) Recibirá, en primer término, las declaraciones de las partes (absolución de posiciones), si hubiesen sido pedidas y preparadas dentro del término de tres días; en caso contrario, es facultativo del Juez disponer de oficio o a pedido de parte, y como medida de mejor proveer, la absolución de las mismas, de conformidad con los Arts. 386 y 387 del COJ. Si el absolvente admitiera los hechos expuestos en la demanda o en la contestación, en su caso, el Juez no deberá continuar con la producción de las pruebas, pues de conformidad con el Art. 387 “in fine” “el Juez no recibirá prueba alguna que recaiga sobre hechos confesados, pero ello lógicamente cuando la confesión sea expresa porque si fuera ficta entendemos que dicha prueba deberá ser corroborada, y no desvirtuada por las demás pruebas que se produzcan. Posteriormente, recibirá las declaraciones de los testigos y del perito en la forma prevenida en los Arts. 384 y 385 del COJ. Si hubiere prueba de reconocimiento de firma, se procederá a la misma exhibiendo al citado el documento original. Finalmente, procederá a la inspección ocular, si la misma hubiera sido igualmente ofrecida³⁹.

5. INCIDENTES Y TACHAS

Desde el momento en que toda la prueba se produce en una sola audiencia, cabe esperar que durante su transcurso se produzcan incidentes que pueden obstaculizar el normal desenvolvimiento de la misma. Si bien los incidentes se encuentran tácitamente suprimidos, en la práctica es imposible su total erradicación puesto que las partes pueden cuestionar por la vía incidental el ofrecimiento y producción de una o varias pruebas, pueden impugna algunas de las posiciones para absolver que le fuera formulada por la adversa, o bien deducir alguna tacha contra los testigos. Planteado el incidente el Juez correrá traslado del mismo a la otra parte para que lo conteste, sino resolviera su rechazo “in limine” si lo considerase improcedente; contestado el incidente recibirá las pruebas que fueren aportadas por las partes y dictará la resolución que corresponda en ese mismo acto, o,

³⁹ El procedimiento previsto para la producción de las diferentes pruebas será analizado minuciosamente en un trabajo posterior.

a mas tardar, al día siguiente. En caso de apelación, se aplicará el Art. 390 del COJ y concederá o denegará el recurso sin imprimirle trámite alguno. En cuanto a las tachas solamente podrán oponerse contra los testigos cuando ellos se encuentren en las causales previstas en los Arts. 207 y 208 del CPCC. La tacha también asume la forma de un incidente: el Juez oye al incidentista, corre traslado de la tacha opuesta, recibe la prueba que deberá ser llevada a la audiencia por el incidentista puesto que conocía por anticipado a los testigos, y el Juez resolverá la tacha juntamente con la sentencia de lo principal (Art. 385 del COJ). Cabe destacar que el procedimiento sumario de la Justicia de Paz Letrada está destinado a eliminar los incidentes otorgando al Juzgador amplias facultades para rechazarlos cuando sean manifiestamente improcedentes, conducta aconsejable pues tiende a remover trabas y obstáculos del proceso y a favorecer, en consecuencia, la celeridad del mismo. La facultad depuradora del Juez de Paz Letrado está, pues, autorizada tácitamente por la estructura especial del procedimiento sumario que el mismo conduce.

6. LOS RECURSOS EN LA AUDIENCIA DE PRUEBA

El Art. 390 del Código de Organización Judicial (COJ) expresa: “En los recursos contra resoluciones dictadas en la audiencia de prueba, el Juez se limitará a concederlos o denegarlos, sin darle trámite alguno. Aquellos serán considerados en oportunidad de tratarse la apelación de la sentencia definitiva”.

La disposición del artículo citado tiene por finalidad evitar las interrupciones y dilaciones que necesariamente se producen en el caso de que el Juez tuviera que dar trámite a los recursos interpuestos, aun cuando los mismos fuesen concedidos al solo efecto devolutivo. Interpuesto el recurso de apelación contra resoluciones dictadas en la audiencia de prueba, el Juez deberá concederlo o denegarlo sin darle trámite alguno y tomará debida nota del mismo en el acta respectiva para que sean considerados en la apelación de la sentencia definitiva, siempre y cuando la parte que dedujo dichos recursos en

la audiencia interponga oportunamente el recurso de apelación contra la sentencia que pone fin al juicio. Si el Tribunal de Apelación “encuentra que el pedido de la parte era procedente, revoca el auto y recibe él mismo la prueba dictando luego su fallo. En esa forma se evitan las consecuencias que resultarían si hubiera que declarar la nulidad de la sentencia y pasar el expediente a otro Juez para un nuevo pronunciamiento. El recurso solo procede contra las resoluciones dictadas en la propia audiencia de prueba, debe interponerse en el mismo acto de su celebración, ya que la reserva de recurrir es inoperante en nuestro procedimiento, y para que mantenga sus efectos debe fundarse en el memorial que se presente en la Cámara”⁴⁰.

Debe aclararse que, si el recurso interpuesto fuera denegado por el Juez, la parte que lo interpuso no tiene derecho a deducir el recurso de queja por apelación denegada, puesto que tiene la oportunidad de tratar dicho punto al fundamentar su apelación contra la sentencia definitiva. Si el recurso no fuera interpuesto en la audiencia por la parte que se considerase agraviada por una resolución, la misma queda consentida, y, en consecuencia, al fundamentar el recurso de apelación contra la sentencia definitiva (en el supuesto que lo dedujere) no podrá solicitar que la Cámara reciba la prueba desestimada por el Juez a-quo, sino solamente peticionar la revocación del fallo exponiendo los fundamentos que estimare pertinentes.

Igualmente, surge del Art. 390 que el trámite expuesto corresponde solamente al recurso de apelación, e implícitamente al de nulidad, que deben ser interpuestos conjuntamente; pero, no alcanza a los demás recursos (reposición, aclaratoria) que pueden y deben ser tramitados conforme a Derecho en el acto de la audiencia, salvo que el Juez decida su rechazo por improcedentes.

⁴⁰ H. Alsina, Op. Cit. Tomo VII. Pg. 320. F.D. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 89 I.D. R.L. Fernández, Op. Cit. pg. 141.

7. FIN DE LA AUDIENCIA DE PRUEBA

Concluida la recepción y producción de las pruebas de ambas partes, resulta innecesario el informe del actuario respecto de las pruebas producidas, como igualmente la presentación de los alegatos, trámite que ha sido suprimido en la Justicia de Paz Letrada, lo que debe considerarse una equivocación puesto que el examen de la prueba por parte de los litigantes constituye para el Juez una importante pieza en la decisión del litigio. Así, pues, el Juez dará por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, formando las partes, los apoderados y el Juzgado, todo por ante el actuario que da fe de lo actuado. Una vez cerrada la audiencia de prueba la causa queda automáticamente en estado sin necesidad de llamar “autos para sentencia”, no siendo tampoco necesaria ninguna notificación que la que se verifica en dicho acto. No obstante, el criterio compartido por la mayoría de los tratadistas, entendemos que el llamamiento de autos encierra una finalidad importante que no solamente no perjudica al proceso ni a las partes, sino que les beneficia porque les imprime la convicción de que los trámites procesales han quedado definitivamente terminados, salvo que el Juez adopte alguna medida para mejor proveer. Serantes y Peña y Clavell Borrás dicen: “El llamado de autos para sentencia, aunque tampoco es obligatorio ni necesario, es habitual y aconsejable, ya que, consentido el auto que lo decreta a las 48 horas de su dictado o, mejor dicho, de la reposición de sellado, resulta en adelante improcedente la promoción de incidentes, puesto que a los efectos procesales dicho consentimiento alcanza a todo el trámite del expediente”⁴¹.

V. PRÓRROGA DE LA AUDIENCIA DE PRUEBA

El Art. 388 del COJ establece: “No siendo posible recibir todas las pruebas en aquella audiencia, el Juez la prorrogará para el día siguiente y así sucesivamente hasta que hayan terminado, sin necesidad de otra citación que la que se hará en ese acto”.

⁴¹ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 83.

1. PRÓRROGA Y POSTERGACIÓN: DIFERENCIAS

En primer lugar, es importante distinguir claramente los conceptos de “prórroga”, por un lado, y “postergación”, por el otro. En efecto, la audiencia de prueba puede ser prorrogada o postergada (diferida) según las circunstancias que concurran en cada caso, y cada situación presenta características y exigencias particulares:

A) La prórroga no es sino la ampliación del tiempo de duración de la audiencia de prueba que puede continuar varios días si fuere necesario a fin de que todas las pruebas llevadas por las partes a la misma puedan ser producidas. En cambio, la postergación prevista en el Art. 395, 2a. parte del COJ indica la suspensión de la audiencia por las causales que deben ser suficientemente acreditadas.

B) La audiencia prorrogada debe continuar al día siguiente hábil y en los días sucesivos en caso de necesidad. Serantes Peña y Clavell Borrás refieren: “la prórroga debe referirse al día siguiente hábil excepto cuando hubiere justa causa que exija la habilitación de días no laborables”⁴². En cambio, la audiencia diferida o postergada es fijada nuevamente dentro de un plazo no mayor de cinco días.

C) Para la concesión de la prórroga basta que el Juez se percate de la imposibilidad de producir integralmente las pruebas en una sola mañana de labor judicial; para la postergación de la audiencia deben acreditarse ciertos y determinados extremos pudiendo el Juez rechazar dicho pedido.

D) La prórroga puede ser decretada por el Juez tantas veces como las circunstancias del juicio lo exijan; en cambio, la postergación solamente puede decretarse una vez.

2. FINALIDAD DE LA PRÓRROGA

La prórroga prevista en el Art. 388 del COJ tiene como única finalidad facilitar o permitir la producción integral de las pruebas

⁴² O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 83.

que las partes hayan preparado y llevado a la audiencia. De ello resulta que una prueba que no ha sido ofrecida al inicio de la audiencia no puede ser ofrecida y producida en la prórroga debiendo el Juez rechazarla por extemporánea, ya que en caso de no hacerlo estaría fomentando la negligencia de las partes al mismo tiempo que desconociendo el principio de preclusión de las etapas procesales del juicio.

Puede ocurrir, a modo de variante, que una de las partes, estando notificada de la audiencia de prueba, no asistiera a ella y esta se prorrogare para el día siguiente; en este caso no es admisible que la parte que no asistió en un principio y que consecuentemente no ofreció oportunamente sus probanzas, pueda hacerlo en la prórroga por las razones apuntadas precedentemente, debiendo, por tanto, el Juez rechazar dicha pretensión; empero, si bien no puede ofrecer ni producir pruebas tiene todo el derecho de intervenir en la audiencia a fin de controlar la producción de la prueba contraria. Al respecto, Serantes Peña y Clavell Borrás dicen: “La parte que no ha comparecido el primer día, puede, no obstante, comparecer en cualquiera de los otros días establecidos para la continuación de la audiencia... Su actuación se limitará a vigilar y controlar la prueba de la contraria, con repreguntas, aclaraciones, etc.”⁴³.

Ahora bien, puede darse el caso de que la parte haya solicitado en tiempo oportuno el libramiento de un oficio que al tiempo de la audiencia no ha sido todavía contestado, o que haya solicitado la declaración de un testigo que, pese a haber sido debidamente notificado, dejó de comparecer a la audiencia justificadamente. En estos supuestos, dice Alsina “no tendría objeto alguno continuar al día siguiente y habría entonces que designar una nueva audiencia, que sería también la continuación de la primera”⁴⁴. En efecto, si las pruebas mencionadas no fueron producidas en la audiencia por causas no imputables a la parte que las preparó anticipadamente, es difícil pensar que puedan ser producidas al día siguiente pues no ha-

⁴³ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 83.

⁴⁴ H. Alsina, Op. Cit., T. III, pg. 933.

bría materialmente tiempo para recibir el oficio pendiente o de notificar al testigo con la antelación debida; por ello, más vale que el Juez designe otra audiencia, tratando que no exceda de cinco días, dejando así el margen suficiente como para que dichas diligencias sean cumplidas. Empero, si el testigo del ejemplo citado no fue notificado no corresponde la solución dicha puesto que la parte debió haber demostrado la diligencia necesaria para el cumplimiento de dicha notificación abonando el Ujier Notificador el arancel fijado por la Corte Suprema de Justicia; igualmente, si el testigo dejare de comparecer injustificadamente el Juez no debe fijar la audiencia para dentro de cinco días, sino que debe hacer efectivo el apercibimiento decretado y ordenar su comparecencia para el día siguiente, con auxilio de la fuerza pública.

Así, pues, en principio la prórroga debe ser ordenada por el Juez para el día siguiente hábil, siendo, en consecuencia, improcedente la disposición judicial por la cual se fija la prórroga para días o semanas después, a excepción de los casos analizados recientemente en los cuales no existe ninguna otra solución que suspender la audiencia y continuarla varios días después.

3. NOTIFICACIÓN DE LA PRÓRROGA

Como se dijo, la prórroga que se prevé en el Art. 388 del COJ no constituye una nueva audiencia, sino la continuación de la audiencia de prueba que, en rigor jurídico, es solamente una. “Cualquiera sea el número material de actos procesales convocados, dicen Serantes Peña y Clavell Borrás, trátase de una sola audiencia, y aquéllas se estimarán como mera continuación uno del otro, sin solución de continuidad”⁴⁵. Es por ello por lo que resulta innecesaria la notificación por cédula de las prorrogas que se dispongan, bastando la notificación que en ese acto se hiciese.

No obstante, surge la duda de si una de las partes que no haya comparecido al inicio de la audiencia de prueba debe ser notificado

⁴⁵ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 73.

por cédula de la prórroga que de aquella se decreta. Alsina⁴⁶ y Serantes Peña y Clavell Borrás⁴⁷ sostienen que en este caso la notificación debe hacerse “personalmente o por cédula”. Sin embargo, a pesar de los ilustrados criterios de los tratadistas citados no creemos que la prórroga deba ser notificada por cédula a la parte que no ha comparecido al inicio de la audiencia de prueba, puesto que, como claramente se ha especificado, la prórroga no constituye una nueva audiencia distinta de la primera, sino la continuación de la misma audiencia cuyo tiempo de duración se ha prolongado por circunstancias procesales que han obligado al Juez a adoptar tal decisión. En consecuencia, si la parte que no compareció al inicio de la audiencia estaba debidamente notificada de la misma (Art. 393) no puede reclamar la falta de notificación de las prórrogas que de la misma audiencia se dispusiese, debiendo cargar ella sola con las consecuencias de su negligencia. Si se dispusiese en forma obligatoria la notificación por cédula de las prórrogas de la audiencia de prueba, ello implicaría un enorme recargo de trabajo al Juzgado, un riesgo de nulidad en caso de falta de notificación, o notificación tardía o irregular que muy bien pueden evitarse, máxime cuando la ley no impone dicha notificación por cédula sino solamente para la audiencia de prueba en sí misma. Así, la falta de notificación por cédula de las prórrogas de la audiencia nunca podría causar la nulidad de las actuaciones de la misma.

VI. POSTERGACIÓN DE LA AUDIENCIA DE PRUEBA

La audiencia de prueba solamente podrá ser postergada o diferida de conformidad con el Art. 395, 2a. parte del COJ que dispone: “Solo por causa grave, invocada y documentada con anticipación podrá diferirse una audiencia por una vez y por un término no mayor de cinco días”.

⁴⁶ H. Alsina, Op. Cit., T. VII, pg. 340.

⁴⁷ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 83.

1. CARÁCTER RESTRICTIVO DE LA POSTERGACIÓN

La postergación de las audiencias de prueba tiene un carácter restrictivo; vale decir, solamente podrá solicitarse y concederse la postergación en contados y muy especiales casos, acreditando ciertos extremos especificados por la misma ley.

A) En primer lugar, debe destacarse que la postergación solamente puede ser solicitada cuando la causal o impedimento se refiera a las partes litigantes personalmente, y no al representante convencional o a uno de los testigos o peritos. Alsina señala al respecto que “el impedimento ha de referirse a la parte y no al representante, pudiendo este substituir la representación o la parte constituir un nuevo apoderado”⁴⁸.

B) En segundo lugar, la audiencia de prueba podrá ser diferida solamente una vez, vale decir, no podrá pedirse ni concederse dos o más postergaciones. En el supuesto caso de que la parte presente un segundo pedido de postergación, habiéndose concedido el primero, la petición deberá ser denegada por el Juez por improcedente. Si no obstante, por inadvertencia, el Juez decretare una segunda postergación de la audiencia, la parte afectada podrá interponer contra la providencia respectiva el recurso de reposición.

C) En tercer lugar, la postergación que se decretare no podrá exceder del término de cinco días. No obstante, como los plazos no son perentorios para los Jueces y atendiendo a la disponibilidad de tiempo del Juzgado, resulta que en la práctica no es imposible que dicha postergación sea decretada rebasando el plazo de cinco días, resolución que no es susceptible del recurso de apelación, aunque podría interponerse el de reposición o urgir el adelantamiento de la audiencia para una fecha más próxima.

⁴⁸ H. Alsina, Op. Cit., T. III, pg. 916.

2. REQUISITOS ESENCIALES DE LA POSTERGACIÓN

De conformidad con el Art. 395, 2a. parte del COJ, la audiencia de prueba podrá ser postergada siempre y cuando concurran conjuntamente los siguientes

A) Causa Grave: se considera causa grave a todo impedimento importante que por su trascendencia haga verdaderamente imposible la concurrencia de la parte afectada a la audiencia de prueba. Usualmente, la causa grave consiste en enfermedad del citado o su ausencia justificada del territorio nacional, debiendo rechazarse todos aquellos pedidos de postergación que aleguen causas banales o francamente dudosas. La gravedad de la causa, aunque el artículo no lo diga, será apreciada exclusivamente por el Juez, siendo dicha apreciación inimpugnable.

B) Causa Grave Invocada y Documentada: la causa grave no solamente debe ser invocada, sino también debidamente documentada; en el caso de enfermedad a través del correspondiente certificado médico visado por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, y en caso de ausencia del territorio nacional por medio de los comprobantes expedidos por la agencia de viajes o de las autoridades del Aeropuerto Nacional (lista de pasajeros, pasajes, etc.). Serantes Peña y Clavell Borrás dicen que “La audiencia no se suspenderá si no es por motivo justificado antes de su celebración. Se exigirá el recaudo correspondiente (certificado médico, acreditación de un viaje imprescindible, etc.). No basta la mera alegación de la necesidad de ausentarse”⁴⁹.

C) Causa Grave invocada y documentada con anticipación: la causa de la postergación de la audiencia no puede ser invocada, por ejemplo, con un día de anticipación a la misma, o en el mismo acto de la audiencia⁵⁰, sino que debe serlo con anticipación suficiente de

⁴⁹ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 74.

⁵⁰ “Puede diferirse una audiencia solo por causa grave, invocada y documentada con anticipación, lo que no ocurre cuando la postergación se pide el mismo día de la audiencia”; Jurisp. Anotada por H. Alsina, Op. Cit., T. III, pg. 916 nota N° 25.

tal modo a dar oportunidad a realizar las verificaciones del caso, si el Juez lo dispusiere, ya sea de oficio o a petición de parte interesada. La ley no especifica con cuantos días de anticipación debe ser invocada la causal de postergación de donde resulta que dicho criterio corresponde exclusivamente al Juez de la causa, según el tipo o clase de impedimento que hubiera sido invocado.

3. RESOLUCIÓN IRRECURREBLE

El Juez tiene amplias facultades para conceder o denegar el pedido de postergación de la audiencia de prueba. Si el Juez rechazare el pedido de postergación por no ajustarse a los requisitos legales especificados anteriormente, dicha resolución no puede ser recurrida puesto que la apreciación de la gravedad y de las demás condiciones depende potestativamente del magistrado. Si dicha resolución fuera susceptible de ser atacada por medio del recurso de apelación o reposición, ello sería suficiente para lograr la dilación del juicio, circunstancia gravosa que justamente se pretende evitar en el procedimiento sumario de la Justicia de Paz Letrada.

En el caso de que la audiencia fuera postergada, igualmente la resolución sería irrecurrible por los mismos motivos mencionados; además, la postergación justificada no causa gravamen irreparable, sino todo lo contrario, puesto que se la decreta precisamente para no restringir las defensas de las partes que por diversos motivos se encuentran imposibilitadas de concurrir a la audiencia de prueba.

Siguiendo al tratadista Alsina pensamos que para impedir los pedidos de postergaciones debe citarse a las partes para que comparezcan a la audiencia personalmente o por apoderado, bajo apercibimiento de que si dejaren de hacerlo sin justa causa la misma se realizará igualmente con la parte que compareciere⁵¹. Así, con dicho apercibimiento, que no vulnera ninguna disposición legal ni constitucional, se logra la comparecencia del litigante en persona, o de su apoderado, o de ambos. En el primer y tercer casos la audiencia se

⁵¹ H. Alsina, Op. Cit., T. III, pg. 915.

lleva a cabo normalmente pudiendo intentarse la conciliación de las partes ya que ellas se encuentran presentes; en el segundo caso, la ausencia del litigante, que debe no obstante estar notificado, revela ausencia de ánimo conciliatorio, por lo que, habiendo fracasado la conciliación, deberá continuarse con el procedimiento establecido, según se explicó.

4. POSTERGACIÓN DE LA AUDIENCIA DE OFICIO

Puede ocurrir que la audiencia de prueba fuera suspendida y postergada de oficio por el Juez de la causa por recargo de trabajo. En dicho caso, entendemos que no corresponde fijar la audiencia para más adelante sino que debe darse cumplimiento a la Acordada N° 2 dictada por la Corte Suprema de Justicia en fecha 7 de septiembre de 1983 que en su parte dispositiva establece: “Cuando una audiencia fijada para las horas de la mañana no se llevare a cabo por recargo de trabajo del Juez, este deberá señalar otra en horas de la tarde del mismo día, a los efectos de celebrarla, debiendo proceder a notificar de esta resolución a las partes en el acto”.

VII. MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER

Durante la audiencia de prueba o concluida la misma pero antes de la sentencia, el Juez puede disponer la adopción de medidas para mejor proveer. En efecto, dice Alsina que “estas medidas, tendientes al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, pueden tener singular eficacia y razón de ser en muchos supuestos dentro del procedimiento de la Justicia de Paz, que, por las circunstancias que fueron expuestas oportunamente, ofrece en la actualidad complejas situaciones no desenvueltas ni aclaradas convenientemente en muchos casos por la carencia de alegatos”⁵². Si bien el Juez no puede actuar plenamente de oficio puesto que la materia civil y comercial pertenecen al Derecho Privado, ello no significa la privación de ciertas medidas que puede adoptar “per se”, vale decir, inde-

⁵² H. Alsina, Op. Cit., T. VII, pg. 338.

pendientemente y aun en contra de la voluntad de las partes litigantes con la finalidad de investigar la verdad del hecho o de la cosa demandada, máxime cuando en la Justicia de Paz Letrada la estructura sumaria del procedimiento importa una serie de facultades casi inquisitoriales, como surge expresamente, por ejemplo, del Art. 384 del COJ el cual faculta al Juez a “indagar” a los testigos y peritos libremente, es decir, sin forma de interrogatorio.

Según surge del Art. 386 del COJ el Juez puede disponer de oficio la absolución o confesión de cualquiera de las partes, durante la audiencia, e inclusive después de ella, pero antes de la sentencia (Art. 126 del CPCC). Igualmente, puede disponer de oficio las medidas contempladas en el Art. 58 del Código de Ptos. Civiles y Comerciales, de aplicación supletoria, las cuales deben considerarse como taxativas. No obstante, cabe señalar que, según Alsina⁵³, aunque la ley no lo mencione, el Juez puede disponer de oficio la inspección ocular como medida de mejor proveer.

Con relación a todas estas medidas dicen Serantes Peña y Clavell Borrás: 'El Juez tiene facultades liberales para dictarlas. No constituyen prueba de las partes; son independientes de ellas y ajenas a las negligencias ocurridas. Las medidas para mejor proveer no causan el abandono de la instancia de la parte que no las diligencia, ya que es el Juez mismo a quien corresponde vigilar y activar su procedimiento'⁵⁴. Para Alsina, estas medidas “dependen exclusivamente del criterio judicial”⁵⁵. Las partes no pueden hacer indicaciones al Tribunal, ni aun tratándose del ministerio fiscal. Debe ser un acto espontáneo y hasta debe el Juez ignorar a quién va a favorecer. En esta materia debe el Juez proceder con suma cautela, porque es indudable

⁵³ H. Alsina, Op. Cit., T. II, pg. 932.

⁵⁴ O. Serantes Peña y J. Clavell Borrás, Op. Cit., pg. 82.

⁵⁵ Sin embargo, se ha declarado “que no procede ordenar de oficio el reconocimiento de una firma, o de la autenticación de un documento, o investigaciones de sangre, impresiones digitales, fotografías. Sin embargo, en otros casos se ha dicho, erróneamente, que las facultades son amplias y que puede ordenarse cualquier diligencia que se considere indispensable para la decisión”; H. Alsina, Op. Cit., T. I, pg. 445, nota N° 27.

que una diligencia practicada en esas condiciones perjudica siempre un derecho que de otra manera se habría beneficiado con la instrucción defectuosa, y es necesario entonces que su imparcialidad no se comprometa, cuidando de que en ningún momento se le pueda atribuir la intención de suplir la negligencia de alguna de las partes. Solamente la discreción y un atento estudio de las actuaciones pueden servir de norma en esta materia. Pero debe tenerse en cuenta que el Juez no puede suplir la negligencia de los litigantes en la producción de la prueba, y que así, no debe ordenarse una diligencia que ha sido ofrecida pero que se ha declarado perdido el derecho a producirla. La diligencia solo puede referirse a hechos alegados en juicio, es decir, no puede extenderse a hechos no articulados⁵⁶.

Si la medida de mejor proveer es dispuesta por el Juez en la misma audiencia de prueba las partes quedan notificadas de la misma; en caso de que fuera decretada después de aquella, no podrá verificarse sino hasta que la providencia respectiva quede consentida, lo que exige la notificación por cédula puesto que ha cesado la obligación de concurrir a la Secretaría a objeto de la notificación automática que prevé el art. 393 del COJ.

VIII. LA SENTENCIA

De conformidad con el Art. 389 del Código de Organización Judicial la sentencia debe ser dictada por el Juez dentro de los diez días de terminada la audiencia de prueba; Cabe mencionar que dicho plazo no es perentorio para el magistrado según surge de la interpretación conjunta de los Art. 32, inc. C y 199 del COJ, de donde resulta que la resolución puede ser dictada válidamente aun después de vencido dicho plazo teniendo todos sus efectos legales. En cuanto a su forma y estructura la sentencia definitiva debe ajustarse a las disposiciones de los Arts. 217 y siguientes del Código de Ptos. Civiles y Comerciales, y debe ser notificada a las partes, personalmente o por cédula, tal como lo dispone el Art. 393 del COJ. La apelación y el

⁵⁶ H. Alsina, Op. Cit., T.I., pg. 445.

recurso de nulidad deben interponerse dentro del plazo perentorio de 48 horas, debiendo imprimirse el trámite correspondiente, tal como surge de los Arts. 32, 45, 412 y 413 del Código de Organización Judicial.

IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Confirmada o consentida la sentencia definitiva, y no habiéndose dado cumplimiento voluntario a la misma, el interesado podrá promover el juicio de ejecución de sentencia, aplicando en este caso las disposiciones de los Arts. 469 y sigtes. del Código de Ptos. Civiles y Comerciales, que deben considerarse supletorias (Art. 369 del COJ). El procedimiento no presenta ninguna diferencia con el establecido con relación a los juicios ordinarios legislados en el CPCC; salvo las notificaciones que se registrarán por el precepto del Art. 393 del Código de Organización Judicial⁵⁷.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

1. ALSINA, HUGO, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Tomos I, II, III, años 1941, 1942, 1943, respectivamente, Buenos Aires.

2. ALSINA, HUGO, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, 2a. edición, Tomo VII, actualizado por el Dr. Jesús Cuadrao, 1965, Buenos Aires.

3. SERANTES PEÑA, Oscar y CLAVELL BORRAS, JAVIER, “El Procedimiento en la Justicia Nacional de Paz”, Ley N° 11.924; Suplemento de actualización; ed. Depalma, 1959, Buenos Aires.

4. FERNANDEZ, RAIMUNDO L., “Derecho Procesal Civil”, II, Procedimientos Especiales, 1955, Buenos Aires.

⁵⁷ Para una próxima colaboración: Los medios de prueba en la Justicia de Paz Letrada.

5. JUSTO, ALBERTO M., “La anticipación debida para la gestión de diligencias probatorias en la Justicia de Paz”, Revista Jurídica Argentina LA LEY, Tomo 36, año 1944, Sec. Doctr., pg. 974.-

6. JUSTO, ALBERTO M., “El Procedimiento Incidental en la aplicación de la ley 11.924”, Revista Jurídica Argentina LA LEY, Tomo 26, Sec. Doctr. pg. 1003.-

7. SANTA MARIA, ALBERTO E., “La Prueba Incidental en la ley 11.924”, Jurisprudencia Argentina, 1958 III, Buenos Aires, Sec. Doctr., Pg. 125.-

8. LEGISLACIÓN:

a) Ley N° 879/81 “Código de Organización Judicial”, y su modificatoria N° 963.

b) Código de Ptos. Civiles y Comerciales de la República del Paraguay.

c) Ley 11.924/34, de la Reca. Argentina s/creación de la Justicia de Paz Letrada.

d) Dto. Ley de reforma argentina N° 23.398/56, de la Rca. Argentina.

9. JURISPRUDENCIA: LACONICH, ARQUIMEDES, “Reperitorio de Jurisprudencia, 1968, Asunción.



El Derecho de Autor en el Paraguay y el proyecto del nuevo Código Civil Paraguayo

Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli¹

Exposición de motivos. El Registro de los Derechos Intelectuales. Situación actual.

En el derecho de Autor, como entidad jurídica independiente, constituye una de las ramas del Derecho, que dado el adelanto tecnológico de la humanidad, ha crecido casi en la misma proporción en que esta se desarrolla, abriéndose paso en forma acelerada, tanto en el campo de la doctrina, como en la legislación y la jurisprudencia. En nuestro país, los derechos de los creadores intelectuales, data de una época relativamente reciente, ya que su antecedente más lejano, se encuentra en la Constitución de 1.940 (art. 24, 2a. parte), la Ley N° 94, del 10 de Julio de 1.951, y actualmente en la Constitución Nacional sancionada el 25 de Agosto de 1967, que en su Artículo 58, consagra el principio que “TODO AUTOR, INVENTOR O INVESTIGADOR, ES PROPIETARIO EXCLUSIVO DE SU OBRA, INVENTO O DESCUBRIMIENTO CIENTÍFICO POR EL PLAZO QUE LE ACUERDA LA LEY”. Esta protección, abarca toda la vida del autor, y más 50 años, a contar desde la muerte de su autor, o del último de los co-autores. Sus antecedentes más lejanos, se hallan en la Constitución Argentina sancionada el 1° de Mayo de 1853, inspirándose en la idea de propiedad. En efecto, el artículo 17 del citado cuerpo de leyes, preconiza que “TODO AUTOR O INVENTOR ES PROPIETARIO EXCLUSIVO DE SU OBRA, INVENTO O DESCUBRIMIENTO, POR EL TÉRMINO QUE LE ACUERDA LA LEY”. Esta Constitución de la República Argentina, a su vez se inspiró en la Constitución de los Estados Unidos, cuya Cláusula 8a., Sección VIII,

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 10-1985.

Art. 1º., establecía que: “EL CONGRESO TENDRÁ PODER ,..... PARA PROMOVER EL ADELANTO DE LAS CIENCIAS Y ARTES ÚTILES, ASEGURANDO, POR UN TIEMPO LIMITADO A LOS AUTORES E INVENTORES, EL DERECHO EXCLUSIVO A SUS ESCRITOS Y DESCUBRIMIENTOS RESPECTIVOS”. Quiere decir, que el esquema sobre el que se basamenta nuestro ordenamiento positivo en esta materia, comprende la Ley N° 94 y la Constitución Nacional que nos rige. El Código Civil de Vélez Sarfield, adoptado en nuestro país por leyes del 19 de Agosto de 1.876 y 27 de Julio de 1.889, desde luego no podía consagrar disposición alguna sobre este Instituto, porque, en general, era desconocido aún en el Continente, máxime cuando en Europa, regía en toda su amplitud el régimen de los privilegios, que fue desplazado por la Revolución Francesa “donde por primera vez se quiso asegurar a los creadores intelectuales una posición sólida en el mundo de la legislación, al proclamar que, entre todas las propiedades, la del autor sobre su obra, era la más imprescriptible y sagrada”. (Los “Derechos de los Autores e Intérpretes”, de Carlos Mouchet, Pág. 12). Así las cosas, y al igual que la mayoría de los países de América, el Paraguay tuvo que consagrar los derechos de autor o derechos intelectuales, a través de una ley especial, en este caso, la N° 94. Esta, como toda norma especial, contiene aspectos del derecho de fondo, como también consagra algunas reglas de procedimiento, que en lugar de facilitar su aplicación en la práctica, implementa un sistema complicado e ineficaz, para los casos concretos. Además, no contiene solamente normas específicas referentes al Derecho de Autor, sino también otras relacionadas con materias afines, como son los derechos de los intérpretes, artistas, ejecutantes, material periodístico, representación, edición, retratos, fotografías, caricaturas y cartas.

Por el contrario, en el Proyecto del Código Civil Paraguayo, actualmente en estudio en la Cámara de Senadores, se advierte que el mismo contiene algunas figuras jurídicas que tipifican única y exclusivamente, al ámbito del Derecho de Autor, o Derechos Intelectuales como en forma sinónima, emplea la ley arriba citada.

En efecto, en el Libro IV, Título VIII, entre los Derechos Reales, el Proyecto del Nuevo Código Civil, legisla sobre LA PROPIEDAD LITERARIA, ARTÍSTICA Y CIENTÍFICA.

En el Art. 2.166, consagra el principio clásico en materia de Derecho Autoral, al establecer que el autor es propietario de su obra durante su vida, y su derecho subsiste durante 50 años, contados desde su muerte, a favor de sus sucesores a título universal, o singular, o en su defecto, de quienes por acto entre vivos o de última voluntad, hayan recibido el encargo de publicar la obra. En el artículo siguiente, define lo que debe entenderse por “AUTOR”, a los efectos de la aplicación de la disposición arriba citada, diciendo que “AUTOR DE LA OBRA LITERARIA, CIENTÍFICA O ARTÍSTICA ES EL QUE LA CREA, A LOS CAUSAHABIENTES A TÍTULO UNIVERSAL, O PARTICULARES DE SUS DERECHOS PATRIMONIALES, SEA QUE LA PUBLIQUE SOBRE SU NOMBRE DE PILA O SEUDÓNIMO”. Como se puede apreciar, no existe diferencia entre los presupuestos consagrados en la ley 94 y el citado proyecto. Además, tampoco varía la concepción jurídica de este derecho, que se encuentra legislado a los que se asimilan a la propiedad en general. El Proyecto es más amplio que la Ley 94, en el sentido de establecer que incluye en este mismo título los derechos de los intérpretes. En efecto, dispone que corresponde dentro de los límites establecidos por este Código, dispone que corresponde dentro de los límites establecidos por este Código, a los artistas, autores o intérpretes, de obras artísticas o literarias, aunque ellas hayan pasado al DOMINIO PÚBLICO, una compensación equitativa por su INTERPRETACIÓN, por parte de quienes las difunden, o transmitan por cualquier medio idóneo o para la reproducción sonora o visual. Naturalmente que esta disposición, incluye también a los intérpretes de obras musicales, aunque el Art. 2171 no lo diga literalmente. Esta apreciación y declaración del Proyecto de Código que comentamos, resultará en la práctica mucho más idónea y factible para los casos concretos. Porque, la Ley N° 94, sobre este mismo tema, que incluye a los intérpretes, cantantes, declamadores, ejecutantes etc., establece en forma vaga e incoherente que “TIENEN DERECHOS INTELECTUALES

EN LAS MISMAS CONDICIONES Y TÉRMINOS QUE LOS AUTORES” (Art. 37). Como se puede apreciar, el Codificador, en esta materia, consagra el mismo principio que el de la Ley N° 94, que en nada contradice ni colisiona con la de su citada fuente. Eso sí, el Proyecto, emplea una terminología más fácil, más práctica y adecuada a las necesidades actuales.

EL CONTRATO DE TRADUCCIÓN

Otra de las figuras jurídicas que legisla el nuevo Proyecto de Código Civil, es la que se relaciona con el contrato de TRADUCCIÓN, es la expresión de obras escritas u orales en un idioma distinto al de la versión original. La traducción de la obra debe ser fiel y verdadera en lo que respecta a su contenido y a su estilo. En este caso, se concede el Derecho de Autor en reconocimiento a su manejo creativo de otro idioma, sin perjuicio, no obstante, de los derechos del autor de la obra traducida. De ahí que la traducción esté sujeta a una autorización en forma ya que el derecho de traducir la obra es un componente específico del Derecho de autor. (Glosario de Derecho de Autor, OMPI, Naciones Unidas). Tanto la Ley N° 94, como el Proyecto, siguen un mismo principio, o sea, que el traductor de una obra tiene sobre ella, derechos en las condiciones convenidas con el autor, siempre que el contrato de traducción se inscriba. Sobre este punto —el de la inscripción— el Proyecto nada dice. Los artículos 2.172 y 2.173, al menos, no los mencionan expresamente, pero el artículo 2.185, dispone que “EN EL REGISTRO DE DERECHOS INTELECTUALES, SE TOMARÁ RAZÓN DE LAS OBRAS LITERARIAS, CIENTÍFICAS O ARTÍSTICAS, PUBLICADAS EN LA REPÚBLICA...”. De esta forma, a nuestro criterio, reconoce igualmente y consagra el requisito de la inscripción para que las obras traducidas, surtan efectos contra terceros, como es la finalidad específica de la inscripción, cual es la publicidad. Porque, el Proyecto del Código Civil, entre las DISPOSICIONES TRANSITORIAS que contiene el Art. 2.811, no deroga la Ley N° 94, sino que al contrario, según lo manifiesta la EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, en la Página 49, al tratar del Título VIII, asegura que en el Anteproyecto, ha sido incorporada la Ley N° 94, razón

por la cual todos aquellos puntos que no fueron expresamente tratados en el mencionado Proyecto, dada la naturaleza dispar de las instituciones del derecho, tiene plena vigencia en la forma y términos previstos en la Ley N° 94, que legisla de manera especial y específica sobre los Derechos de Autor. Desde luego que no existen en absoluto incongruencias entre uno y otro cuerpo de leyes. Solo que el Proyecto, contiene una terminología más fluida, accesible y de fácil aplicación, como siempre fueron las obras de nuestro más preclaro y talentoso jurista, el Dr. Luís de Gásperi.

EL CONTRATO DE EDICIÓN

En el Libro III, Título II, entre las disposiciones de los Contratos en Particular, el Proyecto del Código Civil, se ocupa del Contrato de EDICIÓN. La Ley N°94 al legislador sobre este punto (Art. 33), nada dice respecto del significado y concepto del Contrato de Edición. En cambio, el Proyecto, en el Art. 867, tampoco define esta figura, sino que directamente manifiesta cuál es su finalidad, al decir que “EL CONTRATO DE EDICIÓN TIENE POR FINALIDAD, LA REPRODUCCIÓN UNIFORME DE UNA OBRA LITERARIA, CIENTÍFICA O ARTÍSTICA, SU DIFUSIÓN Y VENTA AL PÚBLICO...”. De consiguiente, este contrato es eminentemente oneroso, por cuanto agrega que “...SALVO RENUNCIA EXPRESA, EL AUTOR O SU SUCESOR TENDRÁ DERECHO A UNA REMUNERACIÓN”. El editor, es la persona que se hace cargo de la publicación de una obra, produciendo ejemplares de ella para el público, a los efectos de su posterior venta al mismo. Por eso, la Ley N° 94, al tratar este tema, simplemente se limita a disponer que “CUANDO HUBIERE CONTRATO DE EDICIÓN, EL EDITOR SE OBLIGA A PRODUCIR, DIFUNDIR Y VENDER LA OBRA”. Es natural que el editor, tenga sus limitaciones, como ser, que no puede alterar el texto de la misma, debiendo ser esta la versión exacta del original, no obstante puede efectuar las correcciones de imprenta que sean necesarias, cuando el autor le encargue este trabajo. Haciendo un estudio comparativo, entre el Proyecto del Código y la Ley N° 94, no existe ninguna duda que

el primero, es mucho más explícito, sobre las situaciones y presupuestos que puedan presentarse en la práctica. Así, con mucha precisión y extrema claridad, el proyecto se pronuncia sobre el plazo estipulado para la entrega de la obra; el caso en que no se hayan agotado aún las ediciones que el editor tiene derecho a hacer; el supuesto en que el contrato no determine el número de ediciones autorizadas; la hipótesis, de si en el contrato no se hubiese estipulado la remuneración que corresponde al autor; el supuesto, en que la obra, pareciese en poder del editor cuando sobrevenga caso fortuito, antes de ser editada la obra; si la obra, o pérdida de la obra ocurrió por causa o dolo del editor, así como las causas de extinción del contrato de edición, o en la hipótesis de quiebra del mismo. Con estos antecedentes, resulta obvio señalar que el proyecto, reglamente este tipo de contrato con más detalles que la ley especial, por ser materia propia también del Derecho Común, razón por la cual, a nuestro entender, se justifica ampliamente por la formas como se llevan a cabo las actividades culturales en la actualidad, sobre todo, teniendo en cuenta el grado de desarrollo impresionante que han recibido los medios de comunicación e impresión, ya sean musicales, gráficos, fotográficos, de reprografías y de sonidos, que abarcan un sinnúmero de detalles, que hacen que este tipo de contrato sea perfectamente reglamentado.

Cabe agregar, por último, sobre este tema, que la terminología empleada por el Codificador, en todo se adecua a la terminología propia de la materia, dentro del contexto del Derecho de Autor. Así, cuando el Codificador emplea la palabra REMUNERACIÓN, este vocablo se halla inserto en el GLOSARIO DEL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, publicado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), organismo especializado dependiente de las Naciones Unidas, que significa que “En las esferas del Derecho de Autor, y de los Derechos Conexos, se entiende por REMUNERACIÓN, los pagos o abonos que los usuarios de obras de autores, de representaciones o ejecuciones de fonogramas y de ediciones de radiodifusión, han de satisfacer a los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, de productores de fonogramas y demás titulares de los

EL DERECHO DE AUTOR EN EL PARAGUAY Y
EL PROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

derechos de que se trate, en la medida en que gozan de protección en lo que concierne a la correspondiente utilización.

En cuanto a las demás instituciones que consagran el Derecho de Autor, y se hallan legisladas también en el Proyecto de Código Civil, casi todas son coincidentes, y lejos de existir incongruencias entre ambas normas, más bien se complementan y se consustancian entre sí, viniendo de este modo, a ampliarse en cierta forma las disposiciones que sobre el Derecho Intelectual, configuran la legislación positiva de nuestro país. Así, la Ley N° 94, dispone que serán lícitas las publicaciones o reproducciones de obras literarias, artísticas o científicas, con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a tales obras, permitiéndose incluir hasta mil palabras de obras científicas o literarias y ocho compases en las musicales, y en todos los casos, únicamente la parte del texto indispensable a ese efecto, pero condicionado a que siempre se indicará la fuente de donde se haya tomado esos antecedentes, sin alteración de los textos. Estos mismos presupuestos son los previstos en el Art. 2.181 del Proyecto, entre los hechos que no consideran lesivos a los derechos de autor, aunque sin especificar la cantidad de palabras, en cuanto a las obras científicas o literarias y el número de compases en las obras musicales. Pero, siempre, el fondo es igual, es decir, cuando estas publicaciones obedezcan a motivaciones de orden didáctico o científico. Y siempre, teniendo en consideración, que la Ley 94 no está derogada ni implícita ni expresamente por el Proyecto de Código en estudio.

A igual conclusión arribamos, al analizar –sin sentido crítico por supuesto–, las disposiciones de los Artículos 13 de la Ley N° 94 y 2.168, segunda parte del Proyecto. En dichas disposiciones, legislan sobre artículos no firmados, colaboraciones anónimas y colaboraciones firmadas de las compilaciones u obras colectivas, disponiéndose que en estos casos, el beneficio económico del derecho de autor, corresponde al diario, publicación periódica o agenda informativa, o en su caso, al director o editor de la publicación. Respecto de conferencias, discursos, escritos forenses, sentencias judiciales, las conclusiones a que arriban los artículos 17 de la Ley N° 94 y la establecida en

el artículo 2.180 del Proyecto, son idénticas, en el sentido de que solo podrán publicarse con la autorización del autor, o de las personas en cuyo interés se hubiesen producido, y toda vez que el buen nombre de los litigantes o encausados, no sufran daños.

Por otro lado, es natural que el proyecto, no contemple entre sus disposiciones otros aspectos que configuren el Derecho Intelectual en sí, dado que estos, permanecen vigentes en las condiciones y situaciones previstas en la Ley 94, por cuanto la parte del Código que abarca el contrato de Edición, traducción, interpretación, representación y duración de los mismos, está incorporado como parte de los derechos reales, que a la vez son Instituciones del Derecho Civil. No se debe olvidar, de consiguiente, que el art. 1º, 2a. parte de la Ley 94, preceptúa que estos derechos Intelectuales, se regirán por la citada ley y las disposiciones del derecho común, el derecho civil o general de un pueblo, es obvio que actúa como derecho supletorio, tanto en cuanto a los principios generales como en ciertas instituciones. Y no habiéndose dejado sin efecto la citada ley especial, es también obvio que siguen en vigencia las disposiciones de la Ley 94 sobre la reglamentación de los Retratos, Fotografías, Caricaturas, Cartas, Obras extranjeras, Obras inéditas, la parte especial que reglamenta el registro de estas obras, sanciones y procedimientos para el registro, y aún todo el contenido del Decreto N° 6.609 de fecha 4 de setiembre de 1.951, reglamentario de la Ley N° 94.

Sin embargo, lo que llama la atención, en el proyecto, es la disposición del art. 2182, que califica como FALSIFICACIÓN en una obra cuando falta el consentimiento del autor de la misma para publicar, traducir, reproducir, representar, ejecutar o imprimir en discos o cintas fonográficas, o rollos para pianos automáticos, por omitir el nombre del autor o del traductor, por cambiar el título de la obra y suprimir o variar cualquiera parte de ella, por publicar mayor número de ejemplares que el convenido, por publicar y ejecutar una pieza de música formada de extractos de otras, por hacer arreglos de una composición musical, por adaptar trucos escénicos originales en

obras protegidas y por representar partes aisladas, escenas o canciones ya registradas. Esto, naturalmente sin perjuicio de lo previsto en el Capítulo VII, del Código Penal, que legisla sobre los delitos contra la Fé pública, y específicamente en cuanto al previsto en el art. 225 del mismo Cuerpo legal que dispone: "...el que a una obra literaria o científica aplicare como autor falsamente, el nombre o pseudónimo de un escritor conocido, será castigado con cinco a quince meses de penitenciaría", y sin perjuicio también de lo dispuesto en el art. 245 del citado Código que a más de la sanción establecida más arriba, condena a los que obtuvieron un lucro o provecho derivado de la comisión de los delitos expresados en el Capítulo VII, esto será considerado —además— estafa, y castigado con las penas establecidas para este delito (Art. 396). Entendemos que la intención del Projectista en este sentido, al declarar como falsificación los distintos presupuestos arriba señalados en el Código Civil, no es otra que la de adecuar a los tiempos modernos, las diversas situaciones que pueden presentarse para la comisión de hechos delictuosos en el Derecho de Autor, dado que la tipificación que adopta el art. 225 del Código Punitivo data del año 1.914, y en esa época aún no aparecieron las nuevas figuras en el área de los Derechos Intelectuales. En el Proyecto del Código Civil, no se habla de la "piratería de las obras artísticas o científicas". Y esto es así, presumiblemente por cuanto el Proyecto del Dr. De Gásperi, fue elaborado hace ya más de veinte años, estudiado posteriormente en la Comisión de Codificación y ahora pasado a la Cámara de Senadores para su tratamiento, en este período de sesiones, razón por la cual no figura aún entre sus disposiciones de la piratería. Actualmente, precisamente en el período de sesiones de este año, fue presentado en el seno de la Cámara de Diputados, un proyecto de ley, elaborado por el Diputado Nacional Dr. Genaro Espínola Fariña y otros, con miras a la lucha contra la piratería. En la esfera del Derecho de Autor y Derechos conexos, esta terminología está adoptada por la O.M.P.I. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, razón por la cual se entiende por tal "la reproducción ilegítima de obras publicadas o de fonogramas por cualquier medio adecuado, con miras a la transmisión (distribución)

al público y también la remisión de una radiodifusión por otra persona, SIN LA CORRESPONDIENTE AUTORIZACIÓN DEL AUTOR”.

El citado proyecto de ley, fue elaborado a pedido de la APROFON (Asociación Paraguaya de Productores de Fonogramas), y tiene como objetivo fundamental, luchar contra las ediciones pirata, entendiéndose por tales, las que se refieren al conjunto de ejemplares de una obra ya publicada, de una sola vez, sin autorización del autor, y que son vendidas al público como originales. Pues a nadie escapa, la proliferación en los lugares céntricos de la Capital, la cantidad de vendedores furtivos de cassettes, grabados, a precios mucho más bajos que las ediciones autorizadas y que fueron realizadas sin la infraestructura contratada para las grabaciones originales.

EL REGISTRO DE LOS DERECHOS INTELECTUALES

La Ley 94, en su art. 1° establece que se protegen y reconocen los derechos de autor sobre obras literarias, científicas y artísticas, editadas, publicadas y REGISTRADAS EN EL PARAGUAY. La segunda parte de este artículo, corresponde a la Ley Argentina N° 7.092, de fecha 17 de setiembre de 1.910. Esta ley, fue derogada expresamente por la Ley N° 11.723, de fecha 28 de setiembre de 1.933, que instituyó el Régimen Legal de la Propiedad Intelectual, que constituye un extenso ordenamiento de 86 artículos, integrado por normas del derecho privado y de derecho público. La primera reforma importante de esta ley, se produjo en fecha 2 de octubre de 1.957, oportunidad en que por Decreto-Ley N° 12.063, se amplió de 30 a 50 años el plazo “post mortem” para la explotación económica del Derecho de Autor, poniéndose así de acuerdo con la Convención de Berna. La segunda modificación se llevó a cabo por medio del Decreto N° 1.224, oportunidad en que se ha introducido en la legislación del país vecino la creación del DOMINIO PÚBLICO PAGANTE, institución que hasta esa fecha ha sido admitida en pocas legislaciones. Posteriormente, en fecha 9 de agosto de 1.963, por Ley N° 6.673, se esta-

bleció un régimen de protección de los derechos de los autores de modelos o diseños industriales, en el aspecto ornamental, que no preveía la Ley N° 11.723. En nuestro medio, la Ley N° 94, tiene como fuente, la Ley Argentina N° 11.723, y de consiguiente, las dos primeras instituciones, o sea, el reconocimiento de autor “post Mortem” hasta los 50 años, está prevista en el Art. 19, y la instauración del dominio público pagante, está inserta en el Art. 22. La última modificación, la de modelos o diseños industriales en el aspecto ornamental, ya no se halla prevista, en razón de que la inclusión de esta variante de los derechos intelectuales se introdujo en la Argentina en el año 1.963, y nuestra ley data del 10 de Julio de 1951, y hasta la fecha no ha sufrido modificación alguna. De modo que la adopción de las dos instituciones arriba citadas, ya se adoptó en nuestro país, en el año 1.951, incluyendo las dos reformas de la Ley Argentina N° 11.723.

El Art. 49 de la Ley nuestra, dispone como requisito, a fin de asegurar la protección de los autores, la creación del Registro Público de Derechos Intelectuales, dependiente del Ministerio de Educación. En el artículo siguiente, establece los requisitos de forma, que son necesarios para la inscripción de las distintas obras en el Registro Público de Derechos Intelectuales. En este sentido, sigue casi al pie de la letra, al Art. 57 de la Ley Argentina N° 11.723, y los artículos subsiguientes. El Art. 73 de la misma Ley 94, ratifica que dicha dependencia, estará a cargo del Ministerio de Educación y Culto. Salta a la vista de las disposiciones arriba comentadas, que el requisito sine que non, que para que una obra está protegida por la ley antes citada, necesaria y obligatoriamente, debe estar inscrita en el citado registro. Quiere decir, que para oponer contra terceros, e invocar la protección de la ley, la obra de que se trata, debe estar inscrita a nombre del titular. De ahí arranca la protección del derecho de autor en el Paraguay.

Este requisito, reconoce como causa remota, conforme lo manifiesta el autor ARGENTINO O. ROMERO, en su obra, “La Propiedad Intelectual”, en la pág. 386, que el que mejor defendió esta tesis (Registro de Obras), es el autor del proyecto de ley de propiedad intelectual de España, el Dr. Manuel Dánvila y Collado, al comentar el Art.

36, de la Ley del 10 de enero de 1.879, al sostener que “La declaración que hace la ley es terminante. Sus beneficios no pueden gozarlos sino aquel que ha inscripto sus derechos en el Registro; y de tal manera lo hace obligatorio, que es necesario, o mejor dicho indispensable. Para adquirirla es necesario inscribir, y el que no la inscribe, podrá tener la gloria de la obra, pero no adquirir sobre ella la propiedad legal”. Este sistema de la ley española, es similar a la ley argentina y a la nuestra y es la que fue seguida por la mayoría de las legislaciones. El sistema opuesto –sigue diciendo el Dr. Argentino O. Romero en su citado libro- “es el sostenido por Pouillet, para quien la ley –se refiere a la ley francesa- no sujeta el derecho de propiedad del autor a la expedición forzosa de un título, porque la propiedad nace al mismo tiempo que la obra, y el autor no necesita para asegurar su derecho de una declaración o de un registro cualquiera. Es el sistema de los países integrantes de la Unión de Berna.

Sobre este punto, volviendo a nuestro proyecto de Código Civil, al parecer, el codificador, y también los miembros de la Comisión Nacional de Codificación, conforme surge de la exposición de motivos, parece inclinarse por este sistema. Es decir, que no asigna mucha importancia al requisito de la inscripción de la obra en el Registro, que es obligatoria por imperio de la Ley N° 94 que no está derogada, sino más bien incorporada al sistema adoptado por el Proyectista. En efecto, el Art. 2.185, dispone que “EN EL REGISTRO DE DERECHOS INTELECTUALES, SE TOMARÁ RAZÓN DE LAS OBRAS LITERARIAS, CIENTÍFICAS O ARTÍSTICAS, PUBLICADAS EN LA REPÚBLICA, COMO CONDICIÓN A QUE ESTE CÓDIGO SUBORDINA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUOR RESPECTO DE TERCEROS...”. Como se podrá apreciar, el texto del gran maestro, que para orgullo de la nación y del país, fue paraguayo en el amplio sentido del vocablo, el requisito de la inscripción en el Registro, también es exigencia fundamental para la debida protección de los derechos intelectuales. Sin embargo, la exposición de motivos, al comentar el Título VIII del Proyecto, no lo entiende así, porque dice “la propiedad intelectual no nace de la toma de razón, sino de la creación. Siendo así, la inscripción es meramente declarativa y

no constitutiva. La toma de razón en el registro especial habilitado, solo se propone la publicidad de la obra literaria, científica o artística, respecto de terceros para protegerla, contra falsificaciones, imitaciones o reproducciones fraudulentas en perjuicio del autor, inventor o investigador científico” (ver pág. 48-49, Edición Extra, Proyecto de Ley Código Civil Paraguay, Editorial El foro, Año 1, Noviembre de 1.984). Como se ve, la opinión de Pouillet, fue admitida en este punto, al menos, eso se desprende de la exposición de motivos arriba transcrita. Pero sea como fuere, independientemente de la opinión de la Comisión Nacional de Codificación, lo real y lo concreto es que esta disidencia de orden puramente doctrinal, no tiene relevancia alguna, dado que el Proyecto, en el artículo arriba citado, establece como requisito fundamental, que para que una obra esté protegida por el Código, no puede eludir el requisito de la inscripción en el Registro, que como bien lo sabemos en nuestro medio, su finalidad principal es la publicidad.

Ahora bien, en cuanto a este punto, el estado actual del Registro de los Derechos Intelectuales, no está muy bien aclarado, por las siguientes circunstancias; como hemos visto precedentemente, conforme lo dispone el Art. 49 de la Ley N° 94, la Dirección de los Derechos Intelectuales depende del Ministerio de Educación y Culto. El nuevo Código de Organización Judicial, Ley N° 879, según el Art. 416, entro a regir a los 90 días de su promulgación. La misma hasta ahora no fue publicada, o por lo menos no sabemos a ciencia cierta, si se publicó o no en el Registro Oficial, que es una exigencia o una de las condiciones básicas para que una ley entre en vigencia. Pero lo cierto, de hecho, o por lo menos hasta que sea declarado lo contrario, está en vigencia. Y, en el TÍTULO IX, legisla sobre la Dirección General de los Registros Públicos, en el Art. 261 dispone que **CREASE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS, QUE DEPENDERÁ DIRECTAMENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** El artículo siguiente preceptúa, que **ESTA DIRECCIÓN GENERAL COMPRENDERÁ LOS SIGUIENTES REGISTROS DE:** 1. Inmuebles; 2. Buques; 3. Automotores; 4. Aeronaves; 5. Marcas y Señales de Ganado; 6. Prenda con Registro;

7. Personas Jurídicas y Asociaciones; 8. Derechos Patrimoniales; 9. DERECHOS INTELECTUALES...etc.

Más adelante, en el Capítulo IX, la misma Ley N° 879, en el Art. 347, en la parte que trata del REGISTRO DE DERECHOS INTELECTUALES, preceptúa que “EN ESTE REGISTRO SE INSCRIBIRÁN TODAS LAS OBRAS CIENTÍFICAS, ARTÍSTICAS Y LITERARIAS, ASÍ COMO LAS OBRAS PLÁSTICAS EN PINTURAS, EXCULTURA O ARQUITECTURA, PELÍCULAS CINEMATOGRAFICAS Y OTRAS OBRAS, DE CONFORMIDAD A LO DISPUESTO EN LA LEY N° 94 DE 1.951 DE “DERECHOS INTELECTUALES”. El anteproyecto de Código Civil, que luego de ser tratado en la Comisión Nacional de Codificación, con las modificaciones o aclaraciones efectuadas al mismo, obviamente, como es muy anterior al nuevo Código de Organización Judicial, aunque expresamente no lo diga, es razonable que siga el sistema de la Ley N° 94, o sea que el Registro de Derechos Intelectuales depende del Ministerio de Educación y Culto. El anteproyecto, llevó al Dr. Luís De Gásperi, cerca de cuatro años en su preparación, para publicarlo en extensas notas en el mes de octubre del año 1.964, en un volumen prolijamente elaborado de 1.050 páginas, resulta lógico que instituya como Registro de los Derechos Intelectuales a la Sección respectiva del Ministerio de Educación y Culto.

Como simplemente puede observarse, en el caso que examinamos, resulta que legalmente, el verdadero Registro de Derechos Intelectuales, actualmente debe depender de la Dirección de los Registros Públicos, que a su vez, por imperio del Art. 261 del Código de Organización Judicial, depende directamente de la Corte Suprema de Justicia.

De consiguiente, debe arbitrarse las medidas necesarias, para que esta importante oficina de registro de derechos, sea implementada e incorporada en forma efectiva como dependencia de la Corte Suprema de Justicia, que es el órgano jurisdiccional competente para el efecto.



La Ley del Comerciante del Paraguay

Raul Anibal Etcheverry¹

I

En la República del Paraguay está vigente desde diciembre de 1983, la llamada “Ley del Comerciante”, un nuevo orden legal que reemplaza a una gran parte del Libro I del código de comercio de ese país.

Como es sabido, el país hermano adoptó en enero de 1904, el código de comercio de la República Argentina, el cual, con numerosas modificaciones – que, sin embargo, no fueron esenciales – se mantuvo vigente hasta ahora.

Paraguay ha resuelto modificar toda su legislación mercantil, y el texto legal que comentaremos, constituye un primer paso en ese camino.

Todo el libro I del código de comercio paraguayo ha sido modificado por esta ley 1034, de ciento veintitrés artículos, con excepción del Título III relativo a bolsas y mercados de comercio.

La nueva ley consta de un Título preliminar de dos artículos; el Título I “De los comerciantes”, incluye en el capítulo I las “Disposiciones generales”, en el Capítulo II “De la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada”, en el capítulo III “De determinados comerciantes en particular”, está formado por la Sección I “De los factores” y la Sección II “De los rematadores”.

En el Capítulo IV “De los auxiliares del comerciante”, se halla la Sección I “De los factores” y la Sección II “De los dependientes”.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 11- 1985.

El Título II se refiere a los actos de comercio, establecido doce hipótesis y una mención abierta.

El Título III alude a los libros y a la documentación comercial: en el Capítulo I se legisla sobre “Disposiciones generales”, el Capítulo II se titula “De los libros de las sociedades”, en el Capítulo III se desarrolla el tema de la exclusión de los libros y la prueba.

El Título IV se refiere a la competencia comercial: el Capítulo I contiene “Disposiciones generales”, el Capítulo II se titula: “De la competencia desleal”.

El Título V lleva en su encabezamiento “De la transferencia de los establecimientos comerciales”, concluye esta ley con una “Disposición final”.

Al proyecto original, cuyo título se refería “Código del comerciante”, se le propusieron diecisiete enmiendas por parte de la Comisión de Legislación, Codificación, Justicia y Trabajo de la Cámara de Senadores.

En noviembre de 1983 tuvo lugar la fundamentación del proyecto de ley del comerciante en el senado, por parte del senador Raúl Sapena Pastor con más destacado jurista de su país y con múltiples relaciones en la Argentina.

Creemos de importancia conocer esta novedad del derecho comercial latinoamericano como especialmente por tratarse de un país vecino y tradicionalmente amigo.

II

El mismo Sapena Pastor señala en la posición antes aludidas que es la reforma de las leyes privadas del Paraguay está presidida por la idea de unificar los contratos civiles y comerciales, citando el anteproyecto del código civil de Luis de Gásperi y el mensaje del poder ejecutivo enviado en este “código del comerciante” al congreso, como los pilares básicos de este camino que ya se ha iniciado.

No se utilizó el nombre del código, teniéndose en cuenta que serían muy pocas las materias a conservar en el área mercantil y muchas las incluidas en el nuevo código unificado como el que llevaría el nombre de Código Civil, y la manera italiana.

Así como al código comercial se le ha quitado su libro IV y se lo reemplaza mediante la ley de quiebras; su libro II va a integrar el futuro Código Civil; se dará otro destino al libro III sobre derecho y obligaciones que resultan de la navegación.

De lo que resta, apareció inoportuno mantener el nombre de Código. Tampoco se consideró procedente llamarlo “estatuto del comerciante”, atento aquí en la palabra estatuto posee diversas connotaciones jurídicas.

La segunda innovación para el Paraguay es La regulación de la competencia desleal.

La tercera vez que se estableció en esta ley el modo de proceder para transferir los conocimientos comerciales.

Contaremos los aspectos más salientes de esta reforma.

III

El título Preliminar consta de dos artículos que merecen su transcripción:

Art. 1° “La presente que tiene por objeto regular la actividad profesional del comerciante, sus derechos obligaciones, la competencia comercial como la transferencia de los establecimientos mercantiles y caracterizar los actos de comercio”.

Art. 2° “A falta de norma especiales de esta ley cómo se aplicarán las disposiciones del código civil”.

“Los usos y costumbres mercantiles pueden servir de regla solo cuando la ley se refiere a ellos, para determinar sentido de la palabra o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenios de la misma naturaleza”.

Se caracteriza como comerciantes a “la persona que realizan profesionalmente actos de comercio” y a “la sociedad que tenga por objeto principal la realización de actos de comercio”. (Art. 3).

A nuestro juicio, es preferible no declarar “comerciantes” a las sociedades, que son un recurso técnico legal; tampoco no parece conveniente mantener la comercialidad de los entes colectivos mencionados, en base a qué sujeto principal sea la realización de actos de comercio.

La caracterización de comerciante individual con sus obligaciones y derechos, la capacidad para ejercer el comercio, la matriculación, son temas que hoy la ley 1034 regula con muy poca diferencia a sus antecedentes, el código de comercial.

Se puede apreciar una mayor concisión jurídica y gran poder de síntesis en los primeros 14 artículos.

Como en otro país como cualquier menor que haya cumplido 18 años, puede ejercer el comercio si está legalmente autorizado para hacerlo.

IV

La impresión igual de responsabilidad limita hacia allá estructurada a partir del artículo 15 y hasta el 25.

En atención a la novedad del tema, nos detendremos más en ella.



Algunas reflexiones acerca del Anteproyecto de ley de Administración Pública

Dr. Jorge Luis Maiorano¹

I. INTRODUCCIÓN

La publicación efectuada, por parte de la prestigiosa Revista Gaceta Judicial, del Anteproyecto de Ley de Administración Pública de la hermana República del Paraguay ha determinado en espíritu la necesidad de volcar algunas reflexiones que su lectura ha motivado. No puedo ocultar mi alborozo y satisfacción al comprobar el importante paso que ha dado la doctrina de ese país al plasmar, de manera armónica y coherente, en un cuerpo normativo las principales disposiciones que conforman el andamiaje jurídico de que se vale la Administración pública.

Es por ello que, con la debida licencia de sus autores y, en particular del destacado jurista, Profesor Salvador Villagra Maffiodo, innegable sustento ideológico del proyecto comentado, me he permitido escribir algunas líneas sobre determinados aspectos que he considerado sugerentes. Imposible sería, en la brevedad de estas líneas, destacar los muchos y variados matices que el Anteproyecto ofrece al estudioso; es por ello que aquí serán considerados solo algunas de las instituciones que se han proyectado, tales como el ámbito de aplicación; la doctrina como fuente del Derecho Administrativo; los contratos de la Administración; la responsabilidad de la Administración; el silencio de la Administración y el procedimiento de expropiación.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 11- 1985.

Profesor Titular de Derecho Administrativo (Profundizado Universidad de Belgrano) Profesor Asociado de Derecho Administrativo (Universidades de Morón y del Salvador Buenos Aires, Rep. Argentina) Asesor de la Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación (Rep. Argentina)

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Una de las singularidades más relevantes del derecho administrativo lo constituye, sin lugar a dudas, su permanente afán de auto-definición, como lo sostuviera Meilán Gil. Este mismo autor enseña que presentándose liminarmente el derecho administrativo como el ordenamiento jurídico que disciplina la administración pública, los esfuerzos se han orientado a caracterizar la “administración” toda vez que el término derecho pertenece a la teoría general.

Así, los esfuerzos de la doctrina se han orientado hacia la búsqueda de un criterio que permita determinar con precisión, el verdadero alcance del derecho administrativo a partir de la inasible “administración pública”. Mientras la tesis orgánica rechaza la posibilidad de que exista administración pública fuera del ámbito del Poder Ejecutivo, la perspectiva objetiva postula su existencia en cualquiera de los poderes del Estado. Sujeto y actividad se disputan, entonces, la preeminencia para caracterizar positivamente al objeto tradicional del derecho administrativo.

Ambas vertientes son, en sí mismas, consideradas insuficientes. Para ello han influido, en mi opinión, tanto la gravitación del ordenamiento jurídico administrativo en sectores que no encuadraban dentro del concepto orgánico de Administración Pública como la ruptura de la ecuación “derecho administrativo- administración pública”.

Todo ello hace que el criterio amplio y práctico que adopta el artículo 3º del Anteproyecto en cuanto entiende por Administración Pública o Administración tanto el sujeto como la actividad - se constituya en uno de sus más singulares aciertos en la medida que sus normas resultan entonces aplicables, no solo al complejo orgánico Administración Pública, sino también a la actividad administrativa desplegada por los restantes poderes en todo aquello que no sea propio a sus funciones específicas.

De manera coincidente con aquel criterio amplio entiendo que el Anteproyecto ha sabido conjugar, prudentemente, la diversidad en

la unidad. Es así que la exposición de motivos alerta sobre la dificultades que supone unificar, sin miramientos, todas las normas administrativas. A ello se oponen, no solo razones de buena técnica legislativa, sino, además, la singularidad que caracteriza a determinadas instituciones. Por ello el artículo 1º, en sus párrafos segundo y tercero, establece, por una parte, la aplicación supletoria o complementaria de sus normas a institutos y procedimientos específicos y, preserva la autonomía del Derecho Tributario sin perjuicio de la aplicación de las normas generales que contempla el Anteproyecto.

III. LA DOCTRINA COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Dentro de las fuentes del Derecho Administrativo (art. 2º), el codificador ha incluido expresamente a la doctrina. Ello constituye un singular acierto en la medida que reconoce el importante papel que desempeña, en el marco de nuestra disciplina, la labor de los juristas.

Si bien algunos tratadistas como Waline y Gordillo le niegan a la doctrina el carácter de fuente del derecho alegando que ella tiene un valor puramente moral (1) o bien que carece de imperatividad (2), la generalidad de las opiniones doctrinarias destacan la especial trascendencia que tiene el parecer de los estudiosos del derecho, especialmente en el ámbito de nuestra disciplina en la cual, por su carácter de rama “*in fieri*” ella se constituye en un valioso instrumento de interpretación de las normas positivas y de las instituciones en general. Esta es la autorizada opinión del profesor Villagra Maffiodo quien sobre el particular expresa que la doctrina “tiene especial importancia y frecuente aplicación en Derecho administrativo en razón de que, no estando este codificado, existen en él muchas lagunas que deben ser llenadas con normas que sean consideradas como las más justas, en cuanto sean compatibles con los principios fundamentales de nuestro Derecho público” (3).

Debe destacarse entonces el precepto comentado en la medida que él se ajusta a los más modernos postulados de nuestra ciencia y

a la creciente trascendencia que la doctrina ha adquirido en nuestra materia como consecuencia de las profundas transformaciones sociales.

IV. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

No en vano el tema de los contratos administrativos ha sido calificado por Liet-Veaux como uno de los capítulos más desesperantes del derecho administrativo (4). Y si esta afirmación proviene de un autor francés, en cuyo país nació y se desarrolló la concepción, con mucha mayor razón podemos asumirla como propia los autores latinoamericanos influenciados por la doctrina y el derecho francés.

Es que, precisamente, fue Francia la cuna de la idea misma de contrato administrativo como categoría singular dentro del universo jurídico. La razón de su aparición debe encontrarse, exclusivamente, en la necesidad de justificar la partición de competencias entre la jurisdicción administrativa y la judicial, según el peculiar sistema instituido en el país galo. Como señala García de Enterría, la única singularidad de los contratos administrativos era una singularidad de régimen jurisdiccional, que no afectaba, en ningún caso, ni a su naturaleza ni a su regulación de fondo, que seguirá siendo propia de toda cuestión civil (5).

Determinada entonces por el sistema francés de dualidad jurisdiccional, la noción de contrato administrativo previo al caso de criterio de “servicio público” adquiriendo sustantividad por la presencia de un régimen exorbi a los contratos privados.

Frente de tal situación como la posición de los juristas latinoamericanos no podían ser otra que adherir incondicionalmente al criterio que admite la dualidad de contratos de la administración olvidando la realidad vernácula de sus respectivos países, o bien cómo adoptar una actitud crítica como no complaciente sino reflexiva. (6).

Esta ha sido la Postura asumida por el profesor Villagra Maffiodo quién en su hora de desbroza, acertadamente, cada uno de los

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

aspectos que integra la teoría de los contratos celebrados por la administración, afirmando que “la teoría de los contratos administrativos... para nosotros no tiene más valor que la doctrina, aplicable solo en cuanto se conforma con los principios fundamentales de nuestro Derecho Público” (7).

Y esta es la prudente reglamentación que ha adoptado el capítulo III, Título II del Anteproyecto de Ley comentado.

Sienta la premisa inicial de que “los contratos de la administración se rigen por las mismas normas de los de derecho común, con la diferencia que admiten en su ejecución la incidencia de las facultades ejecutivas que por prescripción constitucional pertenece al poder ejecutivo y por descentralización a los órganos que hacen parte del mismo” (Art.74).

A partir de la regulación ordinaria, común a todos los contratos, se singulariza aquellos que celebra la administración pública por cláusulas que devienen no de una supuesta categoría específica de contratos como sino de la presencia subjetiva de la administración. Es por ello que esas cláusulas exorbitantes no son normas intrínsecas a los contratos, si no, en realidad, intrínseca a la administración; se trata, con precisión, de facultades propias de la administración tal como lo ha nominado el artículo 75 que, con precisión, la contempla.

V. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Dentro de las normas que regulan la responsabilidad de la Administración (arts. 124 a 133) creo prudente norma ha llamado mi atención por su contenido. Me refiero al art. 132 por el cual se prescribe, expresamente, la responsabilidad estatal por error judicial, Esta cuestión, que ha motivado la preocupación de sociólogos, juristas Y filósofos hace años, uno de los últimos reductos en los cuales pretende consolidarse la mentada irresponsabilidad del

Afortunadamente, la tesonera labor de la doctrina ha ido aclarando el espesor del canlino y posibilitado, con diversos fundamentos, la extensión del resarcimiento al sagrado ámbito de la justicia.

En un trabajo que publicara el año último en la Revista la Ley de mi país, analicé la situación en Argentina, con motivo de un proyecto legislativo presentado por el senador nacional Dr. Eduardo Menem y que ya cuenta con media sanción del Honorable Senado de la Nación. Este proyecto fue la resultante de una situación de postergación que sufría la Nación con respecto a las provincias, en cuyos ámbitos hace muchos años ya se han dictado normas sobre la materia.

En esa oportunidad, destaqué que “más allá de la trascendencia jurídica que encierra esta propuesta, por medio de la cual se pretende llenar un sentido vacío existente en la legislación nacional, advierto que ella constituye una aspiración de profundo contenido humano que tutela uno de los derechos inalienables del individuo: su libertad” (8).

Es por ello que celebro muy auspiciosamente que el Anteproyecto contenga una norma de avanzada por medio de la cual se reconoce la responsabilidad estatal en caso de comprobarse legalmente que, por error, se ha condenado a un inocente que como consecuencia de ello, ha sufrido todo tipo de perjuicios.

Del mismo modo, resulta destacable el segundo párrafo del mismo artículo 132 en la medida que extiende la responsabilidad no solo a los condenados, sino también a los detenidos preventivamente siempre que el daño irrogado fuere extraordinario y que la privación de la libertad se prolongare más allá de lo razonable para el esclarecimiento del hecho. Aquí se concilian armónicamente las actividades individuales.

VI. El Silencio de la Administración.

La importancia que ha adquirido el procedimiento administrativo dentro del marco jurídico en que se desenvuelve la actividad estatal resulta que en nuestros días, indiscutible.

Esa importancia transita, en opinión, por dos carriles diferentes pero complementarios: uno, institucional, otro, el individual.

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL ANTEPROYECTO DE
LEY DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En el plano institucional viene a constituirse, como sostiene Soto Kloss, en una forma de simplificación del actual administrativo evitando un esfuerzo de imaginación a la autoridad y al funcionario y uniformando prácticas acertadas en la acción de la administración (9).

En el orden individual - pero trascendente en el ámbito colectivo- el procedimiento administrativo adopta una garantista en la medida que fuma por su intermedio, se institucionalizan los remedios destinados a asegurar la efectividad de los derechos de las personas. Interés general e interés privado confluyen, y entonces aquí, a punto tal de erigir al cauce formal que aquí representa en uno de los principales instrumentos del moderno de Estado de derecho.

En ese sentido comandante proyecto comentador regular razonablemente los trámites ante la administración pública, rodeando de garantías a los administrativos y sometiendo a reglas precisas y clara la actividad administrativa como a la vez que fija límites ha determinado aspectos de esa actividad.

Cómo sería muy extenso comentar todas las bondades que el proyecto presenta, me limitaré a comentar brevemente una de las innovaciones más importantes que se ha introducido en el procedimiento administrativo, según la señala la exposición de motivos del proyecto de ley punto me refiero a la atribución de resolución ficta que el legislable ha asignado al silencio administrativo el cual, como allí se expresa con más frecuentemente ha servido para entorpecer la acción contención administrativa.

Es por ello que le asigno la máxima importancia al artículo 154 en cuanto “si no se dicta la resolución definitiva dentro del artículo 151 la parte interesada tendrá la opción de dar por denegada su petición con malos efectos de recurrir a la vía contencioso - administrativo o a lo civil, según el caso, o de interponer recursos jerárquico en el cual cómo hacen la autoridad jerárquica no se pronuncia dentro

del término respectivo, se tendrá igualmente por denegado la petición como a los efectos del recurso administrativo la acción ante dichos...” (10).

El silencio se constituye en una respuesta estatal, con un valor presumido por el ordenamiento jurídico, frente a la petición deducida por un administrado. Es que la carga que pesa sobre la administración pública en el sentido de dictar el pertinente acto administrativo de vendría ciertamente ineficaz si no se arbitraran los medios idóneos para evitar una auténtica hipótesis de indefensión.

Cómo sostiene Greco, es actualmente tópica la afirmación que predica el carácter revisor de la jurisdicción contenciosa en el sentido de la necesidad de un acto previo de la administración eventualmente sometido al control jurisdiccional (11). Desde ese punto de vista como la falta de acto administrativo, sustituido por el silencio, en principio inexpresivo, constituiría un obstáculo para el mecanismo impugnatorio. Es por ello que las modernas leyes de procedimiento (en Argentina, artículo 10 de la ley 19.549 sí un dispositivo en virtual cuál es factible aceptar presuntivamente, una resolución frente a la falta de respuesta por parte de la Administración.

Según la doctrina más autorizada, el silencio administrativo debe entenderse como una ficción legal, como consecuencias esencialmente procesales por medio de la cual se facilita el particular legitimado la fiscalización y ulterior revisión de la inactividad administrativa. (12).

Cómo se advierte, asume singular trascendencia la incorporación de un texto expreso que contempla un remedio frente a la conducta domicilio de la autoridad administrativa.

En igual medida, resulta loable el artículo 155 por medio del cual se asigna efecto positivo al silencio administrativo, siempre que los hechos y el derecho invocado por la parte interesada fuesen manifiesto y justificado. Aquí el legislador ha avanzado resueltamente

y, a esos efectos, ha facultado al Tribunal en lo contencioso - administrativo para que atribuya sentido favorable al particular al silencio estatal.

VI. El Procedimiento de Expropiación

El capítulo IV del Título IV prevé el denominador “procedimiento de expropiación” (Art. 203- 211). El instituto expropiatorio se ha convertido en uno de los instrumentos más efectivos con que cuenta el estado para la realización de los bienes públicos que desempeña; obviamente, en un estado de derecho no puede coincidirse válidamente que la relación lleve aparejada un agravio a los derechos individuales.

Es así que las modernas legislaciones en la materia establecen regímenes normativos que sirven de Marco garantístico para la armonización de los intereses públicos que justifiquen el desapropio con los derechos individuales - que no pueden ser lesionados en áreas del aquel interés público.

En ese sentido como advierto que la reglamentación de esta figura resulta, a mi juicio y con la debida licencia de sus autores, insuficiente. En efecto, para una protección integral de los hechos individuales sacrificados por la utilidad pública, se resultaría, tal vez más aconsejable prever otras figuras conexas a la expropiación tal y como la expropiación irregular y la retrocesión.

En Argentina, por virtud de la ley de expropiaciones vigente N° 21.499, y tal como lo expusiera en una obra sobre el tema, “la expresión se considera irregular cuando el expropiado acciona contra el sujeto expropiante a fin de que este cumplimiento de la voluntad legislativa como adquiere al bien calificado de utilidad pública... la disposición por parte del Estado faculta al propietario a provocar la expropiación...” (13). Esta inversión de roles se produce cuando el estado crea una situación de indisponibilidad sobre el bien apropiado que impide a su propietario la normal disposición del mismo.

Por medio de ese instituto - de obvia conexidad con la expropiación- se realiza un control de cumplimiento de la voluntad legislativa como evitando que ella sea poblada por los administradores.

Estas dos figuras, retroceso y apropiación irregular cómo influyen para la armonización equilibrada de los intereses en pugna, razón por la cual debe auspiciarse su recepción normativa.

VIII. Conclusión

Toda ley conformadora de una determinada parcela de la realidad social está impregnada del tiempo que precede su nacimiento. El Anteproyecto aquí comentado no escapa a esa regla ya que es la más evidente demostración de los avances que la doctrina administrativa del hermano país ha alcanzado en su tesonera labor de esclarecimiento de investigación.

Pero si ellos ya resultan, por sí mismo, destacable mucho más lo es cuando esas investigaciones se llevan a cabo con auténtico criterio soberano y de respeto a las tradiciones nacionales.

Es por eso que no quiero terminar estas breves reflexiones sin transcribir, a modo de homenaje a sus autores, las expresiones de la exposición de motivos cuando allí se dice que “Con ser está una ley pionera como no hay en ella nada que se ha aventurado sino soluciones que responden a problemas prácticos como de nuestra propia realidad como fundada en buena doctrina...” (14).

Notas

- 1) WALINE, MARCEL, Manuel elementaire de droit administratif, Paris, 1946, páginas 17 y 144.
- 2) GORDILLO, AGUSTÍN A. Tratado de Derecho Administrativo, t. I, V-2, Buenos Aires.
- 3) VILLAGRA MAFFIODO, SALVADOR. Principios de Derecho Administrativo, pagina 35, Asunción, 1983.

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL ANTEPROYECTO DE
LEY DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- 4) Véase el comentario de Liet – Veaux en *Révue Administrative*, 1956, página 498, citado por García Enterría, Eduardo, *La figura del contrato administrativo*, *Revista de Administración Pública*, nume. 41, página 110, Madrid, 1963.
- 5) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO – FERNÁNDEZ. TOMAS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, t, I, pagina 492, Madrid, 1974.
- 6) BREWER CARIAS, ALAN RANDOLPH, *La evolución del concepto de contrato administrativo*, *Revista Jurisprudencial Argentina*, diciembre 13 de 1978, página 2 y sigtes.
- 7) VILLAGRA MAFFIODO, ob. Cit. Pagina 224.
- 8) MAIORANO, JORGE LUIS, *Responsabilidad del Estado por los errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos*, *Revista la Ley* 1984 – D -983 y sigtes.
- 9) SOTO KLOSS, EDUARDO, *Estado de Derecho y Procedimiento Administrativo*, *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, núm.. 28, pág. 117.1980.
- 10) A pesar que el texto publicado en *Gaceta Judicial* alude al artículo 150 (paginas 1229, entiendo que ese trata de un error material; por ello; me remito al artículo 151 que entiendo es el aplicable en la materia.
- 11) GRECCO, CARLOS MANUEL, *sobre el silencio de la Administración*, revista *La Ley*, 1980-C-780.
- 12) Entre otros, García de Enterría – Fernández, ob. Cit. T.I, pag. 414; Garrido Falla, Fernando, *La doctrina del silencio Administrativo*, *Revista de Administración Publica*, núm. 16, pags. 86 – 88; González Pérez., Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, pág. 555, Madrid, 1978.
- 13) MAIORANO, JORGE LUIS, *La expropiación en la Ley 21499*, pág. 167, Buenos Aires, 1978.

- 14) GACETA JUDICIAL, núm. 9, abril – mayo, pág. 75,
Asunción, 1985.



Posibilidad y conveniencia de una codificación parcial del derecho

Salvador Villagra Maffiodo¹

La tradicional resistencia y descreimiento acerca de las posibilidades de la Codificación u ordenamiento, si se quiere, de normas del Derecho Administrativo en una ley general, se funda a mi juicio en un equívoco o confusión de conceptos. El Derecho Administrativo es en realidad el derecho que regula la ejecución de la ley por órganos del Poder Ejecutivo. Esta definición deviene de la propia Constitución, de la división tripartita de los poderes.

Al Poder Legislativo le corresponde la sanción de la ley. Al Poder Judicial, la aplicación de la ley en actos de carácter contencioso y a los órganos del Poder Ejecutivo la ejecución, la puesta en práctica de las leyes que no son del derecho privado en general. Es decir un derecho de ejecución, derecho de aplicación de la ley y no de la ley aplicada, porque entonces sí nos encontramos con una gran variedad y heterogeneidad de las leyes, en materia económica, monetaria, salud pública, educación., etc. que son incodificables, por múltiples y heterogéneas que son.

En tanto que los principios y las reglas que rigen la ejecución de la ley son perfectamente identificables y codificables. Son principios que provienen en su mayor parte de la propia Constitución. También las leyes aplicadas pueden ser objeto de codificaciones parciales y así tenemos el Código Aduanero por ejemplo, el Código Sanitario, el Código Rural y el Código Tributario que nos debe el Dr. Merán para dentro de no mucho tiempo. De lo que se trata aquí es de la codificación de los principios y reglas aplicables a la ejecución de la

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 12 -1985.

ley. Estas áreas de posible codificación son: en primer término, lo referente a los órganos del Poder Ejecutivo y la enorme variedad y complejidad de los órganos que componen el Poder Ejecutivo. La teoría del órgano en realidad rige no solamente en el Derecho Administrativo sino en el Legislativo y el Judicial, con la diferencia de que en el Poder Ejecutivo hay una enorme cantidad de complejidad, y estos órganos no guardan una relación simple con otros. Algunos están subordinados jerárquicamente al Presidente de la República, en tanto que otros están en una relación más laxa, son autónomos o autárquicos. Estos entes autónomos y autárquicos deben ser definidos en una ley porque si no corremos el riesgo de estar hablando de cosas que no sabemos de qué se trata.

En la República Argentina le llaman entes autárquicos a los que en Uruguay les llaman entes autónomos. Otros autores le llaman Entes Paraestatales, con el gran inconveniente el riesgo de considerar que las empresas públicas por ejemplo no son ya Estatales, sino Paraestatales, lo que quiere decir “semejante al Estado”, lo cual es completamente equivocado. Las empresas públicas son el Estado mismo, solamente que descentralizado, con la gran consecuencia práctica de que los fondos de las empresas públicas son fondos públicos y las responsabilidades de sus directores son las responsabilidades de los que manejan fondos públicos; entre otras cosas, sus agentes son agentes regidos por el Derecho Público, etc.

Otra materia indispensable para la codificación es el Acto o Resolución Administrativa. En que consiste, sus clases y sobre todo sus requisitos de validez, constituyen la médula del Derecho Administrativo, tan importante que del desajuste de estos requisitos, de estas condiciones viene la nulidad o la anulabilidad e incluso revocación de actos regulares que no existe en Derecho Judicial en general.

Un punto muy importante es también las clases de agentes y su régimen jurídico, sobre todo la responsabilidad de los agentes. La Constitución manda que se dicte una Ley que garantice, que hagan efectivas las responsabilidades de los Agentes de la Administración.

Este es un punto que debe ser muy bien legislado, porque la responsabilidad del funcionario no elimina la responsabilidad de la Administración Pública, responsabilidad que debe ser subsidiaria porque si fuera solidaria, probablemente los particulares perjudicados recurrirían siempre contra la Administración y no contra los agentes; porque la administración va a ser siempre más solvente que los agentes público con la consecuencia posible -más que probable- de que quedarán impunes los actos de los funcionarios. Porque la Administración no va a ejercer sino muy raras veces la acción represiva contra el Agente.

Otra materia muy importante: Los bienes públicos. Los Bienes Públicos están legislados en nuestro país en el Código Civil, pero si desaparece el Código actual, el nuevo nada dispone sobre Bienes Públicos, y con razón, porque esta materia es de Derecho Administrativo y no de Derecho Privado. Entonces tenemos que recoger, regular en esta ley los Bienes Públicos, y aprovechar la oportunidad para contemplar las nuevas clases de Bienes Públicos, que ya no son los tradicionales bienes de dominio público y de dominio privado, sino que hay otros bienes afectados al servicio público, Contratos de la Administración: Este es un punto sumamente delicado en la doctrina y en la legislación extranjera. Siguiendo la doctrina y la legislación francesa, la mayor parte de los autores hacen una distinción: Los contratos llamados “administrativos” y los contratos del derecho común. Los contratos llamados “administrativos” se rigen por el Derecho Administrativo y los contratos comunes -por supuesto- por el derecho común, con la consecuencia de que en los contratos administrativos, todas las cuestiones que se refieren al contrato administrativo deben ir al Contencioso Administrativo, y lo referente a Derechos Comunes, a la jurisdicción ordinaria. ¿Pero como se distinguen estos Contratos Administrativos? No hay ningún criterio aceptable hasta ahora. Todos los criterios que se han sostenido no tienen ninguna consistencia, y entonces, ¿qué queda por hacer? No persistir en esta distinción sino aceptar los Contratos de la Administración como contratos del Derecho Común, los que se diferencian únicamente en la incidencia de las facultades ejecutivas propias de la administración

en la ejecución del contrato; facultad de vigilar la ejecución del contrato, facultad de aplicar directamente la administración, las medidas y sanciones previstas en el contrato, dando lugar, desde luego, al recurso “a posteriori” del particular perjudicado, y sobre todo el “Jus variandi”. Los contratos de la administración deben variar conforme a las circunstancias, cambio de la tecnología, incluso cambios de criterio de la administración sobre la forma de satisfacer las necesidades públicas, con sus consecuencias en el reajuste de la ecuación económica-financiera del contrato, se entiende.

¿De dónde le viene a la Administración esas facultades ejecutivas? ¿Le viene de la propia Constitución? El Poder Ejecutivo tiene la función de asegurar la ejecución de las leyes. Si una ley le asigna a la ANDE, por ejemplo, la provisión de energía eléctrica, tiene que tener las facultades necesarias para asegurar la consecución de esta finalidad, esto es la facultad ejecutiva inherente al Poder Ejecutivo y sus Órganos.

Aquí, en nuestro anteproyecto cortamos por lo sano esta cuestión tan litigiosa, tan dada a problemas. Llevamos todos los contratos a la jurisdicción contencioso administrativo, de modo que no hay discusión posible acerca de la jurisdicción.

Servicios públicos y reglamentación de servicios de interés general: Este es un problema muy confuso, no muy bien definido en Derecho Administrativo y ni que decir en la legislación de los países en general. Los primeros son, en realidad, los servicios públicos propiamente dichos, servicios estatales y municipales, que pueden ser objeto de concesión, pero sin dejar de ser servicios estatales y municipales, que tienen su régimen propio; y los servicios privados de interés general reglamentados que son servicios públicos en sentido lato. Estos servicios siguen siendo privados, solamente que reglamentados por el Estado o por la Municipalidad. Y la distinción es muy importante, porque acabo de decir que los servicios públicos propiamente dichos estatales y municipales pueden ser objeto de concesión y la situación de este concesionario es muy distinta de la del permisionario, es decir, el que realiza un servicio privado de interés

general reglamentado. La reglamentación comprende siempre la exigencia de permiso para realizar el servicio, de modo que se lo puede llamar permisionario. El permisionario puede abandonar el servicio cuando no le convenga seguir prestándolo, en tanto que el concesionario tiene la obligación de prestarlo conforme a su contrato, y si lo abandona puede ser objeto de sanción, de caducidad de la concesión. El concesionario al final de la concesión debe transferir al Estado o la Municipalidad, el activo que ha amortizado durante el tiempo de la concesión que debe ser por tiempo limitado según la Constitución y no por tiempo ilimitado como puede serlo el permiso para la prestación de un servicio de interés general simplemente reglamentado, y al final, cuando el permisionario abandone el servicio retira todos los bienes de la explotación que son de su propio patrimonio.

Control de los Entes Descentralizados: En nuestro tiempo han aumentado y se han ampliado los entes descentralizados, sobre todo las empresas públicas y las instituciones con funciones reguladoras, al punto de que se corre el riesgo de que el gobierno de la Nación, encomendado por la Constitución al Poder Legislativo, pase a manos de entes administrativos, de modo que lo más urgente e imperativo es asegurar el control del modo como se están ejecutando las leyes, cuya ejecución se recomienda a esos entes descentralizados.

Hay instituciones muy adelantadas en esta materia, como el “ombudsman” proveniente del derecho escandinavo, adoptado con significativas variantes, como la del pueblo en diversos países.

Responsabilidad de la Administración. La Constitución actual establece dos disposiciones terminantes: la responsabilidad de la Administración por actos ilícitos o irregulares de los agentes, prevista en el Art. 41, responsabilidad -como dijimos- debe ser responsabilidad subsidiaria de la Administración y la responsabilidad por actos regulares. Según el Art. 53 de la C.N. el Estado y las Municipalidades serán responsables por los perjuicios que lleguen a causar los actos de sus funcionarios en el ejercicio de la autoridad legítima, es decir, por actos regulares. Se dicta una ley, y esta ley causa perjuicios particulares, no normales, generales, a un particular; tiene derecho a ser

indemnizado. La Municipalidad dicta una ordenanza, y esta ordenanza pesa desigualmente sobre los ciudadanos; el más perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en virtud de la disposición constitucional, siempre que se rompa la igualdad en la carga pública. Este es el fundamento de la responsabilidad. Y los errores y perjuicios causados por actos judiciales no solamente en el caso de la sentencia dictada que condena a un inocente, sino actos judiciales o desidias del Poder Judicial que causan graves perjuicios.

No se puede establecer soluciones fijas, solamente pautas; por ejemplo, alguien que es procesado y luego de varios años obtiene sobreseimiento libre, quiere decir que no ha habido ninguna causa para su prisión y el perjuicio que ha recibido es excepcional; ¿tiene o no derecho a ser indemnizado? En tanto que, en otros casos, un procesado guarda reclusión por semanas, o por meses quizás, pero no tiene derecho a ser indemnizado porque simplemente ha tenido la mala suerte de encontrarse en situaciones de sospecha. Pero la cuestión es que la solución está dada en la propia constitución “el Estado y las Municipalidades serán responsables de los perjuicios que lleguen a causar los actos de autoridad legítima”, ni ilegítima como lo casos de los actos ilícitos de los funcionarios. Materia sumamente importante.

Procedimiento general Administrativo incluido en el anteproyecto para asuntos voluntarios y el Sumario Administrativo para la aplicación de toda clase de sanciones. Procedimiento de Licitación Pública, Procedimiento de Expropiación y el Procedimiento Contencioso Administrativo, todos ellos de inclusión forzosa en la ley de Administración Pública.

La Ley más avanzada en esta materia, que es la ley alemana que entró en vigencia en el año 1976, aborda únicamente algunas de estas cuestiones, mucho más extensa, desde luego, que las leyes de otros países que solamente han legislado sobre procedimiento administrativo. La ley alemana avanza ya sobre el Derecho Administrativo, como es el concepto de acto administrativo, condiciones de legalidad del mismo, causas de nulidad, revocación, de actos regulares

POSIBILIDAD Y CONVENIENCIA DE UNA
CODIFICACIÓN PARCIAL DEL DERECHO

etc., estos no son ya actos procesales de forma; son Derecho Sustantivo.

La ley venezolana, que es la más reciente, se ocupa de la organización administrativa en forma muy somera. El concepto y alcance del acto administrativo, su jerarquía, vicios y nulidad, y el procedimiento administrativo en forma también asaz limitada.

Nuestro anteproyecto de ley contiene además de las contempladas en las más avanzadas leyes extranjeras, materias tan fundamentales como es la de entes centralizadas y descentralizadas, las diversas clases de reglamentos y competencia de los órganos para dictarlos, los requisitos de validez de los actos administrativos en general, y nulidad y anulabilidad, nuevas clases de bienes públicos, contratos de la administración, servicios públicos, etc.

Nos cabe con este anteproyecto la oportunidad, y también por qué no decirlo, el honor de ser los primeros en intentar la codificación u ordenamiento de tan importante materia.



Verificación y conversión definitiva de créditos en moneda extranjera

Roberto Ruiz Díaz Labrano¹

El tema a desarrollar, sobrepasa el interés estrictamente jurídico y de allí su enorme importancia; de acuerdo al criterio que se adopte de no ser el adecuado a la naturaleza de la institución llamada Convocatoria de Acreedores, podría tener derivaciones económicas lamentable y resentir los propios fundamentos de la institución jurídica mencionada. La necesidad de precisar el problema y aceptar finalmente una solución legal y fundamental totalmente justa a los intereses en juego en una convocatoria de acreedores es pues imperiosa.

Comencemos exponiendo cuales son los criterios existentes y posteriormente dentro de un estricto análisis determinar cuál solución es la más acorde con la unidad legislativa contemplada en la Ley N°. 154/69, en este sentido las soluciones propuestas pueden resumirse en las siguientes;

1.Conversión del crédito en moneda extranjera al tipo de cambio vigente al momento de la presentación del pedido de verificación.

2.Conversión del crédito en moneda extranjera al tipo de cambio vigente el día del vencimiento si este fuese anterior al del auto de admisión de la convocatoria², y al tipo de cambio vigente el día del auto que admite la convocatoria para las deudas con vencimiento posterior a dicha resolución³, esta última presenta dos variantes:

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 12 -1985.

² No conocemos antecedentes jurisprudenciales que apoyen esta tesis.

³ Existen dos fallos dictados por el Juez de Primera Instancia en lo Comercial del 1er. Turno Dr. Antonio Fretes que se refieren expresamente al caso, son las resoluciones siguientes: Auto Interlocutorio N° 620 del 30 de Agosto de 1985 en el

La que determina la propia fecha del auto de convocación, y

La que determina la fecha de presentación del pedido de convocación por interpretar que el auto tiene efecto retroactivo a dicha fecha.

3. Conversión del crédito en moneda extranjera al tipo de cambio vigente al momento de la presentación del informe del síndico⁴.

Dentro de las variantes de las soluciones propuestas la controversia fundamental en nuestro medio se ha centralizado sobre dos posiciones marcadamente diferentes:

A. La que propugna que la conversión realizada debe ser revaluada al momento del pago de las cuotas concordatarias⁵.

B. La que propugna que la conversión realizada debe ser definitiva en defensa del principio por *conditio creditorum*⁶.

juicio “Luis Alberto Stipanovich y Ana Imizcoz de Stipanovich s/Convocatoria de Acreedores”; el Auto Interlocutorio N° 619 de fecha 30 de Agosto de 1985 en el juicio “Premier S.A.C. s/Convocatoria de Acreedores”. En relación al tema de la conversión podemos citar también el dictado por el Juez de 1ra. Instancia en lo Comercial del 2do. Turno Carlos Camps Ausina en el juicio “Ernesto Bedoya y Estela Avila de Bedoya s/Convocatoria de Acreedores” A.I.N° 1113 de fecha 12 de Noviembre de 1984, publicado en el Correo Comercial N° 184 de fecha 16 de Noviembre de 1984.

⁴ El Auto Interlocutorio N° 620 de fecha 30 de Agosto de 1985 citada más arriba publicado en el Correo Comercial N° 451 de fecha 26 de Setiembre de 1985.

⁵ Bibliografía de referencia: FERRI, Manual de Derecho Comercial 4ta. Edic., Torino 1976, p. 486; FERRARA(h), La Quiebra, 3ra. Edic, Milano 1974 p. 47 y Sgtes.; F. BRICOLA-F. GALGANO-G. SANTINI. Ley de Quiebras, disposiciones generales. De la Declaración de Quiebra, Bologna -Roma 1974, p 51; SATTA, Instituciones del Derecho de Quiebras 6ta. Edic. Roma 1964, p. 21; BONELLI-ANDREOLI, La Quiebra, Milán 1938 entre otros.

⁶ Bibliografía de referencia: Obra colectiva presentada y dirigida por R. RODIERE, París 1970; M. de JUCLART y B. IPPOLITO, Derecho Comercial Tercer Volumen, Paris, 1973, estos autores proporcionan una bibliografía completa sobre el tema de los procedimientos colectivos: G. RIPERT, Tratado Elemental de Derecho Comercial, Tomo II, 8va. Edición por R. ROBLOT, París 1976; En relación a la parte histórica de los procedimientos colectivos en el derecho francés: C. LABRUSE, La evolución del Derecho Francés de la Quiebra después del Código de Comercio -en la

VERIFICACIÓN Y CONVERSIÓN DEFINITIVA
DE CRÉDITOS EN MONEDA EXTRANJERA

Estas posiciones surgen ante la falta de una disposición expresa en la Ley N° 154/69 de Quiebras en el Capítulo referente a la Convocatoria de Acreedores como lo tiene la Ley Argentina 19.551 de Concursos Civiles y Comerciales. Nuestra legislación en su Art. 90 y en relación a las Quiebras, dispone: “Las obligaciones concertadas en el extranjero en moneda distinta a la nacional, se convertirán al respecto de la masa a moneda de curso legal y al tipo de cambio que regía a la fecha del auto declarativo de quiebra” en tanto que referente a la convocación de acreedores no posee expresamente una disposición similar.

En las condiciones apuntadas la disposición legal debe ser integrada para obtener la finalidad legislativa, y en tal sentido, de ninguna manera es admisible soluciones que riñan con la propia naturaleza de la institución de la convocatoria, también denominada en otras legislaciones concurso de acreedores. Para encontrar y desenmarañar el propósito del legislador nunca debemos apartarnos del propósito de la institución, solo así se hallará la tesis más justa.

Un fallo del Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial del Primer Turno⁷ nos llevó a reflexionar sobre el tema y en el análisis de su contenido encontramos señalada la posición a la cual adherimos como criterio orientador.

La resolución expresa: “la conversión del crédito en moneda extranjera a moneda de curso legal debe realizarse en un solo momento y en forma definitiva, pues el concordato es una expectativa seria de todos los acreedores de ver satisfechos sus créditos y que no puede estar sujeta a las oscilaciones y variaciones que puede tener una mo-

obra colectiva citada-; J. ARGENSON y G. TOUJAS, Reglamento judicial, liquidación de bienes y quiebra, 2 Vol, 4ta. Edición, Paría 1973.

⁷ Nuestra ley en relación a los deudores no comerciantes se refiere en el Art. 13 de la Ley N° 154/69. La ley establece la unificación del procedimiento variando solo las exigencias y requisitos para el pedido de convocación, se coloca de esta manera entre las legislaciones más avanzadas.

neda extranjera, ya que de ocurrir esta hipótesis estaríamos desvirtuando el principio esencial de la igualdad de condición de los créditos”.

El fallo resuelve decididamente en favor de la CONVERSIÓN DEFINITIVA y los fundamentos de los cuales se sirve van más allá de la simple solución del caso específico. Se lo advierte sustentado en la naturaleza de la institución y en los principios que la informan conforme pasamos a demostrarlo.

En la exposición de motivos de la Ley N° 154/69 de Quiebras de la Comisión de Codificación y Legislación de la Honorable Cámara de Diputados realizada por el Dr. Luis María Argaña como Presidente de la misma, se lee: “La institución jurídica de la Falencia en el proyecto se funda en la defensa de los derechos sociales, del crédito, y de la circulación, de la buena fe, y, también, de los intereses particulares de acreedores y del deudor”. En otros párrafos resalta la adopción del sistema publicístico y el abandono del voluntarismo, la determinación y la unificación en un solo procedimiento de la liquidación par conditio creditorum; como principio inmanente y como fundamento económico jurídico LA DEFENSA CONTRA LA INSOLVENCIA, establece que la ley no tiene por exclusivo interés el de los acreedores, mucho menos de algunos en detrimento de otros, busca dentro de la PAR CONDITIO CREDITORUM lograr una equitativa oportunidad -cuando reúne los requisitos para ello- de lograr su recuperación patrimonial y el cumplimiento de sus obligaciones frente a todos sus acreedores en un procedimiento común mediante una quita y/o una espera, y a estos últimos brinda la razonable expectativa del cobro de sus créditos.

Todo lo expresado se resume en la frase de la exposición de motivos citada que dice: “el proyecto no está hecho para proteger al deudor, ni al acreedor, ni a nadie en particular, sino para la protección de la economía de la nación, del interés colectivo, de valores esenciales del derecho como la buena fe y de otros intereses sociales que el legislador tiene la obligación de tutelar”.

VERIFICACIÓN Y CONVERSIÓN DEFINITIVA
DE CRÉDITOS EN MONEDA EXTRANJERA

La convocación de acreedores se ha interpretado siempre como **PROCEDIMIENTO PREVENTIVO QUE BUSCA EVITAR LA QUIEBRA**, sus raíces romanistas también así lo consideraban. La *Bonorum Distractio*, que consistía en la venta "en detalle" del patrimonio del deudor, era el procedimiento preventivo tendiente a evitar la *Bonorum Venditio* -venta en bloque del patrimonio del deudor— y en ella la parte de cada acreedor sobre el precio de venta se distribuía por el curador con gran cuidado, evitando con ello **LA INFAMIA** que representaba el procedimiento de venta en bloque, evitando así la *Bonorum Venditio* también atemperada por la *Bonorum Cessio*.

La continua evolución condujo al procedimiento preventivo de **DEFENSA CONTRA LA INSOLVENCIA POR MEDIO DEL PROCEDIMIENTO QUE EVITARA LA QUIEBRA**, el concurso de acreedores o convocatoria de acreedores bajo el principio de igualdad de condiciones entre los acreedores -salvo aquellos con privilegios especiales y garantía real - se constituyó en la institución jurídica eficaz a fin de permitir la recuperación patrimonial del deudor con un sentido y finalidad eminentemente social. Este carácter es reconocido en todas las legislaciones.

En el Derecho Italiano la materia está contemplada en el *Regio Decreto N° 267 del 16 03.1942*, Reglamentación de la quiebra, del concordato preventivo, de la administración controlada y de la liquidación administrativa forzada. Todas las instituciones legisladas tienen en común el “**PRINCIPIO DELLA CONCORDSUALITA**” es decir que cada uno de los procedimientos busca asegurar gracias a la intervención de una autoridad pública e independientemente del acuerdo de todos los acreedores **LA SATISFACCIÓN PARITARIA** sobre la totalidad de los bienes del deudor⁸.

⁸ Referencias bibliográficas: BLEY/ MOHRBUTTER, *Vergleichsordnung*, Kommentar 3 Aufl 1970 - 1972; BOHLE/STAMMSCHRADER, *Konkursordnung*, 12 Aufl 1958; JAEGER/ LENT, *Konkursordnung*, Kommentar, 8 Aufl. 1958; MENTZEL-KUHN-UHL-ENBRUCK, *Konkursordnung*, Kommentar, 9 Aufl, 1979.

En cuanto a las disposiciones específicas vinculadas al CONCORDATO PREVENTIVO se encuentran reglamentadas en los Arts. 160 y siguientes del Regio Decreto 267. Se trata de UN PROCEDIMIENTO QUE BUSCA EVITAR LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA, Y TIENE EN VISTA LA SATISFACCIÓN PARITARIA DE LOS ACREEDORES, es un medio que dicha ley pone a disposición del comerciante insolvente para evitar su propia quiebra; para llegar al concordato se pasa por tres etapas a) verificación por el commissario giudiziale del estado de los negocios del deudor (Arts. 171 a 173), b) aprobación por los acreedores de la demanda de concordato” (Arts. 174 y siguientes) y c) homologación del concordato por el tribunal. Se destaca el hecho de que aún independientemente de la aprobación por parte de los acreedores de la propuesta de concordato, debe ser en definitiva el Tribunal quien acuerde la homologación atendiendo a cuestiones de fondo y forma vinculadas a la actuación del deudor.

El derecho Francés⁹ nos proporciona un interesante panorama respecto del tema que nos ocupa dada su continua evolución. Los procedimientos Colectivos en el derecho francés sufrieron importantes y significativas modificaciones. En efecto luego del Código de Comercio de 1807 que en sus Arts. 437 al 614 se ocupaban del procedimiento reconociendo una serie de imperfecciones técnicas, fue mejorado por medio de la Ley del 4 de Marzo de 1889 instituyendo un procedimiento en favor de la liquidación judicial en favor de los deudores comerciantes de buena fe a quienes se les permitía por dicho medio escapar de la quiebra; esta ley fue abrogada por el Dto. del 20 de Mayo de 1955 y una ordenanza del 23 de Diciembre de 1958.

El régimen legal francés actual resulta de una segunda reforma por medio de la ley del 13 de Julio de 1967 y el Decreto del 22 de Diciembre de 1967 estableciendo importantes innovaciones, el proce-

⁹ Referencias bibliográficas: E. BRUNET Quiebra y Bancarrota. Concordato preventivo de la Quiebra, Bruselas 1934; A. CLOQUET, La Quiebra y los concordatos en el Nuevo Derecho Comercial Belga, Vol. VII y VIII, Gand, 1949 J. VAN RYN y J. HEENEN, Principios de Derecho Comercial Tomo IV. Bruselas 1965.

VERIFICACIÓN Y CONVERSIÓN DEFINITIVA
DE CRÉDITOS EN MONEDA EXTRANJERA

dimiento instaurado deviene aplicable a ciertos deudores no comerciantes¹⁰, introduce la distinción entre la suerte del hombre y su empresa. Dos condiciones son fundamentales para obtener el beneficio de una propuesta a los acreedores:

- a) La posibilidad de un reencauzamiento o recuperación patrimonial, y
- b) El interés económico nacional o regional.

Todo el andamiaje preventivo gira en torno a la posibilidad de proposición de un concordato SERIO, “le tribunal prononce le règlement judiciaire s'il lui apparaît que le débiteur est en mesure de proposer un concordat sérieux et, dans le cas contraire, la liquidation des biens”. La apreciación se considera objetiva, la suerte de la empresa no está sujeta a la buena o mala fe del deudor más bien a una apreciación efectiva de sus facultades concordatarias.

El régimen francés en materia de procedimientos colectivos nos proporciona un elemento indicativo fundamental en relación al concordato, el mismo debe ser serio, hecho sobre el cual se sustenta la posibilidad de su admisión inclusive pasando sobre otros aspectos generalmente importantes a otras legislaciones, la buena o mala fe del deudor, primando el interés económico social en la aceptación del concordato.

En cuanto al tema específico de la conversión de los créditos en moneda extranjera se interpreta que deben ser convertidos a francos al curso del día de la resolución declarativa y la irrevocabilidad de la admisión. Sobre este último punto no existe un texto expreso, pero es la solución proporcionada por la Jurisprudencia que tiene su origen en el contrato celebrado entre el acreedor y la masa de acreedores que reunidos todos deliberan sobre la admisibilidad de la propuesta. Del principio de IRREVOCABILIDAD, la Jurisprudencia deduce en primer lugar, la imposibilidad del acreedor verificado de rectificar su

¹⁰ Las disposiciones invocadas bajo el ámbito del Código de Comercio son los Arts. 505 inc. 3°, 508, 511, 512, 685.

producción bajo el pretexto de un error o de demandar una admisión suplementaria fundada en el mismo crédito, los fallos así lo indican (Trib. Com. Roubaix, 20 de Marzo de 1953, S. 1953 2.111, Rev. Trim. Dr. Com. 1953. 741, No, 7; Paris, 25 de Mayo de 1955, Gaz. 1955 2.129 Rev. Trim. Dr. Com. 1955; Riom 17 de Nov. 1961, J.C.P. 1961 IV. 12 Rev. Trim. Dr. Com. 1962 etc.).

El derecho Alemán¹¹, también fuente de nuestra Ley N° 154669 se ocupa del Concordato (Vegleisch) tendiente a evitar la quiebra por medio de la Ordenanza sobre el Concordato (Vergleichsordnung VgO del 26-2-1935). Se trata del procedimiento preventivo para quienes se encuentren en estado de insolvencia y que se encuentren en condiciones de soportar los gastos del procedimiento a más de “merecer” el procedimiento de acuerdo a su conducta comercial.

La legislación Belga¹² no está exenta de interés por su fuente, el Código Napoleón de 1808. El derecho positivo belga se asienta sobre la Ley del 18 de Abril de 1851 que en sus Arts. 593 al 614 se ocupa del régimen preventivo de la quiebra rebautizando el concordato preventivo como concordato judicial regido actualmente por la Ley del 25 de Setiembre de 1946 y se encuentra reservado a los deudores comerciantes caídos en desgracia y de buena fe, que obtengan de sus acreedores un concordato judicial en las formas y condiciones que previene la ley.

La legislación Argentina 11.719/33 y el “Proyecto de Ley” que sirviera de base a la actual Ley 19551/72 son citados igualmente como fuente de nuestra legislación. La ley modificada en cuanto al concordato establecía “Art. 36: “Las cláusulas del concordato deberán ser comunes para todos los acreedores quirografarios, sobre la base de una perfecta igualdad. No podrá disponer la remisión total de las deudas, ni diferir su pago para una época indeterminada o en una

¹¹ La tesis enunciada bajo el número 2 al inicio de este trabajo a la cual adherimos se ajusta a la naturaleza jurídica de la Convocatoria de Acreedores y a la unidad legislativa de la Ley N° 154/69.

¹² En base a lo dispuesto en el Art. 685 del Código de Comercio.

VERIFICACIÓN Y CONVERSIÓN DEFINITIVA
DE CRÉDITOS EN MONEDA EXTRANJERA

proporción que dependa de la voluntad del deudor”. Establecía por tanto dos principios básicos: a) Perfecta igualdad y b) Concordato serio. El proyecto de ley convertido en Ley 19.551/72 se nutre de las legislaciones europeas mencionadas y en su Art. 20 in fine establece la conversión del crédito en moneda extranjera a LA FECHA DE LA PRESENTACIÓN DEL INFORME DEL SÍNDICO.

Del estudio comparativo realizado y de la naturaleza de la Convocatoria de Acreedores extraemos que consiste:

a) En un procedimiento preventivo tendiente a evitar la quiebra que permita la recuperación o reactivación patrimonial del deudor por medio de la obtención de una quita y/o espera en las condiciones y límites establecida en la ley:

b) En un procedimiento regido por el principio par conditio creditorum o igualdad de condiciones entre los acreedores quirografarios.

c) En un procedimiento que conduzca a un concordato serio que permita una expectativa razonable del deudor de poder cumplir con sus obligaciones y de los acreedores de poder percibir sus créditos.

A estos presupuestos debemos sumar como componente necesario la necesidad de fijeza por medio de la IRREVOCABILIDAD DE LA VERIFICACION y en el caso de créditos en moneda extranjera la conversión definitiva a moneda de curso legal, sin lo cual sería imposible hablar de concordato serio ni de expectativa razonable.

En el sentido expresado el fallo que motivara estas reflexiones enuncia: “aceptando la hipótesis de la revaluación al momento de cumplimiento de las cuotas concordatarias, eventualmente se estaría ante la grave situación de que un solo acreedor podría absolver toda la capacidad de pago del deudor convocatorio y consiguientemente el incumplimiento del concordato por imposibilidad de pago a los demás acreedores que confiaron en el signo monetario nacional, y que necesariamente llevaría al deudor a la declaración de su quiebra, lo que

haría además ilusoria la finalidad fundamental de la institución jurídica denominada Convocatoria de Acreedores”.

En verdad si la convocatoria de acreedores o concurso preventivo como también se lo denomina tiene por finalidad fundamental LA PREVENCIÓN DE LA QUIEBRA, conforme hemos visto en las legislaciones mencionadas y conforme podrá apreciarse en toda legislación que tenga una institución jurídica similar, no resulta lógico ni razonable, mucho menos jurídico sujetar el concordato a la incertidumbre y a las aventuras cambiarias. Sobre tales cimientos nada puede construirse; la angustia del deudor no le permitirá la tranquilidad necesaria para la recuperación patrimonial, y los acreedores, por lo menos aquellos que como dice la resolución confiaron el signo monetario nacional, no estarán menos afectados por la incertidumbre y mal podrían organizar “Seriamente” su futuro económico.

Desde otro punto de vista, -no menos importante - encontramos que la estructura legislativa de la ley tampoco permite aceptar la tesis de la revaluación al momento del pago de las cuotas concordatarias. En efecto, las fuentes de una ley pueden ser varias pero los preceptos no pueden disociarse de tal manera que entren en abierta contradicción; la unidad y coherencia de toda legislación no lo permiten. No obstante, si bien es posible encontrar contradicciones de ninguna manera admitimos sea el caso de la Ley N° 154/69, que en el campo doctrinario se ha adelantado a muchas legislaciones europeas, menos ante una disposición como la del Art. 90 que indica claramente la orientación correcta.

En cuanto a los argumentos que se han levantado en contra a la tesis sustentada, invocan situaciones propias que caen en el ámbito del Código de Comercio¹³ olvidando que tanto la Convocatoria de Acreedores como la de la Quiebra son instituciones jurídicas especiales para situaciones también especiales lo cual es impropio. De ser

¹³ En base al Art. 27 de la Ley de Quiebras y sus concordancias en la Sección IV del Capítulo IV de la misma ley.

VERIFICACIÓN Y CONVERSIÓN DEFINITIVA
DE CRÉDITOS EN MONEDA EXTRANJERA

aplicable las disposiciones del Código de Comercio deberíamos comenzar por aplicar el Art. 218 inc. 7º de dicho cuerpo legal que expresa: “En los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor”, principio reconocido como “in dubio pro debitoris”. No nos parece admisible tampoco interpretar el pedido de convocatoria como nota de infamia; las causas de insolvencia pueden ser numerosas no precisamente legadas a la negligencia. Uno de los hechos, el más frecuente en los últimos tiempos ha sido precisamente la variación del tipo cambiario, por lo cual sujetar la verificación a la posibilidad de revaluación sería solo diferir la quiebra.

El Art. 27 de la Ley de Quiebras establece que los créditos contra el deudor se tendrán por vencidos, ello implica que aquellos en moneda extranjera deberán ser reducidos a moneda de curso legal¹⁴, por supuesto de forma definitiva ello dará certeza al derecho.

Por lo demás de existir un daño patrimonial resultante de las oscilaciones de la paridad cambiaria deberá ser demostrado por el correspondiente juicio ordinario de cognición, que permite una amplia demostración de la existencia del daño del acreedor o del deudor según sea el caso, pero de ninguna manera pretender corromper una institución eminentemente preventiva con el solo objeto de evitar el procedimiento indicado, más largo es cierto, pero sin duda más justo en la posibilidad de demostración del daño real y del alcance de la reparación. Toda desviación de la Ley por ser más beneficiosa al interés circunstancial defendido, es peligrosa, precisamente por su circunstancialidad. Todo derecho que se asiente sobre criterios inciertos y poco predecibles se desnaturaliza en especulación y la naturaleza

¹⁴ En base a la Ley Argentina N° 195 /72 De Concursos Civiles y Comerciales, Art. 20 in-fine: “Las deudas en moneda extranjera se calculará moneda de curso legal, a la fecha de presentación del informe del síndico al efecto del cómputo del pasivo y de votación”.

de la institución concursal jamás puede tener por pedestal la incertidumbre, el interés económico-social y estatal comprometidos no lo admiten.



La doctrina de los propios actos en el ámbito del procedimiento civil

Dr. Jorge Walter Peyrano¹

I. INTRODUCCIÓN

Conviene advertir -desde el vamos- que encararemos el tratamiento de un tema de por sí poco transitado en nuestro medio (1), y que aparece aún más virginal cuando se intenta trasvasar sus postulados al ámbito procedimental civil; y, específicamente, al de las atribuciones del órgano jurisdiccional interviniente en materia civil y comercial. Dicho trasvasamiento interdisciplinario de instituciones jurídicas - del Derecho Civil al Derecho Procesal Civil, en el caso - se registra de modo permanente, generalmente por imperio de la fuerza de las circunstancias que ora aconsejen suplir un vacío existente (así, por ejemplo, sucede con la teoría de las nulidades por vicios intrínsecos del acto procesal, que ante la falta de regulación real recurre a la sistemática civil como fuente de inspiración) (2) -ora trasplantar soluciones idóneas para que crezcan adecuadamente en terrenos distintos del originario (que sería, según nuestro entender, el supuesto de la doctrina de los “propios actos” trasplantada al ámbito procedimental civil) ¿Y por qué creemos que el trasplante que está ya proponiendo el epígrafe del presente, resulta beneficioso para el mejor rendimiento del proceso civil? Pues -como se verá, a todo lo largo de este trabajo- la doctrina de los “propios actos” no es otra cosa que una expresión de la exigencia jurídica de que concurren “comportamientos coherentes” (3) – exigencia sociológicamente explicable porque solo un obrar coherente permite un cierto grado de previsión respecto del obrar del prójimo sin la cual la convivencia se tornaría difi-

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 13 -1986.

cil (4) -, y, precisamente, es en el terreno procesal civil donde la “incoherencia” puede devenir práticamente nefasta (5). Habida cuenta, entonces, que - al fin y al cabo - lo que persigue la doctrina de los “actos propios”, es reprimir y desalentar la incoherencia en los comportamientos cargados de sentido jurídico, se nos ocurre jurídico, se nos ocurre positivo aprovechar sus postulados para erradicar las conductas procesales incoherentes; esto último en el marco de las atribuciones judiciales, y todo con expreso subrayado acerca de que la recepción del “Venire contra factum” involucra de alguna manera la ampliación del horizonte ético y el ingreso de una porción de derecho de Equidad (6), aporte - pensamos - del que se encuentra bastante huérfano el Derecho Procesal, que si bien debe ser predominantemente formal y ritualista, no debe serlo de modo absoluto y en todas las hipótesis.

Se ha explicado que: “El venire contra factum”, significa que un acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, que contradice el sentido que, conforme a la buena fe, ha de darse a la conducta anterior de titular, constituye una extralimitación; luego esa pretensión contradictoria con la propia conducta resulta inadmisibile y debe ser desestimada por los Tribunales (7), descripción afortunada a la que solo habría que complementar con la mención de que también concurre el “venire contra factum”, cuando la conducta ulterior “incoherente” apunta no tanto a destruir el acto anterior sino más bien a evitar sus consecuencias o a eludirlas (8) y con el recordatorio de que en determinadas ocasiones el legislador ha convalidado algunas acciones contradictorias. Sobre esto último, nos alertan Alterini y López Cabaña al señalar lo siguiente: “Inversamente en algunas ocasiones el derecho positivo legitime la conducta contradictoria: tal sucede, verbigracia, cuando autoriza al oferente a retractarse de la oferta antes de que sea aceptada por el destinatario, (artículo 1150, 1ra. Parte, Código Civil) o impone que la fuerza vinculante de la conducta previa dependa de ciertas formalidades (artículos 974 y 145 Código Civil), o permite el arrepentimiento en caso de haber seña penitencial (art. 1202 Código Civil); o concede mediante pacto comi-

LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS
EN EL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO CIVIL

sorio- la acción de resolución a quien optó previamente por la de cumplimiento (artículo 1204, Código Civil y artículo 216, Código de Comercio) o establece la revocabilidad como esencial al testamento (artículo 3284 C.C.). (9).

Pero a todo esto, ¿cuáles son los orígenes de la ya consolidada doctrina de los propios actos”? Aparentemente -y como habitualmente acontece- se puede rastrear su existencia en el Derecho Romano, a través eso sí- de soluciones fragmentarias y no de un cuerpo doctrinario orgánico (10). Habría, entonces, acontecido en la especie algo análoga que lo ocurrido con la teoría de las obligaciones naturales, a la que solo modernamente se le concedió un perfil definido y sistemático (11).

Empero, tan solo fue a comienzos del siglo que corre que una obra de Erwin Riezler dibujó -por vez primera- el susodicho “perfil definido” de que hablábamos anteriormente. Y todavía deberían transcurrir casi cuatro décadas más, para que el tema despertara un real interés en doctrinarios y jueces. Y fue en España donde por influjo, especialmente, de estudios de Puig Brutau y de Díez Picazo- alcanzó mayor difusión y predicamento, la doctrina de los “propios actos”. Tanto es así, que la misma resulta ser de aplicación corriente en los estrados tribunales de España (12), no sucediendo lo mismo en nuestro medio. Esto último es singularmente extraño a poco que se recuerde que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya en 1869 (vale decir, cinco años antes de que el Tribunal Supremo español recibiera el ‘Venire contra factum’) desarrolló una línea de pensamiento muy afín a la que más luego se plasmara en la doctrina de los “propios actos”. (13).

De todos modos y de un tiempo a esta parte, se observa una saludable reacción materializada en la frecuencia con que certámenes científicos ponen sobre el tapete la referida temática y también el hecho de que ya no constituyen una absoluta rareza las decisiones judiciales fundadas en la obligatoriedad de adoptar comportamientos jurídicos “coherentes”.

II. TERMINOLOGÍA

El ideario de la doctrina de los propios actos” se ha plasmado en diversos brocárdicos que substancialmente- significan lo mismo, pese a su mayor (o menor) latitud en la expresión. Sin embargo, la proliferación de tales máximas aconseja confeccionar un elenco de las más difundidas, a fin de poner sobre aviso de que sus contenidos son, básicamente, iguales, no obstante, su diferente formulación. Con el aludido propósito, anotamos los siguientes axiomas: “venire contra factum proprium” (14), “venire contra factum proprium non valet” (15), “adversus factum suum quis venire non potest” (16), “venire contra factum proprium nulli conceditur” (17) y “nemo potest contra factum venire” (18).

Empero, lo que interesa remarcar es que la “idea-fuerza” subyacente en todos los aforismos arriba expuestos, parte de textos romanos clásicos (19) espigados por exégetas de la Escuela de Glosa” - como Accursio y volcadas, por ejemplo, en la Brocárdica de Azo (20).

III. NATURALEZA JURÍDICA

Prevalece el criterio conforme al cual el “venire contra factum” tiene íntima relación con los principios generales del derecho (21), entendidos a la usanza actual; es decir más “como sumas de valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que constituyendo el fundamento del orden jurídico tiene una función genética respecto a las normas singulares” (22) que como verdades axiomáticas obtenidas después de “torturar” los textos legales, sometiéndolos a toda suerte de abstracciones (23). Claro está que el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del principio general de que se trate, vendrá a reformar, paulatinamente, los concretos alcances de dicha pauta valorativa general (24). Hoy ya se habla de la existencia de una “jurisprudencia de principio” (25), edificada sobre la consagración legislativa de fórmulas lo suficientemente latas como para que el arbitrio judicial pueda moverse bastante libremente en demanda de soluciones más perfectamente adheridas a las “circunstancias del

caso”; adherencia contra la que, en buena medida, conspira el acuñamiento de disposiciones legales ramplonamente concretas y así inidóneas para su ulterior flexibilización por obra del intérprete judicial.

Prueba de que estamos viviendo una época de prudencia de principios” es la entronización en nuestro medio de disposiciones legales (en especial, a partir de la reforma civil de 1968) pródigas en el empleo de redacciones “abiertas”, seguramente en miras a concederles a los tribunales un mayor poder de apreciación. Sobre el particular, señala Perelman que: “Las nociones de “equidad...”, “interés público”, “urgencia” o “buenas costumbres” constituyen una remisión a criterios o standards que el legislador no ha definido. Recurre a estas nociones a causa de su misma indeterminación y, cabalmente, para dejar al juez un poder de apreciación' (26); y también que “la vaguedad (en los términos de la ley) significa que en el caso concreto, el legislador no desea tomar por sí mismo una posición determinada, ya sea por la falta de elementos de información o porque los miembros del cuerpo legislativo no están de acuerdo sobre la manera de regularlos. Son entonces los llamados poner en práctica los textos legales, quienes han de tomar las decisiones definitivas en cada caso concreto' (27).

Hemos dicho más arriba que estamos ante un principio general del Derecho. Ahora bien: ¿ante cuál? También aquí media consenso en que la doctrina de los propios actos', no es otra cosa que una derivación inmediata del principio de buena fe (28).

Concordamos en que no obstante ser el 'Venire contra factum’ una suerte de desarrollo del aludido principio de buena fe, de cualquier manera, resulta ventajosa la formulación autónoma de la doctrina de los “propios actos”, porque ello redundaría en que, al conceder mayor determinación al susodicho principio general, tácitamente se le está exigiendo al intérprete comprobar, con mayor esmero, si en la especie ha sido violado. Y no se trata de exigirle al Juez que trepe por los cielos especulativos para verificar si la buena fe ha sido conculcada, sino - mucho más concretamente - requerirle que analice si han

mediado conductas “incoherentes”, y como tales indignas de ser tuteladas jurídicamente.

De todos modos, en el supuesto del principio de buena fe y también en el caso de la derivación que nos ocupa (el “venire contra factum”), existen ciertas normas legales que, parcialmente, lo han “positivizado” dentro del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, pueden servir de sustento legal a la doctrina de los “propios actos” las normas contenidas en los artículos 1198 (29) y 1111 (30) Código Civil, según el decir de Morello (31), a lo cual Alterini y López Cabana le agregan el texto del artículo 1071 Código Civil (32) y Minoprio, el del artículo 1047 Código Civil (33) respecto del cual expresa: “El artículo 1047 Código Civil, que no es más que una particularización de la regla que prohíbe atender un juicio a quien se presenta alegando hechos que se encuentran en contradicción con la anterior conducta observada” (34).

Interesante es destacar que sin perjuicio del unánime que la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa se encuentra estrechamente relacionada con los principios generales del Derecho y en especial con el de buena fe, también se la ha enfocado como una suerte de defensa contra el abuso de derecho consistente en un accionar “incoherente” (35), y también, aparentemente, como una nueva especie de restricción o límite en el ejercicio de derechos (36), todo lo cual no resulta descaminado cuando se memora cuál es el respaldo legal que generalmente se invoca respecto del ‘venire contra factum’. Sin embargo, también se han lanzado voces que no admiten confusión alguna entre el abuso del derecho y la doctrina de los ‘propios actos’ (37).

Finalmente, corresponde traer a cuento la fuerza expansiva de la doctrina de los propios actos que poco a poco va obteniendo la consagración legal de sus postulados a través del dictado de normas que regulan algunas de sus parcelas. Así, por ejemplo, sucede con el valor probatorio de la conducta en juicio (institución que constituye la mejor prueba de la incidencia del “venire contra factum”, en el ámbito procedimental civil y sobre la que volveremos nuevamente “infra”),

que ha recibido un verdadero espaldarazo con motivo de la última reforma procesal civil nacional. En relación al punto, Morello y Stiglitz, puntualizan que “el agregado introducido por la Ley 22.434 al texto del artículo 163 del C.P.N. (valor probatorio de la conducta en juicio) en un buen ejemplo de la teoría del propio acto” (38).

IV. INSTITUCIONES ALEDAÑAS

Sucede que en Derecho Comparado coexisten doctrinas, de algún modo emparentadas con la de los “propios actos”, conviene, pues, echarles una rápida ojeada no solo para subrayar diferencias, sino también para comprobar que el ideario ínsito en toda esta panoplia de conceptos vinculados, resulta compartido aún por ordenamientos jurídicos contruidos sobre bases muy diferentes de las nuestras.

Véase, verbigracia, el supuesto de “estoppel”, principio procesal “según el cual debe rechazarse toda alegación, aun cuando sea cierta, que esté en contradicción con una manifestación o una conducta de un mismo sujeto” (39). Dicha institución secular del Derecho inglés es -como se ha expresado un principio procesal que integra la teoría de las reglas de la prueba que se denomina “rules of evidence” (40). Y tanto se lo respeta que puede imponerse aún por sobre la “verdad histórica”. Al respecto, apunta Safontás que: “Se caracteriza por impedir que una persona, dentro de un proceso, formule una alegación, aunque sea cierta- que esté en contradicción con el sentido objetivo de su anterior declaración o de su anterior conducta. De ahí que no es permitido negar -ni probar un estado de hecho a quien lo ha establecido como verdadero” (41).

Fácil es colegir la estrecha relación que guardan el “estoppel” y el venire contra, factum” (42). Parece claro que este último posee una mayor amplitud habida cuenta de que tiene cómoda aplicación tanto en materia sustantiva como en el ámbito de lo procesal, mientras que el “estoppel” se ajusta más estrictamente al campo de lo adjetivo.

La “verwirkung” (inefectividad) conocida asimismo como “retraso desleal” es una institución de raíz germánica, que también

cuenta con un ámbito más estrecho que la doctrina de los propios actos” porque solo considera un modo particular (el retraso desleal en el ejercicio de derechos) de contradecir la propia conducta (43). Al igual que lo que aconteció con la doctrina de los “propios actos” la aplicabilidad de la “*verwirkung*” se extendió al campo de lo procesal (44).

Es menester señalar que la “*verwirkung*” parte del presupuesto de que el ejercicio de un derecho es inadmisibile cuando se realiza con un retraso objetivamente desleal (45); debiendo, además, recordarse que no faltan opiniones conforme a las cuales la institución tu desea que nos ocupa - que también se sustenta en el principio de buena fe, que sería violado ante la actitud del titular de un derecho que, por largo tiempo no ha ejercitado, ha suscitado que el sujeto pasivo del mismo esperara funda da mente que ya no lo haría valer- obedece al hecho de resultar, en algunos casos, “superados sociológicamente” los plazos de prescripción legalmente previstos” (46).

V. REQUISITOS

1. Aclaración

Doctrinariamente se han fijado diversos recaudos para que pueda, válidamente, reclamarse la injerencia de la doctrina de los “propios actos”.

Antes de entrar en la consideración -por separado- de los susodichos requisitos, debemos, desde ya, alertar al lector acerca de nuestra convicción sobre la inconveniencia de interpretar rígidamente requisitos estipulados más para diferenciar el “*venire contra factum*”, de otros institutos que, para descartar, de plano, la legítima aplicación de la doctrina de los “propios actos” en el caso concreto planteado.

Dicho de otra manera: no creemos que mente la no concurrencia acumulativa de todos y cada uno de los diversos recaudos que a continuación explicitaremos, deban, fatalmente, redundar en la imposibilidad de invocar el “*venire contra factum*”. De algún modo, vienen

Morello y Stiglitz a coincidir con esa línea de pensamiento, y ello a pesar de haberse preocupado por deslindar, con cuidada precisión, la doctrina de los “propios actos” de figuras susceptibles de ser confundidas con aquéllas (47).

2. Que un sujeto haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta (activas u omisivas) jurídicamente relevante, no errónea y eficaz que genere en otro sujeto una expectativa seria de comportamiento futuro.

Respecto del presente orden de recaudos, cabe formular varias advertencias.

No es bastante con que un proceder haya suscitado una expectativa ingenua y como tal, poco seria; vale decir que, en cambio, debió haber suscitado un “error común” o de la generalidad (48), lo que en buen romance equivale a exigir que el comportamiento de marras deba ser apto para provocar lo que antiguamente se sintetizaba en la máxima “error communis facit ius” y que más modernamente se denomina “derecho aparente”. Se debe tratar, entonces, de un “error común” (en el sentido de que cualquiera hubiese podido recaer en el error) e invencible (con el significado de que resultaba en el caso muy difícil no equivocarse), no siendo suficiente con que sea “excusable”, (49). Respecto a la aclaración que efectúa el epígrafe acerca de que también una pura pasividad puede servir de antecedente para descalificar un ulterior proceder contradictorio respecto de dicha actitud omisiva previa, corresponde señalar que el artículo 919 Código Civil no representa ser una valla insalvable para que dicho tipo de conductas omisivas sirvan de base para o generar una confianza depositada en un cierto comportamiento futuro coherente que, a la postre no se concreta (50). Tan característico de la doctrina en estudio es la apuntada nota de “confianza”, que sirve para diferenciarla, netamente de otras figuras jurídicas. Así es que Moisset de Espanés, discrimina del siguiente modo: “Además, la renuncia a un derecho significa que este se extingue para su titular, que no podrá ejercitarlo más. La teoría de los actos propios, en cambio, solo resulta vinculante respecto a la persona en quien esa conducta podrá suscitar confianza (51).

También puede suceder que no obstante que – en abstracto- el comportamiento en cuestión sería idóneo para suscitar una expectativa seria y la correspondiente confianza, de hecho, ello no hubiera ocurrido. Si ello es así, no existirían razones suficientes para descalificar un proceder “contradictorio”, que maguer ello no vendría a defraudar buena fe-creencia alguna (52). Por fin, debe ponderarse que: “La conducta antecedente debe ser válida, pues no podría usarse la prohibición de “venire contra factum”, para vedar la posibilidad de atacar de nulidad un acto viciado, lo que no implique que, en algún extremo, el mismo ejercicio de la acción de nulidad resulte elusivo y violatorio de la buena fe-lealtad” (53).

En cuanto a que la conducta precedente no debe ser “errónea”, ello deriva de que: “En nuestro derecho positivo no parece posible quitar al autor de una conducta viciada por error el derecho de ir contra ella y, por tanto, de impugnarla por causa del mismo, siempre claro está - que este haya sido “de hecho”, “esencial”, “excusable” (54).

3. Que se ejercita una pretensión contradictoria respecto de un comportamiento precedente atribuible al mismo sujeto a sus causahabientes.

Por de pronto, se impone destacar que debe mediar una completa incompatibilidad de la pretensión judicialmente hecha valer y la conducta anterior, interpretada esta última conforme al sentido que la buena fe puede proporcionarle (55).

Cabe, igualmente, anotar que para que exista el “plexo contradictorio” (conformado por el comportamiento precedente y la pretensión ulteriormente deducida) el mismo debe concurrir desde un plano objetivo, no interesando mayormente, entonces, la disposición subjetiva de su autor. Sobre el particular, se ha dicho que “resulta escasamente relevante la disposición subjetiva de su autor. No interesará que pueda imputársele culpa o dolo, o, dicho de otro modo, que no exista lo que suele denominarse “imputabilidad de segundo grado” pues lo decisivo es la desviación objetiva con el standard, concretado

y actualizado —claro está— en la apreciación judicial de cada caso” (56).

Para concluir, es preciso apuntar que, si bien lo habitual es que, doctrinariamente, se exija “identidad de sujetos” (57) entre los sujetos autores de las conductas que integran el precitado “plexo contradictorio”, también puede recibir eventual aplicación la doctrina de los “propios actos” aún cuando solo concorra una “identidad jurídica” (no ‘física’) de sujetos (58), lo que viene a explicar la última parte del epígrafe.

4. Que el caso no pueda ser subsumido en otra institución jurídica que posea regulación propia.

Se ha expresado que: “Debe descartarse la aplicación del “venire contra factum” toda vez que nos hallemos frente a alguna figura específica, Es de buena técnica no usar jamás una regla general cuando el mismo resultado puede obtenerse con la aplicación de otra regla más específica” (59).

Se asigna así a la doctrina de los “propios actos” un carácter residual que determina que no pueda ser invocada cuando la ley fija una solución expresa para el comportamiento contradictorio, ora impidiéndolo ora permitiéndolo (60). Es que: cuando alguna ley — en sentido material impone una solución distinta, es esta la que debe regir, por cuanto si entre las leyes debe darse prevalencia a los especiales sobre las generales, con mayor razón ello debe suceder cuando existe oposición entre una ley especial y un principio general (61).

Por nuestra parte —y reiterándonos en ideas anteriormente expuestas— no estamos del todo, seguros que el mencionado carácter residual, deba traducirse en una comprobación severa de la concurrencia de todos y cada uno de los recaudos, precedentemente analizados, propios de un “venire contra factum”.

En realidad, lo ocurrido con la doctrina de los “propios actos” es moneda corriente cuando aparece una nueva teoría jurídica. Es que, de ordinario, su advenimiento genera una fuerte corriente de interés

y la doctrina se preocupa por examinarla de la manera más acabada y sutil, llegando así a reclamar “exquisiteces” de dificultosa materialización. Pasado el momento de euforia, las ideas se van decantando, eliminándose así aquellos recaudos que resultan no ser de la esencia de la institución. De alguna manera, el periplo señalado parece haber sido recorrido por la medida cautelar innovativa (62), ello en tanto y en cuanto uno de los recaudos primigeniamente exigidos por la doctrina (la concurrencia de “perjuicio irreparable”) para su despacho favorable, no siempre aparece exigido por las resoluciones judiciales.

Con lo manifestado, queremos significar que —a nuestro modo de ver— el intérprete no debe desechar la aplicabilidad de la doctrina de los “propios actos” tan pronto verifique la ausencia de alguno de los múltiples recaudos requeridos doctrinariamente. Es que —a veces, por lo menos— será preciso contentarse con lo medular del “venire contra factum” (“plexo contradictorio”, confianza defraudada, identidad de sujetos), so pena de tomar estéril tanto esfuerzo volcado en apoyo del ideario ínsito en la doctrina de los “propios actos”.

VI. LA DOCTRINA DE LOS “PROPIOS ACTOS” EN EL ÁMBITO ESPECÍFICO DEL PROCEDIMIENTO CIVIL.

1) Generalidades

Ya se ha columbrado —aunque no se ha desarrollado del todo la idea de extrapolar la doctrina del “venire contra factum” para hacerla operativa en el ámbito del procedimiento civil (63), Es que: (“Cuando una regla o un principio decisivo en el Derecho Civil o Privado se consolida, él se puede extrapolar a conveniencia y con resultados óptimos a otros campos del Derecho. Desde luego que habrá que tener en cuenta sus propias particularidades, las emergencias económicas o las erosiones sociales que gravitan sobre cualquier relación jurídica y sin cuyo cómputo no sería admisible una recepción razonable de ese principio o de esa regla, pues ya no tendrá relación de causalidad adecuada con las nuevas y distintas circunstancias” (64). En el caso de la doctrina de los “propios actos”) nos parece que

tal extrapolación no resulta especialmente dificultosa cuando se trata de concretarla respecto del procedimiento civil y comercial. Por lo que —en principio— creemos que los lineamientos anteriormente expuestos (inclusive, los recaudos requeridos) devienen aplicables cuando se pretende hacer funcionar el “venire contra factum” desbaratar “incoherencias” procedimentales.

Tan solo uno de los requisitos precedentemente enunciados (que necesariamente exista una pretensión que venga a contradecir un comportamiento previo) debe recibir un tratamiento especial en mérito de las razones que aportaremos más abajo.

Por supuesto que el “plexo contradictorio” del que venimos hablando (conducta anterior y pretensión ulterior que la contradice) puede perfeccionarse tanto en el momento de demandar como en el de contestar la demanda (65) y aún en oportunidad de deducirse una demanda reconconvencional (66). Más aún: igualmente puede conformarse el aludido “plexo contradictorio” con la articulación de una pretensión incidental (o a raíz de su contestación) incongruente respecto de una actitud anterior. Esto último, revela —según así lo creemos— que no necesariamente la doctrina de los “propios actos” apunta que no prospere una pretensión fundada en una relación substancial, sino que también puede tener operatividad respecto de relaciones jurídicas puramente procesales. Más todavía: se verá luego (en la ejemplificación no exhaustiva, que efectuaremos “infra”) que existen supuestos (verbigracia, en el caso del valor probatorio de la conducta en juicio) en los cuales la doctrina de los “propios actos” funciona más como “argumento de prueba” (67) que como un medio para desestimar —derechamente y sin más trámite— una pretensión contradictoria en relación a un comportamiento anterior.

Expresado de otra manera: el “plexo contradictorio” puede configurarse (y esto pareciera ser específico del “Venire contra factum” en materia procedimental) también en el nivel de la prueba o en el de los escritos y su existencia servir de “argumento de prueba” para dirimir la contienda.

Para concluir, se impone aclarar que lo que pretendemos más que, estrictamente, extrapolar la doctrina de los “propios actos” al ámbito procesal (lo que de por sí no tendría mayor sentido porque “per se” dicha institución presupone que se ha esgrimido una pretensión procesal contradictoria con una conducta anterior), es sacar a la luz las peculiaridades que presenta el concreto desenvolvimiento del “Venire contra factum” en el seno del proceso civil, y también la posibilidad de que dicha doctrina resulta aplicable no solo respecto de la relación de fondo en debate sino también con referencia a la relación jurídica procesal.

2) Ejemplificación de coyunturas procedimentales dominadas por el “venire contra factum”.

a) Valor probatorio de la conducta en juicio.

Ya hemos consignado (68) que, doctrinariamente, se reconoce que la doctrina de los “propios actos” Subyace detrás del valor indiciario —ahora reconocido por el artículo 163, inc, 5o. del C.P.N, (69) — del comportamiento procesal de las partes. Precisamente, pensamos que la sospecha de dicha subyacencia demoró la consagración de la figura procesal “fuerza probatoria de la conducta en juicio”, y aún hoy conspira contra su mayor difusión y aplicación jurisprudencial (70).

Como se sabe, el citado artículo 163, inc. 5o. C.P.N “reconoce como antecedente directo el artículo 116 del Código Procesal Civil Italiano y como este, otorga el carácter de argumento de prueba a las conclusiones que el juez pueda extraer de la conducta observada por las partes durante el desarrollo del proceso” (71), dando así respuestas favorables al beneplácito con que la doctrina observa la institución bajo la lupa (72).

Si bien se nota ciertos lunares en la redacción del recordado artículo 163, inc. 5º, C.P.N. (73), de todos modos, debe aplaudirse que los autores intelectuales de la Ley 22.434 tuvieran la bienvenida audacia de incorporar una figura jurídica novedosa para nuestros

“usos”, procedimentales, poco acostumbrados a concederles efectos negativos a las declaraciones reticentes o mendaces o, verbigracia, a la obstrucción de la producción de pruebas.

Pero, volviendo ahora al tema central del discurso, ¿en cuál parcela del instituto del “valor probatorio de conducta en juicio”, se vé en más clara la subyacencia conocida del “Venire contra factum”? Pues en su variante conocida como “prueba de intercadencia” o de “autocontradicción”, que también se apoya en el texto del artículo 163, inc. 5º. C.P.N., (74). Al respecto, hemos tenido oportunidad de señalar lo siguiente: “Y los ejemplos, claro, aquí se multiplican: quien al contestar la demanda en un juicio cualquiera (ordinario, por ejemplo) dice una cosa y luego acompaña documental que dice otra, etcétera. ¿Cómo debe tomarse esta autocontradicción en la que alegremente o no, incurre una misma parte? Pues en su contra” (75) ; y también que: “como conclusión, entonces, las autocontradicciones debilitan la posición procesal de quien ha incurrido en ellas: se trata de una prueba presuncional (“iuris tantum”), en su contra, estándole permitido al Tribunal tomar de las varias versiones de la parte autocontradictoria la que más favorece a la posición de su ocasional contrario” (76); siendo de destacar que no resulta una rareza el funcionamiento de la “prueba de intercadencia” en tratándose de la confesional (77).

Si todo ello es así deviene evidente que —como ya se ha dicho— el “Venire contra factum” puede funcionar también como argumento de prueba idóneo para conformar la convicción del Tribunal en virtud de concurrir dos conductas procesales contradictorias entre sí, aunque una de ellas no consista necesariamente en el ejercicio de una pretensión.

b) Cambio de encuadramiento jurídico de la litis.

Una muy antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, condena la actitud del litigante quien primero invoca una normativa jurídica dada y luego pretende desconocerla o impugnarla (78); línea jurisprudencial que, modernamente, nuestro más Alto Tribunal ha reafirmado en repetidas ocasiones (79), fundándola, concretamente, en la doctrina de los “propios actos” (80).

c) Cambio de posición en el curso del debate.

Esta causal de invocación del “venire contra factum” ha tenido una reciente e interesante aplicación por la justicia civil rosarina, en un decisorio donde se declaró lo siguiente: “Resulta de aplicación el principio jurídico que veda admitir pretensiones contradictorias respecto de conducta o manifestaciones anteriores, si se tiene, en primer lugar, una regla jurídica preexistente cual es la actuación del señor Síndico en el concurso. Luego, una conducta de la concursada en cuanto admite una regulación “provisoria” de honorarios a favor del Síndico y la existencia de otros bienes, aparte de los denunciados en el Informe General, que pudo suscitar razonablemente en el Síndico la expectativa seria de que sus honorarios podrían ser incrementados al efectuarse la correspondiente regulación definitiva y complementaria de honorarios. Y finalmente, se tiene una pretensión contradictoria de la concursada con su conducta anterior, al negar en forma categórica la existencia de saldo alguno en su patrimonio con el consecuente derecho del Síndico a percibir remuneración alguna complementaria fundada en tal circunstancia” (81). Parecida solución adopto un decisorio del fuero civil capitalino, al declarar que por aplicación de la denominada teoría de los actos propios, según la cual nadie puede alegar un derecho que este en pugna con su propio actuar “nemo potest contra factum venire”, seguida por nuestro Tribunales, media una renuncia táctica que invalida la pretensión del apelante cuando se agravia de que el aquo acogiera argumentos que el mismo esbozo y que ahora constituye una valla para la nueva regulación que pretende” (82).

VII. FACULTADES DE LOS JUECES PARA APLICAR OFICIOSAMENTE LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS.

Ahora examinaremos la espinosa cuestión consistente en determinar si corresponde que los tribunales apliquen “ex officio”, (es decir en defecto de la petición expresa de alguna de las partes) el “venire contra factum” como fundamentos de las decisiones.

Se ha esbozado el criterio conforme al cual (por respeto al principio de congruencia y al derecho de contradicción) se debe advertir una actitud de resistencia por parte de quien a la postre resultara ganancioso por incidencia del “venire contra factum”, para que el órgano jurisdiccional interviniente quede autorizado a considerar aplicable dicha doctrina. Así, por ejemplo. Alterini y López Cabana sostienen lo siguiente: “Una sentencia desestimatoria de la pretensión incoherente con los propios actos previos del pretensor solo es posible cuando el demandado ha peticionado el rechazo de la acción. Es irrelevante que se haya invocado un fundamento distinto para resistir la actitud omisiva que encierra el acto contradictorio, siempre que se concrete la voluntad de solicitar la desestimación de la pretensión deducida... En resumen: el Juez puede, de oficio, hacer valer el “venire contra factum”. Siempre y cuando se haya solicitado el rechazo de la demanda, aunque fuera por otro motivo” (83).

Por nuestra parte, pensamos que si – como se sabe (84) – la actitud procesal absolutamente pasiva y prescindente no quita que siga existiendo “contradicción de intereses”, es lícito que, por ejemplo, la demanda correspondiente a un juicio seguido “en rebeldía”, puede resultar desestimada por imperio del “venire contra factum”, aplicando oficiosamente por el Tribunal.

Morello y Stiglitz, en cambio, entienden que: “La mención en la demanda y reconvención del principio de buena o de la actitud abusiva o contradictoria en el contexto de la doctrina de la sustanciación, será el puente indicador de las circunstancias de la connotación del acto propio, dando pie así al juzgador para su consideración de oficio, res-

guardando, insistimos, en el marco de la defensa adecuada” (85). Dichos distinguidos autores fundamentan tal tesitura que que consideren aplicable “ex officio”, la doctrina de los propios actos (dada las circunstancias señaladas más arriba), ante la existencia de los poderes – deberes concedidos a los jueces por el artículo 34, inc. 5 C.P.N., para tonar más eficaz al proceso civil (86). No compartimos las prevenciones que parecen contener la línea de pensamiento anteriormente expuesta, prevención que apunta, seguramente, a preservar celosamente el derecho de contradicción. Es que a la altura de los tiempos que corren, debe estimarse que la doctrina de los “propios actos”, ya está consolidada e incorporada, definitivamente a nuestro acervo jurídico; y si ello es así no vemos la concurrencia de razón alguna para rescatarles a los jueces la posibilidad de hacer valer oficiosamente a través del ejercicio de la facultad de decidir “iura novit curia”, (87). Es que - según nuestro entender - el caso en estudio tiene una estrecha afinidad con la defectuosa invocación de normas jurídicas por los litigantes, que a la postre, redundaría con una corrección normativa por parte del juez; corrección que, en principio, resulta lícita y adecuada (85).

Todo lo vinculado con la doctrina de los “propios actos”, constituye “argumento de Derecho”, y como tal encuadrable en los términos del “iura novit curia”, facultad que no solo es atribución sino también deber del órgano jurisdiccional (89).

En síntesis: somos de la opinión que los jueces pueden, y deben, invocar oficiosamente —y sin retaceo alguno— la doctrina de los “propios actos”, ora respecto de la relación substancial ora respecto de la relación procesal.

NOTAS

(1) NICOLAU, Noemí, doctrina de los actos propios y la *verwirkung*”, en *Juris*, Boletín del día 27 de marzo de 1985.

(2) BERIZONCE, Roberto, “La nulidad en el proceso”, La Plata, 1 967, Editorial Platense, *passim*.

LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS
EN EL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO CIVIL

(3) MORELLO, Augusto y Rubén STIGLITZ, “la doctrina del acto propio”, en JA 1984 — A, pág. 871 al pie; vida asimismo “Doctrina de los propios actos”, por Simón SAFONTAS, en Jus N° 5, pág. 30:

(4) ALTERINI, Atilio y Roberto LOPEZ CABANA, “La virtualidad de los actos propios en el Derecho Argentino”, en LL 1984—A, pág. 877.

(5) PEYRANO, Jorge W., “El proceso civil. Principios y fundamentos”, Buenos Aires 1978, Editorial Astres, pág. 48.

(6) MORELLO y STIGLITZ, ob. cit., pág. 875.

(7) NICOLAU, ob. cit., Boletín del 27 de marzo de 1985, de la Revista Juris,

(8) Conf. LL año 1984—B, pág. 260.

(9) ALTERINI y LOPEZ CABANA, ob. cit., pág. 878.

(10) NICOLAU, ob. cit., Boletín del 27 de marzo de 1985, de la Revista Juns.

(11) PEYRANO, Jorge W. y Julio O. CHIAPPINI, “Estudio sobre las obligaciones naturales”, en “Instituciones atípicas en Derecho Privado”; Santa Fe 1985, Editorial Rubinzal- Culzoni, pág. 63.

(12) AMADEO, José Luis, “La doctrina de los propios actos en la jurisprudencia argentina y española”, en LL 1984—A, pág. 519 y ss.

(13) MORELLO y STIGLITZ, ob. cit., pág. 871.

(14) NICOLAU, ob. cit. Bol. del 27/3/85, de la Revista Juris.

(15) BIANCHI, Enrique y Hector IRIBARNE, “El principio general de la buena fe la doctrina “Venire contra factum proprium non vlet”, en ED, Tomo 106, pag. 851.

(16) SAFONTAS, ob. cit. pág. 28.

(17) MINOPRIO, César. “El boleto de Compraventa, el ejercicio abusivo del derecho y prohibición de ir contra los propios actos “, en Revista del Notariado, N° 742), pág. 1247.

(18) LL 1983 - D, pág. 523.

(19) SAFONTAS, ob. cit. pág. 29.

(20) AMADEO, ob. cit., pág. 521.

(21) PEYRANO, Jorge W. y Julio O. CHIAPPINI, sobre principios del derecho”, en “Instituciones atípicos en Derecho Privado”, pág. 23 y ss. Específicamente, sobre la calidad de principio general del Derecho que cabe asignarle al “venire contra factum”, pueden consultarse los trabajos, ya citados, de Minoprio y Safontás.

(22) BIANCHI e IRIBARNE, ob. cit., pág. 52.

(23) PEYRANO y CHIAPPINI, ob. cit., passim.

(24) BIANCHI e IRIBARNE, ob. cit., pág. 856.

(25) Ibi dem, pág. 855.

(26) PERELMAN, Chain, "la lógica jurídica y la nueva retórica", trad. Luis Diez Picazo, Madrid, 1979, Editorial Civitas, pág. 53.

(27) Ibidem, pág. 195.

(28) BIANCHI e IRIBARNE, ob. cit., pág. 851

(29) Artículo 11,98, 1ra. Parte, del Código Civil: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

(30) Artículo 1111, del Código Civil: “El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna”.

LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS
EN EL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO CIVIL

(31) MORELLO, Augusto, “Recepción jurisprudencial de la doctrina de los propios actos”, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, No 9, pág. 814.

(32) ALTERINI Y LOPEZ CABANA, ob. Cit., pag. 877.

(33) Artículo 1047, del Código Civil: “La nulidad absoluta puede y deber ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifestó en el acto... Puede también pedirse su declaración por el Ministerio Publico, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación”.

(34) MINOPRIO, ob. Cit. Pag. 1257.

(35) Ibidem, pág. 1 257.

(36) MORELLO y STIGLITZ, ob. cit., pág. 866.

(37) MINOPRIO, ob. cit., pág. 1257.

(38) MORELLO y STIGLITZ, ob. cit., pág. 873.

(39) NICOLAU, ob. cit. Juris, Bol. del 27/3/85.

(40) SAFONTAS, pág. 32 - del trabajo ya citado.

(41) Ibidem, ob. Cit. pág. 33.

(42) Ibídem, pág. 32.

(43) NICOLAU, ob. Cit. Juris, Bol, del 28/3/1985.

(44) SAFONTAS, ob. Cit. Pag. 35.

(45) Ibidem, pág. 35.

(46) Ibidem pág. 35.

(47) MORELLO y STIGLITZ, ob, Cit., pág. 873.

(48) MINOPRIO, ob. cit., pág. 1261: “A veces tropezamos en el mundo jurídico con novedades que solo importan rótulos o denominaciones nuevas, aplicables a concepciones antiguas, Porque la mera

expectativa, en el caso, carecería de toda relevancia si no se despertara el error común, es decir, el error de la generalidad. Los juristas antiguos, en buen latín, decían “error communis facit ius”.

(49) ADORNO, Luis, propiedad aparente en la jurisprudencia francesas y el artículo 1 051 del Código Civil Argentino en LD 37, pag. 936.

(50) BIANCHI e IRIBARNE ob. cit., pág. 859.

(51) MOISSET DE ESPANES, Luis, “Teoría de los actos propios y renuncia tácita”, en LL 1983 D, pág. 526.

(52) BIANCHI e IRIBARNE, ob. cit., pág. 879.

(53) Ibidem, pág. 862.

(55) MINOPRIO, ob. cit., pág. 1251.

(56) BIANCHI e IRIBARNE, ob. cit., pág. 855.

(57) SAFONTAS, ob. cit., pág. 31.

(58) MINOPRIO, ob. cit., pág. 1261.

(59) BIANCHI e IRIBARNE, ob. cit., pág. 860.

(60) ALTERINI y LOPEZ CABAÑA, ob. cit. pág. 879.

(61) Ibídem, pág. 878.

(62) PEYRÁNO, Jorge W “Medidas cautelares innovativa”, Buena Aires 1981, Editorial Depalma, passim.

(63) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo”, Madrid 1983, Editorial Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, pág. 103.

(64) MORELLO y STIGLITZ, ob, cit., pág. 876

(65) MINOPRIO, ob. Cit., pág. 1258

(66) MORELLO Y STIGLITZ, ob, cit, pag. 874.

(67) KIELMANOVICH, Jorge, “La conducta procesal de las partes como prueba en el proceso civil”, en LL, Bol. del 26 de abril de 1985.

(68) Vide la nota 38.

(69) Artículo 163, inc. 50. in fine del C.P.N., Ley 22.434: “...La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones”.

(70) PEYRANO, Jorge W. “Fuerza probatoria de la conducta en juicio”, en “El proceso atípico”, Buenos Aires 1983, Editorial Universidad, pág. 80: “Las razones de tal resistencia (se alude a la de los jueces a aplicar la doctrina del valor probatorio la conducta procesal) pueden ser muchas:... la idea inconsciente (o no) de que en homenaje al debido proceso se debe evitar a las partes cualquier sorpresa (así la constituida por el hecho de que sus propios comportamientos se transformen en boomerangs con efectos devastadores). Quizá esto último sea el factor determinante del poco éxito logrado jurisprudencialmente por la institución en estudio”.

(71) PALACIO, Lino, “Estucho la reforma procesal civil y comercial (Ley 22.434)”, Buenos Aires 1982, Editorial Abeledo Perrot, pág. 234.

(72) GUASP, Jaime, “Derecho Procesal Civil”, 3ra. Edic., Madrid, 1968, Editorial Instituto Estudios Políticos, Tomo I, pág. 417.

(73) KIELMANOVICH, ob. cit., pág. 3 al pie.

(74) PEYRANO, Jorge W, y Julio O. CHIAPPINI, “La prueba de intercadencia”, en ‘El proceso atípico — parte segunda’, Editorial Universidad, Buenos Aires 1984, pág. 79.

(75) Ibidem, pág. 79.

(76) Ibi (km, pág. 86.

(77) BIANCHI e IRIBARNE, ob. cit., pág. 859.

(78) Fallo (F, 'Torno VII, pág. 139,

(79) Torno 249, pág. 51

(80) MINOPRIO, ob, cit., i 269.

(81) Resolución de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Rosario, recaída en 106 cara tulados: 'Calderini, Enrique", espigu en Juris, Bol. de los días 14 y 1 5 dc mayo de 1 985,

(82) LL 1983 D, pág. 523.

(83) ALTERINI y LOPEZ CABANA, ob. cit., pío . 878 y 879

(84) REIMUNDIN, Ricardo, "La condena en costas en el proceso avi", Editorial Vittor de Zavalfa, pág. 91 : "La falta de parücipación activa de una de las partes (contumaz o persona incierta) no puede impedir por esa omisión la actividad jurisdccional frente o contra ella y por lo unto el "vencimiento" . . . Observa, también, Chiovená gue no es esencial para el vencimiento la existencia de una discusión o ccn Eoversia

(85) MORELLO y STIGLITZ, ob. cit., pág. 874 al pie.

(86) Ibidern, pág. 874, al pie.

(87) PEYRÁN, Jorge We, proceso civil, Principios y furrwntW V, pág. 95 y ss.,

(88) Ibi (Lrn, pág. J 00 a pig, 103.

(89) Ibídem, pág. 1 01

CONCLUSIONES

1) La doctrina de los "propios actos", puede ser considerada recibida — tanto doctrinaria como jurisprudencialmente en nuestro medio, configurando en la actualidad un cuerpo orgánico y bien perfilado

2) Resulta aplicable la doctrina de los "propios actos" —con escasas rectificaciones— para solucionar "incoherencias", suscitadas

LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS
EN EL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO CIVIL

en el curso de un procedimiento civil; siendo así posible, por ejemplo, que se deba rechazar una pretensión incidental por devenir “incoherente”. El hecho de que una “incoherencia” (procedimental pueda encontrar adecuada solución no solo en la doctrina de los “propios actos” sino también en otros institutos, no determina que, automáticamente, deba descartarse la aplicabilidad de aquella.

3) El funcionamiento concreto de la doctrina de los “propios actos” en un proceso civil, permite afirmar que no solo cuando media una pretensión contradictoria con una conducta anterior del mismo sujeto sino también cuando se está ante comportamientos procesales contradictorios entre sí, aunque ninguno de ellos con tenga pretensión alguna.

4) Si bien lo habitual es que el “Venire contra factum”, funcione para desestimar, derechamente y sin mis complicaciones, una pretensión, igualmente puede servir como “argumento de prueba”, a ponderar, normalmente, juntamente con otros elementos de juicio colectados.

5) Constituye una legítima atribución “en el proceso” del órgano jurisdiccional, la de invocar oficiosamente (tanto en lo que atañe a la relación material como en lo atinente a la relación procesal) el “venire contra factum”. Ello en consonancia con el deber que le compete de reformular oficiosamente, en su caso, obrando “iura novit curia”, el encuadramiento jurídico proporcionado por las partes a la litis, también con la circunstancia de que - en esencia - la doctrina de los “propios actos”, es un argumento de Derecho y como tal enmarcable en los límites del referido “iura novit curia”.



La sanción del nuevo Código Civil Paraguayo

Dr. Jorge H. Escobar¹

Un acontecimiento trascendental, de gran envergadura, se ha producido: fue sancionado el Código Civil Paraguayo.

Su sanción constituye un hito histórico, y señala un momento solemne en la vida de nuestro país; su independencia jurídica.

El nuevo Código Civil, siguiendo las corrientes legislativas más modernas y el pensamiento de grandes maestros y de memorables jornadas de Derecho ha consagrado la unidad del derecho privado, incorporando el Código Civil gran parte de las materias reguladas en el viejo Código de Comercio, y su suprimiendo, en el terreno de los contratos y de las obligaciones, toda diferencia entre materia civil y materia comercial: el régimen de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles común, igual.

Desde luego, como ya lo señalaba Vivante, la separación tradicional del Derecho Privado aparece en contraste con la homogeneidad de nuestra Constitución social, donde se infiltran en todos los sentidos el comercio con sus costumbres.

El Código de Comercio, como unidad orgánica y autónoma de principios normativos comerciales, ha quedado muy reducido.

Veamoslo: el viejo código de comercio constaba de cuatro libros...

- El Libro Primero (excepto el título III relativo a las bolsas y mercados de comercio), fue derogado y remplazado por la Ley del Comerciante N°1034, promulgada el 16 de diciembre de 1983.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 13 -1986.

- El Libro Segundo fue absorbido por el Código Civil recién sancionado.

- El Libro Tercero relativo a los derechos y obligaciones resultantes de la navegación, recibirá un tratamiento especial.

- El Libro Cuarto fue también derogado y sustituido pro la Ley de Quiebras N° 154.

Resulta así que legislativamente hablando restan como materia propia del D. Comercial las disposiciones contenidas en la citada Ley del Comerciante (Ley N° 1034), cuyo artículo 1° señala su ámbito de aplicación: “La presente ley tiene por objeto regular la actividad profesional del comerciante, sus derechos y obligaciones, la competencia comercial, la transferencia de los establecimientos, y caracterizar los actos de comercio.

Se había propiciado en el Proyecto del Código Civil la denominación de “Código del Comerciante ese conjunto normativo, denominación que, finalmente fue sustituida por la de la “Ley del Comerciante”, por lo “reducido y disminuido en esas materias”, que quedó el Código de Comercio.

Conviene señalar in limine que la desaparición legislativa del Código de Comercio no significa ni mucho menos que haya desaparecido el Derecho Comercial.

“Ahora bien dice – Missineo – la autonomía del derecho comercial debe considerarse conservada, no obstante la abolición del código de comercio autónomo, la cuestión no es autonomía legislativa sino autonomía científica: se refiere no al Código de Comercio, sino al derecho de comercio.

“La razón esencial – añade el ilustre tratadista – de la conservación reside en la circunstancia de que no se ha abolido ni se podría abolir el peculiar carácter del derecho mercantil, que es de ser un derecho de categoría o sea un derecho profesional (sistema subjetivo)”, (Manual de Derecho de Comercio y Civill. Ed. EJE. T.I. Pág. 60).

Iguales son los conceptos de Rocco: “Esa unificación de las normas sobre obligaciones no impide que el derecho comercial siga siendo un derecho autónomo ni se opone a que la ciencia del derecho comercial sea una ciencia jurídica también autónoma”. (Vide Satanovsky: Derecho Comercial I, Pág. 188).

Las consecuencias de la unificación de la materia civil y comercial, concretada en nuestro novísimo Código Civil, son extremadamente importantes, proponen amplios estudios, y plantean una revisión general de conceptos fundamentales de nuestra sistematización jurídica.

En ese estudio nos referimos solamente a dos órdenes de consideraciones.

En primer lugar, desaparece toda distinción legislativa entre materia civil y materia comercial.

La materia civil – sometida a la legislación civil - y la materia comercial sometida a la legislación comercial fueron siempre el gran problema del Derecho Privado. ¿Cómo distinguirlas con precisión y seguridad, si en la realidad de la vida ambas materias aparecen integradas? ¿Qué es el acto de comercio? Nos preguntamos afanosos. ¿Qué es el acto civil? Según fuera la naturaleza del acto, el acto quedaba sometido a la ley y a la jurisdicción civil o comercial.

De aquí la extraordinaria importancia del acierto en la calificación del acto. El error en su calificación resultaba muy caro: el temible incidente de incompetencia de jurisdicción nos aguardaba con grave retardo del curso del juicio, pérdida posible de las costas, gastos y trastornos.

En casos frecuentes el problema era sencillamente insoluble porque la ciencia jurídica nunca pudo desentrañar la verdadera naturaleza jurídica del acto de comercio. Formidables esfuerzos doctrinarios, renovados intentos de los más ilustres comercialistas, investigaciones afanosamente realizadas resultaron en vano: no se puede determinar los caracteres distintivos del acto de comercio objetivo,

base del sistema seguido por el viejo Código de Comercio cuya derogación ya fue decretada.

Resultado directo de ello es que cabría frecuentemente la posibilidad de cuestionar la naturaleza del acto, proponiendo la incompetencia del Juez que entendía en el caso, y negando la aplicación, al problema de una legislación que supuestamente no le correspondía.

Dentro del sistema de la unificación no existía ya la necesidad de determinar si un acto es civil o comercial, pues cualquiera sea la naturaleza del acto la única aplicable será la legislación civil.

Producida la unificación – enseña Vivante – no interesa si el acto ha sido realizado por comerciantes o civiles, o si se trata de un acto mixto: la ley será siempre la misma.

La unificación general de las obligaciones impondrá la aplicación universal de las normas del derecho privado a todas las relaciones jurídicas, sin hacer distinción – dice Hamel – entre objeto civil y comercial del acto o institución, ni la calidad civil o comercial del que actúa.

En Suiza no se plantea la necesidad de determinar, previamente, si la materia es civil o comercial para aplicar la norma que, en uno u otro caso corresponda, pues cualquiera sea la naturaleza del acto se aplica la nueva ley: desaparece el problema del contenido del derecho mercantil. (Ver Satanovsky, Op. Cit. Pág. 211).

Con la unificación todos los actos profesionales o no son regidos por la misma ley (Id. Idem Pág. 206).

Tampoco existe el problema de la jurisdicción que ha de regir en el acto pues desaparece la dualidad jurisdiccional (civil o comercial).

Resumiendo, las consideraciones expuestas, podemos señalar que en nuestra legislación positiva el contenido tradicional del derecho mercantil (derecho regulador del acto de comercio queda reducido a la moderna ley o estatuto del comerciante, Ley Nº 1034, ley que

tiene por objeto regular actividad profesional del comerciante, sus derechos y obligaciones ...y caracterizar los actos de comercio.

Puede notarse que ahora ha variado fundamentalmente la función del acto de comercio, elemento clave del derecho mercantil tradicional. Dentro de fenecido sistema del Código Mercantil derogado (sistema objetivo o mixto), la determinación de la complejidad de un acto tenía por objeto la determinación de la Ley aplicable, y por tanto la determinación de la materia mercantil, del contenido del Derecho Comercial (Derecho Comercial, igual a derecho del acto de comercio).

A partir de ahora, la función del acto de comercio - en nuestra legislación es la de determinar la calidad de comerciante (“comerciante es la persona que realiza profesionalmente actos de comercio”).

Con la unificación desaparece el grave y espinoso problema del contenido del derecho mercantil, pues lo repetimos la misma ley será aplicable al comerciante y a quien no lo es².

En segundo lugar, debemos señalar que la unificación planteara a corto termino la conveniencia de la unificación de fuero de los juzgados de 1ª. Instancia de la Capital.

A los jueces de 1ª. Instancia de la Capital corresponden, según el Art. 11 del Código de Organización Judicial competencias diferentes según sea la materia, civil o comercial, sometida a su juzgamiento.

Dado que con la unificación quedan integradas la materia civil y comercial no existe la necesidad de fueros diferentes; los Juzgados en lo Civil y en lo Comercial deberán unificar sus fueros, en forma que los Jueces de Primera Instancia tendrán competencia en materia civil y comercial, materias desde luego ya unificadas.

² Su unificación – la del derecho de las obligaciones y contratos - dice Satansovsky – implica, pues, una solución científica y a la vez práctica, y sin que afecte la autonomía del derecho comercial. (Trat. De Derecho Comercial T.I. Pág. 121).

Es verdad que podrían mantenerse la jurisdicción de los Jueces con competencia especial sobre lo que resta del Código de Comercio, cuyo ámbito es el Art. 1º de la Ley del Comerciante. Pero ello sería una complicación.

Obsérvese que nuestros jueces tienen sin problemas fueros unificados en materia civil, comercial y laboral.

Brasil tiene unificados el proceso civil y comercial desde 1890.

Señala el Profesor Etcheverry que una de las formas de unificación que la del fuero de los jueces, como ocurre en la Provincia de Buenos Aires, donde los Tribunales para el Derecho Privado atienden asuntos civiles y comerciales. (Vide: Manual de Derecho Comercial. Parte General, Pág. 106). Lo mismo ocurre en Italia y Suiza.



La unificación de los Derechos Civil y Comercial, como ramas del ordenamiento jurídico privado interno, alusiva a la zona ontológica de ambas en materia de obligaciones y contratos: Exclusión

Prof. Dr. Luis Patricio Frescura y Candia¹

SUMARIO

1- Separación de los Códigos civil y comercial vigentes. 2- Su significación dogmática y legislativa. 3- La unificación de los Derechos civil y comercial, en materia de obligaciones y contratos propuesta a la Comisión Nacional de Codificación. 4.- Fundamentos aducidos para la unificación legislativa propuesta. 5- Estudio y decisión de la Comisión Nacional de Codificación acerca de la unificación de las ramas del Derecho privado interno nacional en materia de obligaciones y contratos, propuesta. 6- Absorción del derecho contractual mercantil vigente por el Código Civil Paraguayo; exclusión. 7- La unificación legislativa promulgada, ha erigido al Código Civil Paraguayo en la columna vertebral de nuestro Derecho privado positivo interno. 8- Unificación de la justicia en lo civil y comercial.

-1-

a) El Derecho civil es la congerie de normas jurídicas que regulan la existencia de las personas físicas privadas sean individuales o colectivas, sus relaciones familiares y patrimoniales. También se lo

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 14- 1986.

Profesor titular de Introducción a la Ciencia Jurídica y Derecho del Trabajo, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional; Miembro titular de la Comisión Nacional de Codificación; Miembro del Comité Consultivo en el Simposio organizado por la Corte Suprema de Justicia, para el estudio del Código Civil Paraguayo.

denomina Derecho Común porque su zona ontológica comprende a todos los entes humanos, sin distinción de nacionalidad, profesionales, religión y otras circunstancias subjetivas.

Desde el 1° de enero de 1877, adquirió vigencia y positividad en nuestro país, el Código civil argentino, adoptado por la ley paraguaya de fecha 19 de agosto de 1876. La Ley de adopción citada dispuso: “TÉNGASE POR LEY DE LA REPÚBLICA, EL CÓDIGO CIVIL DEL DOCTOR DON DALMACIO VELEZ SARSFIELD, SANCIONADO COMO LEY DE LA REPÚBLICA ARGENTINA EN 1869. CON EXCEPCIÓN DE AQUELLO QUE SE REFIERE A LAS PROVINCIAS”.

Conforme a la época de su concepción, la dogmática seguida por el Código civil adoptado, corresponde al individualismo jurídico inspirador de sus fuentes: el Derecho romano, el Código civil francés de 1804, la legislación española romanizada contenida en el Código de las Partidas y la nueva Recopilación.

Las leyes paraguayas que han modificado o ampliado el Código civil adoptado, son las siguientes: la ley del matrimonio civil de fecha 2 de diciembre de 1898; la ley de los derechos civiles de la Mujer N° 236 promulgada el 30 de septiembre de 1954; la ley N° 677 de fecha 21 de septiembre de 1960 que instituyó la propiedad por pisos y departamentos; la Ley N° 831 del año 1962 llamada de adopción que permite prohijar o tomar por hijo a quien no lo es por naturaleza.

b) El Derecho comercial o mercantil es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones lucrativas derivadas del comercio. Su contenido está constituido por preceptos especiales establecidos para los comerciantes y los actos de comercio que transfieren las mercancías de quien las produce a quien las consume.

-2-

SU SIGNIFICACIÓN DOGMÁTICA Y LEGISLATIVA.

El derecho comercial está considerado como una rama especial del Derecho privado interno, frente al Derecho civil, de acuerdo con la dogmática seguida por la legislación vigente. Nuestro Código de comercio que es el argentino adoptado en su título preliminar establece preceptivamente esta norma: “EN LOS CASOS QUE NO ESTEN ESPECIALMENTE REGIDOS POR ESTE CÓDIGO, SE APLICARÁN LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL” (párrafo 1). El Art. 207 del mismo Código prescribe en igual sentido lo que sigue: “EL DERECHO CIVIL EN CUANTO NO ESTÉ MODIFICADO POR ESTE CÓDIGO, ES APLICABLE A LAS MATERIAS Y NEGOCIOS COMERCIALES”.

-3-

A UNIFICACIÓN DE LOS DERECHOS CIVIL Y COMERCIAL, EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS, PRO- PUESTA A LA COMISION DE CODIFICACION.

La Comisión Nacional predicha designó a su ilustrado miembro titular profesor civilista doctor Luis De Gásperi (Q.E.P.D.), egregio exponente de la Ciencia del Derecho Civil nacional y comparado, por resolución de fecha 27 de septiembre de 1959 para redactar el proyecto de Código Civil Paraguay. Este fue presentado por su autor en la sesión plenaria del día 30 de octubre de 1962 y dado a la estampa el día 10 de octubre de 1964 en edición oficial.

La innovación de más intensa trascendencia jurídica, auspiciada por el codificador designado, ha sido la unificación del Derecho privado interno en sus ramas principales de Derecho civil y Derecho Comercial, alusiva a la zona ontológica de ambas en materia de obligaciones y contratos, excluyendo los derivados de la navegación fluvial y marítima.

El profesor doctor De Gásperi consideró oportuna, aceptable y beneficiosa para la República del Paraguay, la reforma predicha en aras del progreso legislativo nacional.

Adoptó a título de modelos dos códigos europeos: el Federal Suizo de las obligaciones y el Código civil Italiano de 1942.

-4-

FUNDAMENTOS ADUCIDOS PARA LA UNIFICACION LEGISLATIVA PROPUESTA.

Argumentó el profesor De Gásperi las conclusiones doctrinarias siguientes: 1ª) de las dos disciplinas jurídicas, el Derecho mercantil no es sino un privilegio de clase en detrimento de la parte civil del contrato, destituida de las ventajas de la otra; 2ª) no hay una teoría de las obligaciones para el Derecho civil y otra distinta para el Derecho mercantil, sino meras aplicaciones de una sola resultante de la actividad comercial. De ahí que por lógica consecuencia, ambos Derechos se encuentren y liguen en un haz común; 3ª) siendo el derecho de las obligaciones del código de comercio idéntico por su esencia al análogo derecho del Código civil, nada es más aconsejado que unificarlos en un solo cuerpo legal, de modo a evitar los conflictos surgidos de sus antinomias y especialmente las chicanas a que se prestan las cuestiones de jurisdicción y competencia.

-5-

ESTUDIO Y DECISIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE CO- DIFICACIÓN, ACERCA DE LA UNIFICACIÓN DE LAS DOS RA- MAS DEL DERECHO PRIVADO INTERNO MENCIONADAS, EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

a) En las sesiones plenarias convocadas al efecto, varios miembros de la Comisión Nacional de Codificación, expusieron sus opiniones sobre la innovación jurídica de trascendencia nacional propuesta,

LA UNIFICACIÓN DE LOS DERECHOS CIVIL Y COMERCIAL,
COMO RAMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO INTERNO, ...

fundándose en la doctrina de los especialistas y las soluciones adoptadas por la legislación positiva vigente en varios países europeos.

Así el miembro titular de la entidad predicha profesor doctor Sigfrido Gross Brown, adoptando la posición doctrinaria de comercialista, manifestó su opinión en una extensa y fundada exposición.

Hacemos una síntesis quintaesenciada de la misma, para poner de relieve sus conclusiones siguientes:

1ª) La dispar naturaleza de ambas ramas del Derecho privado interno civil y comercial, ha plasmado con el correr de los años, profundos contrastes en el ámbito de las obligaciones y los contratos que ya se consideran intrínsecamente propios al estado de comerciante o no comerciante;

2ª) Los modelos adoptados por el ilustrado jurista que propuso la unificación, fueron: el Código federal suizo de las obligaciones y el Código civil italiano de 1942. Influyó en la unificación legislativa realizada por el primero de los códigos citados, la situación jurídica de los cantones suizos, previa a la codificación y la época en que fue dictada la ley favorable a la conciliación de los antagonismos existentes en el campo del derecho inherente al tráfico. La codificación suiza contiene también el Derecho comercial;

3ª) Respecto del Código civil italiano de 1942, todos los comentaristas están contestes en que la unificación del Derecho privado italiano, descansa sobre soluciones políticas. Adoptando principios nuevos y una organización moderna, fue estructurada la refundición sobre la base del sistema corporativo y la intervención del Estado en la economía nacional;

4ª) Dicho Código civil incorporó la casi totalidad de las disposiciones normativas de los códigos civil y comercial vigentes, pero substituyó el concepto de comerciante por el de empresario;

5ª) Conforme a la opinión de los juristas italianos, la unificación legislativa realizada, no ha conducido a la eliminación de la disciplina jurídica mercantil, sino a su generalización o extensión a las relaciones civiles patrimoniales;

6ª) La unificación en el Derecho italiano difiere notablemente de lo realizado en el Derecho Suizo. En el primero prevaleció el propósito de la reunión de la materia civil y la comercial sobre bases económicas y políticas, con la incorporación del contrato de empresa. En el Derecho suizo, la idea directriz no se apartó del régimen tradicional de las leyes civiles, para llegar a la conveniencia empírica de la unificación anhelada.

b) Cerrado el debate doctrinario, se pasó a la votación que dio por resultado la resolución adoptada por la Comisión Nacional de Codificación de fecha 27 de septiembre de 1959. La misma dispuso aprobar la unificación de los Códigos de Derecho privado intero civil y comercial, en materia de obligaciones y contratos, excluyendo los que derivan de la navegación fluvial y marítima.

-6-

**ABSORCIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL MERCANTIL
POR EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. EXCLUSIÓN.**

La unificación de las dos ramas principales de nuestro Derecho privado interno civil y comercial, en materia de obligaciones y contratos ha producido por lógica consecuencia: la absorción del derecho contractual mercantil por el Código Civil Paraguayo promulgado, con exclusión de las obligaciones y los contratos que derivan de la navegación fluvial y marítima.

El nuevo Código civil promulgado contiene en su Libro tercero, la normatividad dedicada a los contratos en general y particular, como hontanar más fecundo de las obligaciones.

En aras de la unificación legislativa adoptada, el Código Civil predicho disciplina primeramente los contratos civiles nominados y

LA UNIFICACIÓN DE LOS DERECHOS CIVIL Y COMERCIAL,
COMO RAMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO INTERNO, ...

tradicionales de origen romano-francés, propios del individualismo de la economía liberal. A continuación, regula los contratos mercantiles, incorporando las figuras contractuales más complejas de la economía moderna, organizada de acuerdo con el principio intervencionista del Estado, representante genuino de los intereses generales.

La delimitación del ámbito personal y material de validez del Código de comercio vigente, ha quedado enormemente reducida. De sus 1548 artículos distribuidos en cuatro libros, precedidos de un título preliminar, solo subsiste el libro tercero dedicado a los derechos y obligaciones que resultan de la navegación fluvial y marítima, los demás libros quedaron abrogados, siendo substituídos por otros ordenamientos normativos jurídicos.

-7-

**LA UNIFICACIÓN LEGISLATIVA PROMULGADA,
HA ERIGIDO AL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO EN LA
COLUMNA VERTEBRAL DE NUESTRO DERECHO
PRIVADO POSITIVO INTERNO.**

La promulgación del Código Civil Paraguayo que tendrá positividad y vigencia desde el próximo año 1987, ha erigido a nuestro Derecho Civil en la columna vertebral de las ramas que integran el Derecho Privado interno nacional.

Cumplirá en tal concepto, una función supletoria amplísima, respecto de las ramas jurídicas mencionadas, para colmar los vacíos o lagunas existentes en ellas.

De este modo, los principios y normas del nuevo Código Civil, han de adquirir amplia significación reguladora en beneficio del complejo social.

UNIFICACIÓN DE LA JUSTICIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL.

Es un principio dogmático en el consenso general de los tratadistas que, el Derecho procesal debe seguir al substancial como la sombra al cuerpo.

Desde el 1° de enero de 1987 en que el Código Civil Paraguayo promulgado, tendrá vigencia plenaria, ya no se hará distinción dentro del territorio nacional entre pagaré civil y comercial, contrato nominado de compra-venta civil y comercial, fianza civil y comercial, etc.

La función de hacer cumplir y garantizar el Derecho cuando no es acatado voluntariamente, está atribuída al Estado por intermedio de sus órganos jurisdiccionales. El Estado dicta el Derecho e impone su cumplimiento. La legislación y la jurisdicción son los dos momentos de su actividad jurídica.

La organización del Poder Judicial y las reglas del proceso, constituyen la ontología de una disciplina jurídica, denominada por algunos tratadistas Derecho judiciario o Derecho Judicial. Pero la denominación más generalmente aceptada es la de Derecho procesal. Lo define el profesor Hugo Alsina de este modo: “Es el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado, para la aplicación de las leyes de fondo”. Su estudio comprende la organización del Poder Judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del juez y las partes en la substanciación del proceso.

Cabe destacar que la tendencia doctrinaria moderna en esta rama de la Ciencia Jurídica, es separar la organización del proceso, para hacer de la primera una legislación autónoma. De este modo se elaboran leyes especiales denominadas orgánicas del Poder Judicial y estructuran Códigos procesales de diversos matices que regulan la

LA UNIFICACIÓN DE LOS DERECHOS CIVIL Y COMERCIAL,
COMO RAMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO INTERNO, ...

actuación del juez y las partes en la substanciación del proceso, conforme a la naturaleza de este.

Las tres nociones fundamentales del Derecho procesal son: la jurisdicción, la acción y el proceso.

La unificación interna y externa del Derecho privado en sus ramas principales civil y comercial, de acuerdo con la dogmática seguida por el Código Civil Paraguayo promulgado, ha influido en algunos aspectos ontológicos de la legislación nacional vigente judicial y procedimental.

Así, para la unificación de la justicia en lo civil y comercial, deben establecerse los órganos jurisdiccionales del Estado, simples y complejos del modo siguiente: primera instancia, jueces de Derecho común; segunda instancia tribunales de apelación de Derecho común, integrados con tres miembros y divididos en salas.

LA IDEA DEL DERECHO ES LA JUSTICIA. NO SE CONCEBE UN ORDENAMIENTO NORMATIVO, JURÍDICO, SIN AXIOLOGÍA.



La Sucesión Intestada en el nuevo Código Civil Paraguayo

Dr. Miguel Ángel Bestard¹

La Sucesión Intestada, Código Civil, se halla regulada desde el artículo 2574 hasta el 2596 del flamante cuerpo Legal. De la lectura y análisis de dichos artículos, se observan algunas incongruencias, colisiones legales y omisiones que, aunque no sean de fundamental importancia, pueden en el futuro ser motivo de pleitos y controversias.

El nuevo Código mantiene la denominación de “Sucesión Intestada” conservando la de Vélez Sarsfield y la del Anteproyecto De Gásperi. Muchos Códigos han adoptado la denominación de Sucesión Ab-Intestato o Sucesión Legal. La primera significa lo mismo, pero en latín, en cuanto a la segunda, “sucesión legal” puede crear confusión, pues si bien ese concepto se refiere a la sucesión derivada de la ley o que ella asigna a falta de testamento, podría interpretarse, por “contrario sensu” que la sucesión testamentaria es “ilegal”.

Comprendemos perfectamente que tanto el ilustre anteproyec-tista Luis De Gásperi como los integrantes de la Comisión Nacional de Codificación se han encontrado en una difícil disyuntiva. Por una parte, no era posible ya redactar un anteproyecto basado en los obsoletos principios de los tiempos de Dalmacio Vélez Sarsfield, Tristán Narvaja o Andrés Bello. Por la otra redactar, un código “ultra moderno” y desprejuiciado, sería un suicidio social.

Si bien es cierto que resultaba doloroso que los paraguayos hayamos sido, hasta ahora, los únicos sudamericanos que no teníamos

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 14- 1986.

nuestro Código Civil propio, no es menos cierto que estos tiempos en que vivimos son difíciles para legislar.

La Ley es la expresión y refleja la imagen de una sociedad de un momento determinado. Es muy posible que cuando el maestro Vélez Sársfield compiló su Código, o cuando Tristan Narvaja perfeccionó el de Eduardo Acevedo en el Uruguay, la sociedad rioplatense del siglo pasado haya sido más serena y estable que la paraguaya actual. Nuestra sociedad vive un momento de confusión y desconcierto. Existen dos generaciones prácticamente en colisión. La clase dominante de la sociedad paraguaya, impactada fuertemente por el progreso material, se parece, en cierto modo, a la venezolana de la época en que se encontró petróleo. El anteproyectista y los Miembros de la Comisión Nacional de Codificación se encuentran, por un lado, con una realidad, con los problemas de una nueva generación “post Itaipú” integrada por sus propios hijos, y por el otro, con la imperiosa necesidad de conservar los valores espirituales y morales de la sociedad en la que se formaron.

La nueva generación de los jóvenes paraguayos, tal vez requiera un Código similar al mejicano, al guatemalteco o al peruano, o sea, un Código “moderno”, donde se establezca el divorcio absoluto, la total equiparación entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, el reconocimiento de los derechos sucesorios de la concubina o “compañera”, como la llama el Código de México, en fin, todo lo que ahora se conviene en llamar derecho moderno y de acorde con una realidad social.

Por otra parte, la generación integrada por quienes legislan, tienen conciencia de la responsabilidad que pesa sobre sus espaldas. No puede tirarse todo por la borda. No puede “prostituirse así la sociedad”, no puede permitirse el libertinaje y la destrucción de la familia legítima, “base de la sociedad”. Hay que reconocer las necesidades actuales, pero sin deteriorar nuestro “ser social”. Es cierto que un matrimonio de cónyuges incompatibles no puede perdurar, pero también es cierto que permitir el divorcio absoluto disolvente del vínculo sería abrir las puertas al fin de una era.

LA SUCESIÓN INTESTADA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

Dentro de esa encrucijada, y en lo que a Derecho Hereditario se refiere, podemos pensar que los legisladores han cumplido con su cometido. Han logrado elaborar trabajosamente un Código de transición susceptible, lógicamente, de recibir reformas modernistas, y por sobre todo, han dotado a la ciudadanía de un Código Civil, cosa que ya era una necesidad psicológica. Nuestro Código da el gusto y el disgusto a todos los estratos sociales; las madres solteras estarán felices porque sus hijos ya no son parias, las esposas están felices porque no se consagra el divorcio absoluto y el hijo extramatrimonial sigue siendo inferior al suyo. La concubina está feliz con que se le reconozca su porción ganancial en los bienes obtenidos durante la vida en común con su compañero, aunque no tenga el derecho a heredarlo. En resumen, el nuevo Código Civil paraguayo es la expresión jurídica de lo que constituye la sociedad paraguaya en las dos últimas décadas del siglo XX.

En cierto modo, los códigos propios, para las Naciones jóvenes, mas que nada, constituyen una necesidad equiparable a un himno o una bandera. Esto no debe hacernos olvidar que la Ley está para hacer posible nuestra convivencia social y que es antes que nada, el medio indispensable para llegar a la justicia. Existe un principio absoluto que dice que de nada sirven las leyes perfectas cuando los hombres que la aplican son injustos y por ende, las peores leyes no son tan nocivas cuando los jueces son hombres de bien. Los paraguayos somos conscientes que necesitábamos un Código. Hemos decidido tener un Código propio, contribuyamos, pues, todos, a que sus artículos nos acerquen lo más posible a lo justo.

SITUACIÓN DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

Uno de los cambios más notorios en la sucesión intestada regulada por el nuevo Código es la que guarda relación con el hijo extramatrimonial. La situación de dicho heredero ha mejorado ostensiblemente con respecto al Código de Vélez Sársfield y puede asegurarse, sin temor a equívocos, que el hijo extramatrimonial, en el Código Ci-

vil paraguayo, se halla más protegido que en el actual Código argentino, que en el Anteproyecto de Bibiloni, que en el de 1936 e inclusive que en el Anteproyecto De Gásperi.

Sin llegar a ser lo que el vástago extramatrimonial constituye en los Códigos boliviano, peruano, guatemalteco o mejicano, en los cuales su equiparación con el matrimonial es total y absoluta, el “status” del extramatrimonial en el Paraguay es, repetimos, muy superior al que tiene con el Código que nos rige hasta hoy. Su capacidad hereditaria se halla condicionada, como veremos más adelante, en su concurrencia con el hijo legítimo y el cónyuge en cuanto guarda relación con los bienes gananciales y en la limitación del grado de heredabilidad en la línea recta descendente y ascendente. Sin embargo, en el orden de llamamiento, ahora se halla en el primero.

Herencia de los hijos “extramatrimoniales”

Largo ha sido el camino que debió seguir el hijo extramatrimonial para llegar a ser heredero. Conviene, antes que nada, aclarar que los hijos, en cuanto a su “origen”, se pueden dividir en “matrimoniales” y “extramatrimoniales”. Los primeros son los habidos dentro del matrimonio. Por ende, los otros, son los habidos fuera. Estos, se agrupan esencialmente en cuatro grandes subdivisiones: naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos. Existen otros grupos que ya han desaparecido de la legislación positiva moderna, como también han desaparecido desde ya hace algún tiempo los “sacrílegos”. Los incestuosos son muy difíciles de encontrar, pues en la práctica, pasan casi siempre como putativos. El problema se circunscribe en impartir justicia no solamente a los naturales sino también a los adulterinos.

Los hijos naturales ya eran herederos desde hace muchos años, y así lo reconocieron Vélez Sársfield y otros Codificadores de su época. Las diversas legislaciones solamente diferían en la porción de su hijuela y en otros detalles, como por ejemplo, su alcance dentro del derecho de representación. El acceso del hijo extramatrimonial al derecho sucesorio, ha seguido un camino mucho más accidentado. El antiguo principio francés “los bastardos no heredan” fue sostenido

firmemente por Vélez Sársfield que diferenció el hijo natural del hijo extramarimonial, clase esta, repetimos, integrada por hijos adulterinos, el incestuoso y el sacrílego. Juan Antonio Bibolini, en su Anteproyecto para la República Argentina, (pág. 379), aconseja la inclusión de lo que llamó “hijo ilegítimo”, movido más bien por un problema de hecho ante la enorme cantidad de hijos nacidos de “segundas” nupcias luego de la pseudodisolución de los matrimonios en el extranjero. El Proyecto de 1936 elaborado en la Argentina por una Comisión de eminentes juristas, entre los cuales están Héctor Laffaille, Raimundo M. Salvat, Juan Carlos Rébora, entre otros, estableció en su artículo 2004 que “los hijos adulterinos e incestuosos, voluntariamente reconocidos por sus padres en instrumento público o privado, o por testamento, gozan de los derechos hereditarios conferidos a los hijos naturales”.

El Anteproyecto De Gásperi tomó la idea y en el Capítulo IV del Libro IV desde el Art. 3297 en adelante, estableció la capacidad hereditaria del hijo extramatrimonial que él llamó como Bibolini, “ilegítimo”. Creemos que el término “extramatrimonial” es más correcto, y sobre, todo, más humano que el de “ilegítimo” que pareciera referirse a un hijo que está fuera de la ley, cuando, en realidad, ahora ya no lo está. Es un término denigrante y ofensivo que la mayoría de los Códigos latinoamericanos, con excepción del brasileño, han desechado. Nuestro nuevo Código Civil adopta correctamente los términos “matrimonial” y “extramatrimonial”. Guillermo Borda ha dicho (Tratado de Derecho Civil Argentino, T. II, pág. 69) que no puede utilizarse la palabra “extramatrimonial” cuando se hace referencia a parientes que no son los hijos. Carece, según Borda, de sentido la frase “padres extramatrimoniales”, “abuelos extramatrimoniales”, “hermanos extramatrimoniales”, etc. Goyena Copello (Tratado de Derecho de Sucesión, T. II, pág. 591), dice que no es así “por la sencilla razón de que por medio de la denominación se hace referencia a que el nexo parentelar que une a ambos (los parientes) proviene de una unión fuera del matrimonio”. Nuestro Código simplifica las cosas acertadamente denominando hijos, padres, hermanos y abuelos ma-

trimoniales o extramatrimoniales. Haciendo un poco de derecho comparado, diremos, al hacer referencia a este tipo de filiación, que el Código argentino la denomina “extramatrimonial”, igual que el del Perú, el Código de Familia boliviano, el mejicano y el guatemalteco. Los Códigos de Uruguay, Chile, Venezuela y Colombia, reducen la capacidad hereditaria solamente a los hijos naturales.

Nuestro gran jurista compatriota, Luis De Gásperi, adelantándose a los tiempos y tal vez incursionando audazmente en momento en que imperaba una sociedad más conservadora, insertó, repetimos, la familia extramatrimonial, en el orden de llamamiento de su Anteproyecto. Pero no la insertó en el lugar donde ya estaba, a la sazón, en otros Códigos modernos, sino que la ubicó en un cuarto orden: “Art. 3297: Si el difunto no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, ni viudo o viuda, le heredarán en su totalidad sus hijos ilegítimos legalmente reconocidos”. Es decir, estaban por detrás de los matrimoniales, del cónyuge supérstite y de los ascendientes pero antes de los colaterales. Un nuevo orden hereditario.

El nuevo Código, en concreto, prácticamente ubica en un plan general de igualdad al hijo extramatrimonial con las siguientes restricciones:

1º) El pariente extramatrimonial tiene restringido su derecho de representación en la línea descendente hasta el 4º grado.

2º) En los bienes gananciales del causante, el hijo extramatrimonial debe conceder a la cónyuge, el 25% de su hijuela. Igual cosa pasa en la línea ascendente con los parientes extramatrimoniales.

Asimismo, el nuevo Código Civil paraguayo, en relación siempre al hijo extramatrimonial sobre el cual estamos tratando, modifica al Código Vélez mejorando la situación del hijo extramatrimonial, en los siguientes casos;

1) Desaparece la célebre prohibición de la “promiscuidad del vínculo” (Art. 3582), origen de tantos conflictos, que impedía que el hijo extramatrimonial pueda representar, aunque permitía que

pueda ser representado, lo cual significaba una tremenda injusticia. En este aspecto, nuestros codificadores se adelantan a los argentinos, que, aún con la audacia de Guillermo Borda, no se atrevieron a violentar el célebre principio de que no debe mezclarse a la “familia legítima con la natural” (Art. 365 del Código Vélez).

2) Inserta al hijo extramatrimonial en el primer orden sucesorio compartiendo la herencia con el matrimonial y el cónyuge, excluyendo a los parientes del segundo orden: ascendientes, matrimoniales o extramatrimoniales en concurrencia con cónyuge, con los cuales compartían la herencia a falta de los del primer orden en el Código Vélez y siguen así hasta hoy día en la Argentina.

3) Aumenta la hijuela del extramatrimonial en concurrencia con el matrimonial en la mitad de los bienes que corresponden a este último en los bienes propios del causante.

4) Por sobre todas las cosas, incluye en el concepto “extramatrimonial” a los hijos adulterinos o incestuosos, como ya lo hizo la legislación argentina años antes a través de leyes modificatorias del Código Vélez.

El hijo extramatrimonial y el Derecho de Representación

En materia de Derecho de Representación, nuestra legislación positiva impedía hasta hoy la herencia del sobrino natural, la del nieto natural, la de los medio hermanos, uno hijo natural y el otro legítimo, etc. Todo esto porque el hijo natural puede ser representado, pero no representante. Esta injusticia, hoy reparada por nuestro Código se debe a dos artículos del Código Vélez, que no hizo otra cosa que tomar la corriente de la época, derivada de García Goyena. El Art. 3582 expresa: “El hijo natural nunca hereda a los, abuelos naturales ni a los hijos y parientes legítimos del padre o madre que lo reconoció. ...”. El Art. 365 en concordancia con el anterior expresa: “Los parientes ilegítimos no hacen parte de la familia de los parientes legítimos...” Se ha pretendido, al establecer una valla entre la familia legítima y la natural, a decir de Lafaille, evitar la promoción de

enojosos pleitos donde tengan que ahondarse las pasiones debido a las diferencias de vínculos en una misma familia. No obstante, la legislación de avanzada ha venido tendiendo hacia su eliminación y casi puede asegurarse que hoy día existe únicamente en el Código Vélez, que la conservó superando las dos modificaciones sufridas.

Tan fuertemente insertado en la legislación positiva argentina está este principio, denominado por los tratadistas “la homogeneidad del vínculo”, que ni el Anteproyecto Bibiloni ni el Proyecto de 1936, ni el Anteproyecto Llambías de 1954 lo suprime. Sin embargo, Luis De Gásperi lo hace expresamente (Art. 3301) la Comisión Nacional de Codificación aceptó la idea del proyectista y de esa forma nuestro Código, en este aspecto, se ha puesto a la altura de los más modernos al eliminar una obsoleta injusticia.

Otro detalle que guarda relación con la situación del hijo extramatrimonial y el derecho de representación en el nuevo Código, es el que se halla consignado en el último párrafo del Art. 2582. Dicho artículo dice textualmente: “En todos los casos en que la representación es admitida la partición se hace por estirpes, sean del mismo o de diferentes grados los herederos. Si una estirpe produce varias ramas, la subdivisión se hace también por estirpes en cada rama, y los miembros de la misma rama se dividen entre ellos por cabeza. El derecho de representación en la familia extramatrimonial se limita al cuarto grado en la línea descendente y en la colateral”.

La limitación de la herencia en la línea descendente es algo nuevo y sin precedente en legislación alguna. Si bien es cierto que no acarreará perjuicios en la práctica, su inclusión en el cuerpo legal resulta perjudicial al quebrar la armonía de la obra. Las siguientes razones fundamentan nuestro modo de pensar al respecto:

a) Biológicamente es casi imposible que coexistan parientes separados por cinco generaciones en línea recta. Supongamos que cada uno de los integrantes de cada generación tenga un hijo a los veinte años de edad, lo cual de por sí ya es muy poco probable. En ese caso tendremos el siguiente ejemplo: A tiene un hijo a los 20 años; B; este,

a su vez, tiene el suyo también al cumplir 20 años: C (nieto de A). Veinte años después nace D, hijo de C y bisnieto de A. Al cumplir veinte años, nace F, hijo de D y tataranieto de A. Por último, y nuevamente luego de veinte años nace G, hijo de F y descendiente extramatrimonial en quinto grado en relación a A. La Ley impide que G herede a A porque está en el quinto grado, pero A tiene ya 100 años. Es prácticamente imposible que haya seguido viviendo, más aún, si tenemos en cuenta que el término 20 años entre cada generación es muy reducido. En otras palabras, las leyes biológicas y no otras, ponen el límite natural en la línea recta, ya sea descendente o ascendente. Ese ha sido el criterio por el cual en todas las legislaciones se ha considerado innecesario limitar la herencia en la línea recta.

b) Agrava aún más la situación el hecho de que esta limitación se aplique solamente al hijo extramatrimonial y no al matrimonial, porque, aunque, como hemos visto, en la práctica, carecerá prácticamente de aplicación, desde el punto de vista doctrinario establece una desigualdad que a más de innecesaria resulta desagradable.

El hijo extramatrimonial y los ascendientes

En el nuevo Código, otra mejora de la situación del hijo extramatrimonial consiste en que, al pasar a integrar el primer orden sucesorio, en igualdad de condiciones con el matrimonial, ya excluye a los ascendientes, que lo están en el segundo. Pero esto lo veremos más adelante al estudiar el orden de llamamiento.

El hijo extramatrimonial y los bienes de su padre

Las disposiciones del nuevo Código en este aspecto, constituyen una excepción al principio de que en el derecho sucesorio no se tiene en cuenta el origen de los bienes. Ya en el Código Vélez se hacía lo mismo. En el Art. 2591 se da distinto destino a los bienes ya sean propios o gananciales del causante, según sea el heredero hijo matrimonial o extramatrimonial. Dice dicho artículo: “Los hijos y descendientes extramatrimoniales tendrán el mismo derecho hereditario que los matrimoniales sobre los bienes propios del causante”. “Con

respecto a los bienes gananciales, recibirán la mitad de lo que corresponda a los hijos matrimoniales”. “Si aquellos concurrieren con el cónyuge supérstite y no hubiere hijos matrimoniales, les corresponderá el total del haber hereditario de gananciales, con deducción del veinticinco por ciento asignado al cónyuge sobreviviente como beneficio”.

En los bienes propios del causante, hijo matrimonial, extramatrimonial y cónyuge, heredan por partes iguales. Recuérdese que en el Código Vélez heredan la cuarta parte, aún hoy, con la reforma Borda. Coincide nuestro Código en la adjudicación de igual hijuela con el Anteproyecto Bibiloni, el Proyecto argentino de 1936 y el Anteproyecto De Gásperi.

En cuanto a los bienes gananciales el sistema resulta novedoso y contemporizador. El hijo extramatrimonial hereda la mitad que el legítimo en concurrencia con este. En concurrencia con la cónyuge supérstite del causante, y si no existen hijos matrimoniales, aquella, además de la mitad del total que recibe a título de socia de la comunidad conyugal, y un veinticinco por ciento de la otra mitad “como beneficio”. En otras palabras, de la totalidad, el 75% para la cónyuge y el 25% para los hijos extramatrimoniales. En la exposición de motivos se explica la razón de ser de esta forma de distribución: “En la formación de los bienes gananciales la cooperación de la familia es su característica resaltante”. “Como el hijo extramatrimonial, por lo general, no integra la familia legítima del actor, por razones de justicia económica y no por discriminación de calidad filial, se establece la herencia de 1/2 a favor de los hijos extramatrimoniales con relación a los nacidos de matrimonio”. Aunque la citada exposición de motivos no dice expresamente el porqué del 25% de los gananciales al cónyuge, cuando concurre con este, no es difícil deducir que debe ser por las mismas razones.

EL ORDEN DE LLAMAMIENTO

El orden en las sucesiones intestadas se halla legislado en el Capítulo III del Título V desde los Arts. 2583 hasta el 2596 inclusive.

LA SUCESIÓN INTESADA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

En general, las intenciones de los legisladores están expuestas en forma clara y sencilla. Algunas veces se enuncian cuestiones que resultan a primera vista, obvias y que al aparecer son innecesarias. Ejemplos: Art. 2593: “El hermano extramatrimonial hereda al hermano matrimonial...” Al no prohibirse esa herencia, como lo hacía el Código anterior (Art. 3582) el silencio ya estaría indicando que está permitido, porque en derecho privado, como se sabe, lo prohibido debe decirse expresamente. No obstante, en este caso puede aceptarse que “lo que abunda no daña”, más aún si se tiene en cuenta que precisamente esos puntos han sido motivo de frecuentes pleitos con el Código Vélez. También así procedió De Gásperi en su Anteproyecto. El Código Civil chileno, por ejemplo, más que Código, es tan detallista que parece un texto de Derecho Sucesorio.

El nuevo Código sigue el sistema tradicional del orden de llamamiento de Vélez Sársfield, pero la novedad principal constituye la inclusión definitiva de los descendientes extramatrimoniales en el primer orden, de tal manera que concurren con los matrimoniales y el cónyuge y excluyen a los ascendientes y a los colaterales. La otra novedad es la inclusión, a veces expresa y a veces tácitamente, de nuevos herederos: el yerno viudo, la nuera viuda, el adoptante, los nietos, bisnietos y tataranietos extramatrimoniales; los abuelos, bisabuelos y tatarabuelos extramatrimoniales, los hermanos de un solo vínculo y los colaterales extramatrimoniales hasta el 4º grado, una vez que se enmienda una omisión.

Como se ve son muchos los parientes que pasan a engrosar la nómina de herederos, compensando así el número de los que quedaron afuera al limitarse la herencia hasta el 4º grado.

El orden, en definitivas, queda establecido de la siguiente forma:

- 1er. orden: hijos y cónyuge.
- 2do. orden: ascendientes y cónyuge.
- 3er. orden: cónyuge.

4to. orden: hermanos y sus descendientes.

5to. orden: otros colaterales hasta el 4° grado (omitidos en el texto por error meramente dactilografico).

Hijos y Cónyuge

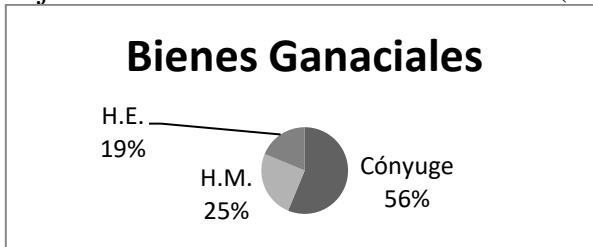
El Art. 2583 establece que “Los hijos del autor de la sucesión heredan en partes iguales, sobre los bienes propios”, Debe entenderse que al hablar de “hijos” se refiere a hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Está en concordancia este Art. con 2586 inc. a) que al hacer alusión al cónyuge supérstite estipula que hereda “igual al que corresponde cada uno de los hijos del autor que concurren con él”.

De manera que, concurriendo un hijo matrimonial, otro extramatrimonial y el cónyuge, de ser los bienes propios del causante, deben partirse en tres porciones iguales.

Si los bienes son gananciales el cónyuge no hereda, sino que retira la mitad correspondiente a su parte en la comunidad conyugal. La otra mitad se reparten los hijos por partes iguales, si son matrimoniales. En caso de que un hijo sea matrimonial y el otro extramatrimonial y concurren con el cónyuge los bienes se reparten de esta manera:

(Supongamos que los bienes ascienden a G 6.000.000; Cónyuge supérstite: 3.000.000 su parte en la sociedad conyugal+ 25 % benef. del extramatrimonial 375.000 3.375.000 (56.25%)

Hijo matrimonial	1.500.000 (25%)
Hijo extramatrimonial	1.125.000 (18.75%)



No está demás recordar que los hijos, matrimonial y extramatrimonial pueden ser representados por sus descendientes. No así el cónyuge supérstite, a cuyo favor no existe el derecho de representación. (Nos referimos al caso de que el supérstite tenga hijos habidos de otro matrimonio).

Ascendientes y cónyuge

Dice el Art. 2584: “A falta de descendientes heredan los ascendientes, sin perjuicio de los derechos del cónyuge supérstite”. El siguiente, el 2585 aclara que “si el causante dejare padre y madre, lo heredan por partes iguales, y si solo hubiere uno de ellos, recibirá toda la herencia”. “En defecto de padre y madre, sucederán los ascendientes más próximos en grado, por igual parte, aunque fueren de distintas líneas”.

Estos artículos reparan una injusticia del Código Vélez en cuanto a la hijuela del cónyuge cuando concurre con ascendientes de 2° o 3° con respecto al causante, es decir, abuelos y bisabuelos. El Código Vélez establece que siempre se hereda por cabeza, es decir, que en el caso en que vivan los cuatro abuelos y el cónyuge, este hereda la quinta parte, mientras que con nuestro nuevo Código hereda la mitad y la otra se divide en cuatro partes entre los cuatro abuelos. Esta sensible mejora se consagra en el inciso c) del Art. 2586.

Debe tenerse en cuenta que la sucesión entre abuelos y nietos con el nuevo Código se produce plenamente, es decir, sin tenerse ya en cuenta la filiación matrimonial o extramatrimonial, pues como ya se ha dicho hasta el hartazgo, ha desaparecido el famoso impedimento de la “promiscuidad del vínculo”.

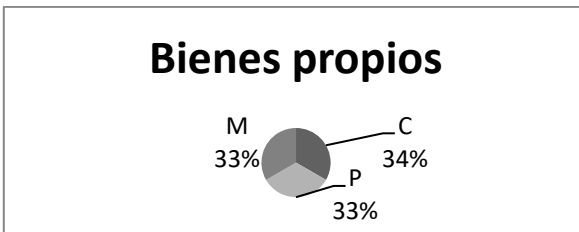
El último párrafo del Art. 2585 establece que “La vocación hereditaria en la línea ascendente, matrimonial o extramatrimonial, solo llega hasta el cuarto grado”. Esta limitación, además de ser algo sin precedentes en la legislación internacional, es innecesaria, porque como ya lo dijimos anteriormente, en la línea recta, las leyes biológicas, de hecho, ponen límite natural a la herencia. Por otra parte,

el quebrantamiento del principio de la reciprocidad produce una anomalía porque el hijo del bisnieto, en la familia matrimonial no puede heredar al padre de su tatarabuelo (pero este puede heredar a su chozno, siendo ambos parientes en quinto grado).

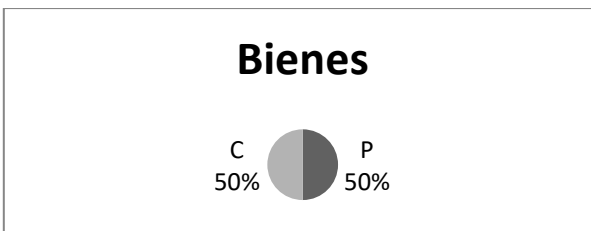
Compaginando los artículos de las Secciones II y III, o sea las que legislan la sucesión de los ascendientes y del cónyuge, respectivamente, debemos diferenciar los diversos casos que pueden presentarse, teniendo en cuenta la circunstancia de que los bienes dejados por el causante sean propios o gananciales y dentro de estos últimos, si los ascendientes son matrimoniales o extramatrimoniales.

Bienes propios

Padre, Madre y Cónyuge

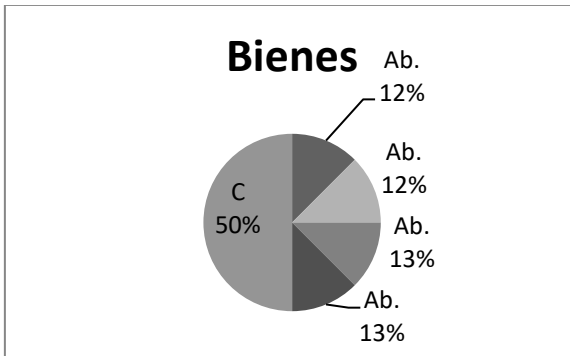


Cónyuge y padre



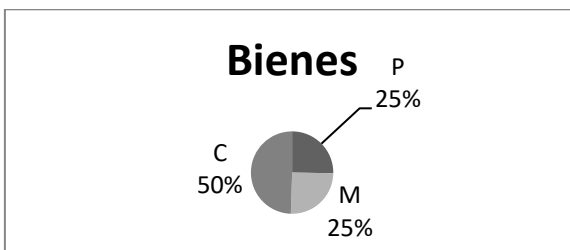
Cónyuge y abuelos (paternos y maternos)

LA SUCESIÓN INTESADA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

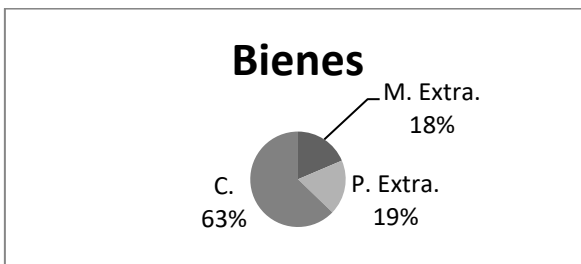


BIENES GANANCIALES

Cónyuge y padre y madre matrimonial



Cónyuge y padre y madre extramatrimonial



Sucesión del cónyuge

El cónyuge es el único integrante del tercer orden hereditario. Concorre solo a la herencia cuando no existen descendientes o ascendientes o si estos son extramatrimoniales de 5° grado (Art. 2582) en

el primer orden, o matrimoniales o extramatrimoniales también del 5° grado en el segundo orden (Art. 2585). Demás está decir que el cónyuge excluye a los hermanos y sus descendientes y a los demás colaterales.

El Art. 2589 crea dos nuevos herederos: el yerno viudo y la nuera viuda, novedosa figura jurídica de la cual nos ocuparemos más adelante.

Sucesión de los hermanos

El cuarto orden de llamamiento está integrado por los hermanos del causante. Dice el Art. 2592: “No habiendo descendientes, ascendientes ni cónyuge, heredarán los hermanos, y en representación de estos, sus descendientes hasta el cuarto grado inclusive, de acuerdo con las reglas de la representación”. “Los hermanos matrimoniales o extramatrimoniales que solo sean del mismo padre o de la misma madre, heredan la mitad de lo que corresponde a los hermanos de doble vínculo”.

Sigue pues, nuestro nuevo Código el principio tradicional que ha orientado a casi todos los cuerpos legales originarios del Derecho Napoleónico: “El afecto desciende, asciende y finalmente se esparce a los costados”. Al basarse nuestro orden de llamamiento en la afección presunta del causante, esta debe medirse y así se establece el orden: descendientes-ascendientes y colaterales.

Disminuye el nuevo Código el límite de la herencia hasta el cuarto grado siguiendo la tendencia moderna basada en el hecho de que en los tiempos modernos la familia es más reducida en cuanto al afecto y a trato constante. Es de hacer notar que el Código chileno es el único, sin contar con el de Vélez, que sigue manteniendo el sexto grado como límite. A través de esta modificación, son excluidos, en la línea colateral los siguientes, parientes del causante (ver gráfico): el sobrino bisnieto el sobrino tataranieto, el hijo del primo hermano, el nieto del primo hermano, el tío segundo y el primo hermano, el primo del bisabuelo, el sobrino del bisabuelo y el hermano del tatarabuelo.

LA SUCESIÓN INTESADA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

Esta especie de trabalenguas rayano en lo cómico, no hace sino demostrar lo obsoleto del sistema que impera en nuestro derecho positivo, y que increíblemente mantuvo De Gásperi, siguiendo a Bibiloni y al Proyecto de 1938, los cuales no proponían la reducción como lo hizo finalmente la modificación de 1986, en la legislación positiva argentina.

Corrige también el nuevo cuerpo legal, siguiendo a De Gásperi y este a Bibiloni y al Proyecto de 1936, la antigua injusticia del Código Vélez, plasmada en el Art. 3586, a través del cual el medio hermano era excluido por el de doble vínculo. La lógica nos dice que el medio hermano que concurre con el de doble vínculo, o bínubo, debe heredar al hermano muerto retirando -la mitad y no ser excluido. Todo esto, aunque parezcamos reiterativos, sin tener en cuenta la filiación matrimonial o extramatrimonial.

El Art. 2593 que dice: “El hermano extramatrimonial hereda al hermano matrimonial, cuando no concurren descendientes, ascendientes ni cónyuge del causante etc., etc.”, parece innecesario, pues, desde el momento en que desaparece el impedimento (Art. 3582 Código Vélez) para que esto ocurra, no diciendo nada los efectos serían los mismos. No obstante, nos explicamos la razón de su inserción, pues este ha sido el punto neurálgico de grandes conflictos jurídicos en nuestro país y en la Argentina. (Sucesión Schenoni, sucesión Teodosio González, etc.). Es pues, razonable la expresa declaración. En esta materia, observamos dos estilos distintos en lo que a redacción de Códigos se refiere: uno, parco, concreto, escribiendo exclusivamente lo necesario (Código suizo, alemán, peruano, guatemalteco) y otro, excesivamente detallista y explicativo (chileno). El nuevo Código, a nuestro parecer, sigue una corriente intermedia.

La grave omisión: los demás parientes colaterales

Omite el nuevo Código el quinto orden de llamamiento “in totum”. O sea, son excluidos de la sucesión del causante los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado. No heredarán pues, si no se

corrige este error, el tío, el primo hermano y el tío abuelo (ver gráfico). Nos ha expresado el eminente profesor Miguel Angel Pangrazio, que asistió muy de cerca a la redacción del Libro V, que esta omisión constituye un error dactilográfico y estamos seguros que es así, pues las fuentes de nuestro nuevo cuerpo legal, De Gásperi y Bibilori - Arts. 3307 y 3160, respectivamente- incluyen expresamente a estos parientes, como todos los Códigos de Sudamérica con excepción del colombiano. Debe, pues, promoverse este mismo año, la sanción de una Ley que enmienda esta omisión, pudiendo, a ese efecto redactarse lo siguiente: “Art. 2592 bis: Si en el caso del artículo anterior no existiesen hermanos o descendientes de ellos, heredarán al causante sus cólaterales más próximos en grados hasta el cuarto inclusive”. Se entiende que en este orden de llamamiento no existe la representación ni el beneficio del doble vínculo.

Nuevos herederos: yerno, nuera y adoptante

El Art. 2589 expresa: “El cónyuge que permaneciere viudo y no tuviere hijos, o que si los tuvo, no sobrevivieren al tiempo en que se abrió la sucesión de sus suegros, tendrá derecho a la tercera parte de los bienes que hubieren correspondido al otro cónyuge en dichas sucesiones”.

El artículo constituye toda una novedad y es seguro que motivará en el futuro profundos estudios doctrinarios, así como tema para el intercambio de opiniones entre juristas. Dicho artículo está basado en el que lleva el número 3296 del Anteproyecto De Gásperi con las siguientes diferencias:

- a) incluye al yerno, a más de la nuera;
- b) elimina los impedimentos del Anteproyecto que impedían que el derecho pueda ser invocado cuando la viuda contrajo matrimonio con su difunto marido “in extremis”, o hayan estado en vida matrimonial separados por sentencia judicial o de hecho sin voluntad de unirse;

LA SUCESIÓN INTESADA EN EL
NUEVO CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

c) le adjudica una tercera y no solo una cuarta parte de lo que correspondería a su marido.

Indagando el origen de este singular principio jurídico, encontramos antecedentes en un proyecto de Código italiano que no llegó a convertirse en legislación positiva. El hecho está citado por el jurista Vittorio Polacco en su estudio sobre el Derecho Sucesorio italiano y hace relación a la herencia de los yernos y de los suegros. Pero el antecedente que inspiró a De Gásperi fue el Proyecto argentino de 1936 que incluyó el principio en el Art. 2001 de la obra, a instancia del Maestro Héctor Laffaille, testigo, según se cuenta, de un caso de tremenda injusticia, en que una viuda indigente cuidó a su suegro hasta el último minuto de la vida de él, y por no testar este, sus bienes pasaron al Estado.

La modificación, introducida en el año 1968 al Código Vélez por el Dr. Guillermo Borda, convirtió el principio en legislación positiva agregando un elemento: la necesidad de que la viuda no haya tenido una notoria inconducta moral.

Nuestro nuevo Código recoge pues el principio con las diferencias que ya mencionamos “ut stupra” y sin la condición de la buena conducta de la viuda.

El caso es actualmente motivo de profundos estudios en la República Argentina y lo será más aún en nuestro país, donde se incluye también al yerno. Merece por lo tanto este artículo un profundo estudio separado, mas, no obstante, sintetizaremos cuales son, en el país vecino, los principales puntos de fricción en el análisis del tema:

a) naturaleza jurídica del derecho: ¿Es o no la viuda heredera? o es simplemente legataria? ¿Con qué parientes concurre o a quién excluye? ¿Puede ser considerada representante de su marido premuerto?

b) ¿Qué significa buena conducta en nuestra sociedad actual?

c) ¿Porqué se violenta el principio de la reciprocidad y no se establece que también el suegro, en su caso, pueda heredar a la nuera viuda?

Algunos autores han sostenido que este derecho hay que otorgar solamente a la nuera y no al yerno, porque es aquella la que sigue frecuentando la familia de su difunto marido y la que encuentra mayores dificultades para subsistir en el complicado mundo moderno.

El tema es profundo y de apasionante análisis y puede ser perfectamente para quien lo elija, motivo para la elaboración de una tesis doctoral.

Igual o parecidas son las circunstancias que rodean a la situación del adoptante, como nuevo heredero en nuestro Código Civil. Derogando el Art. 44 del Código del Menor, el Art. 2594, del nuevo Código expresa: “Si la adopción fuese plena, el adoptante hereda al adoptado, excluyendo a los padres de sangre, con excepción de los bienes que el causante hubiere recibido por actos de liberalidad de sus parientes de sangre. Sobre estos bienes, hereda el padre de sangre, con exclusión del adoptante”.

De Gásperi en su enjundioso trabajo no contempló expresamente la sucesión del adoptante. Generalmente, la cátedra ha sido reacia a otorgar derechos sucesorios al adoptante para evitar que se adopte con ese objetivo. Nuestro nuevo Código diferencia, en cuanto a la herencia, los casos en que existen adopción simple o plena. Así y todo, se produce una situación de herencia condicionada, que también puede ser un excelente tema para una tesis doctoral.

Herencia de la concubina

De Gásperi, en su obra “Derecho Hereditario” realiza un profundo estudio sociológico sobre la realidad del concubinato en nuestro país. La Ley 236 “De los Derechos Civiles de la Mujer” ha creado lo que se ha convenido en llamar “matrimonio de hecho” y ha establecido, bajo ciertas condiciones, la calidad de bienes gananciales sobre los obtenidos en esas circunstancias. Nuestro Código, “homologa” el

LA SUCESIÓN INTESADA EN EL
NUEVO CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

régimen de los bienes gananciales en el concubinato, pero no permite la herencia del concubino o la concubina. El Código mejicano establece la herencia de “la compañera” bajo ciertas condiciones. El boliviano establece la herencia de “la conviviente”. El Proyecto de Código Civil brasileño, habla de la inmensidad de parejas que existen en el Brasil creyéndose casados por haberlo hecho por la Iglesia y no por el Registro Civil y propone el reconocimiento de los derechos hereditarios del concubino en esos casos.

Pareciera ser que las condiciones aún no están dadas socialmente en nuestro país para la concreción del derecho hereditario de los concubinos, y esa es la razón por la cual no aparece en nuestro nuevo Código, a pesar del apoyo que la idea tuvo por parte de grandes maestros del derecho hereditario en la Comisión Nacional de Codificación. Otro tema para una tesis doctoral.



La Lesión en el Código Civil

Dr. Jorge Darío Cristaldo M¹

1ª PARTE

Se trata de una aproximación al tema, no de un estudio profundo ni sistemático. Las conclusiones no están sólidamente fundadas; por eso no son definitivas, para mí.

Art 671. Consagra la llamada en doctrina TEORÍA DE LA LESIÓN. Tiene su fundamento en el Art. 104 CN; concuerda con el Art. 42 del CT; su concordancia es el art. 299 inic. c) y párrafo final del mismo C.C.

Por el texto del artículo, se puede establecer su alcance con las siguientes limitaciones:

a) Solo sería admisible en los CONTRATOS ONEROSOS; la norma habla de “ventaja desproporcionada” que recibe un contratante, respecto de la ventaja que recibe el otro.

b) La ventaja desproporcionada debe ser: 1) manifiesta; 2) injustificada; y 3) obtenida mediante explotación.

1) **MANIFIESTA** quiere decir que no necesita ser probada, porque surge evidente de los propios términos en que fué celebrado el contrato; si no fuese manifiesta, evidente, notoria, la desproporción de la ventaja, no habría lesión.

2) **INJUSTIFICADA** sería cuando la desproporción fuera repugnante a la equidad. Cuando no existe EQUIVALENCIA entre las prestaciones de uno y otro contratante. Pothier, en una de sus obras dice; “La equidad debe reinar en las convenciones, de donde se sigue que en los contratos onerosos, en los cuales uno de los contratantes

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 14- 1986.

da o hace algo para recibir alguna otra cosa como precio de lo que dá o hace, la lesión que sufre uno de los contratantes, aún cuando el otro no haya recurrido a ningún artificio para engañarlo, BASTA POR SI MISMA PARA VICIAR LOS CONTRATOS. Porque consistiendo la equidad en materia de negocios en la IGUALDAD, desde que se menoscabe esta igualdad y uno de los contratantes de más de los que recibe, el contrato está viciado porque peca contra la equidad que debe presidirlos". (Borda, Tratado de Derecho Civil Argentino, parte General, II Tomo, pag. 98). No toda desigualdad sería injustificada, pues la igualdad matemática es del todo imposible; en la celebración de toda convención existen factores subjetivos que merecen respeto y consideración, que pueden ser determinantes en la valoración o apreciación económica de las prestaciones. Los casos citados en la doctrina y jurisprudencia son muy conocidos.

La equidad "es un criterio de justicia no recibido por el derecho escrito, que se aplica para moderar el rigor legal y adaptar las normas generales a los casos particulares concretos, previa apreciación de las diversas circunstancias computables" (Frescura); también puede ser definida como 'la justicia fáctica humanizada por influjo de la realidad' (Frescura). El término "injustificada" que utiliza la norma, debe entenderse como sinónimo de "no equitativa"; por eso, en caso de existir lesión, puede el afectado demandar la nulidad del contrato o su "modificación equitativa"; la justicia exigiría en esos casos, solamente la nulidad y una reparación total del daño causado, sin tomar en cuenta la situación económica del responsable.

3) OBTENIDA MEDIANTE EXPLOTACIÓN: El Art. 104 de la CN, aunque incluido entre los Derechos de los trabajadores, tiene un alcance universal al expresar: "Queda prescripta la explotación del hombre por el hombre". La norma civil considera que existirá explotación cuando la lesión se produjo porque las obligaciones contraídas por una de las partes solo han sido en virtud de su necesidad, ligereza o inexperiencia, y cuando resulta evidente que la otra parte se ha

aprovechado de estas circunstancias para obtener una ventaja desproporcionada; el Juez no podría convalidar ese contrato, porque sería repugnante a la moral y a las buenas costumbres.

“En una acepción general, la explotación injusta de la situación aflictiva de otro, se denomina USURA. La noción de la usura punible en el Derecho moderno tiene mayor amplitud y no se refiere especialmente al préstamo de dinero. Consiste en un conjunto de circunstancias demostrativas de que una de las partes contratantes ha querido abusar de la debilidad o inexperiencia de la otra. Considerada así, como explotación ilícita por una de las partes de la situación aflictiva de la otra, ella puede afectar a todas las especies de contratos que originen obligaciones recíprocas” (Frescura, Derecho del Trabajo, pag. 175). En el Código laboral, el Art. 42 preceptúa: “Se considerará como ilícita toda cláusula del contrato por la que una de las partes abuse de la necesidad o inexperiencia de la otra, para imponerle condiciones injustas o no equitativas”; el Art. 49 del CT enumera las condiciones nulas que no obligan a las partes, aunque estén expresadas en el Contrato.

c) SANCIONES

El Art. 671 dispone que el lesionado podrá demandar: 1) la nulidad del contrato (nulidad total); o, 2) la modificación equitativa del contrato (lo que lleva implícita una nulidad parcial). Considero que la opción corresponderá a la parte lesionada, aunque el párrafo final parece disponer lo contrario, cuando expresa que “El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación”. Según el Art. 299 in fine del C.C., en caso de que el objeto del acto jurídico sea “hechos imposibles, ilícitos, contrarios a la moral y a las buenas costumbres”, causará “la NULIDAD del acto, y de igual modo de las cláusulas accesorias que, bajo la apariencia de condiciones, contravengan lo dispuesto por este artículo”, es decir, la nulidad del contrato puede ser total o parcial.

d) NATURALEZA DE LA NULIDAD.

La nulidad es la sanción legal establecida por la omisión de los elementos esenciales y formas exigidas para la validéz de un acto jurídico existentes desde el origen mismo del acto, privándole de los efectos que regularmente debía producir.

1) La LESIÓN que reúna los requisitos analizados más arriba, hará que el contrato sea NULO. “Es NULO el acto jurídico: b) si el acto o su objeto fueren ilícitos o imposibles” (Art. 357 inc. b) del C.C.).

2) La lesión producirá una nulidad ABSOLUTA, porque en su declaración está interesada toda la sociedad, por ser contravención a una norma de orden público. La nulidad absoluta se produce de pleno derecho, de modo tal que no puede salvarse por los con tratantes.

3) La lesión en el C.C. exige la intervención judicial para declarar la nulidad del contrato o su modificación. El Art. 359, dispone: “Cuando el acto es nulo, su nulidad debe ser declarada de oficio por el Juez, si aparece manifiesta en el acto o ha sido comprobado en juicio. El Ministerio Público y todos los interesados tendrán derecho para alegarla”.

En el Derecho Laboral la nulidad de la cláusula ilícita es automática, no requiere la previa declaración judicial de invalidez; ante la ley, el objeto del contrato laboral que contraría sus disposiciones, es como si no existiera.

4) En el C.C., en caso de lesión, la nulidad es MANIFIESTA, sin necesidad de investigación alguna, por resultar del acto mismo. Con Guillermo Borda creo no corresponde exigir al lesionado la prueba de la explotación o usura, porque será difícil o imposible de producir, cuando las propias cláusulas del contrato están demostrando la existencia de lo que se desea probar.

Sin embargo, el demandado podrá probar lo contrario, y que las prestaciones que parecen excesivas, han sido contraídas por un motivo perfectamente lícito y equitativo.

e) PRESCRIPCIÓN:

El lesionado tiene dos años para demandar la nulidad del contrato o su modificación. ¿Desde cuando correrá el plazo? Considero que, desde el momento de la celebración del acto, pues el vicio se configura en ese momento. Es una solución errada si se admite que la nulidad es absoluta, si es relativa es acertada.

f) MODIFICACIÓN:

La modificación del contrato, en caso de ser demandada u ofrecida, queda a cargo del Juez, quien deberá resolver “tomando en cuenta las CIRCUNSTANCIAS al tiempo del contrato y de su modificación”; es decir, debe dictar una sentencia fundada en la equidad, por la cual se reduzcan las prestaciones a cargo del lesionado.

Conforme al Art. 669 del C.C., que consagra la libertad de contratación, con limitaciones, esa modificación del contrato puede hacerse también de común acuerdo entre las partes, sin intervención judicial.

g) CONTRATO A LOS QUE NO SE APLICA:

1) Aleatorios: En este tipo de contratos no puede hablarse de lesión; aunque las obligaciones a cargo de una de las partes resulten en definitiva más gravosas o desproporcionadas que las de otra, porque ello es propio de la naturaleza de estos contratos, en las que hechos que escapan a la voluntad de las partes, aunque previstos, pueden favorecer notablemente a una de ellas. Aquí vale la teoría de la imprevisión, consagrada por el Art. 672 del C.C.

2) Gratuitos: En estos, las obligaciones pesan sobre una sola de las partes por lo tanto, mal puede hablarse de DESPROPORCIONALIDAD de las prestaciones. El contrato gratuito no reposa en la idea de equidad sino en el propósito de hacer una liberalidad. (G. Borda o.c. pág. 102).

2a. PARTE

1- FUENTE:

Es el Art. 954 del C.C. argentino, reformado en 1968, que dispone: “También podrá demandarse la nulidad o modificación de los ACTOS JURÍDICOS cuando una de las partes, explotando la NECESIDAD, LIGEREZA O INEXPERIENCIA de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Solo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto.

El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si este fuera ofrecido por el demandado al contestar la demanda”.

2- FUNDAMENTO:

Tradicionalmente se la ha vinculado con los vicios de la voluntad, lo cual no es correcto. Autores alemanes destacan que no es necesaria la INTENCIÓN de aprovecharse en el lesionante, sino que basta el simple CONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN NECESITADA, LIGERA O INEXPERTA de la contraparte. No es necesario que el lesionante recurra maliciosamente a ninguna maniobra engañosa para obtener la celebración del acto. Basta que el beneficiado conozca el estado de necesidad, ligereza o inexperiencia y las explote en su beneficio.

En la lesión no existe vicio en el consentimiento; hay sí mala fe, al no hacer ver al necesitado los aspectos del acto que celebra; al no

explicar debidamente al inexperto; al no hacer razonar más detenidamente al ligero. En otras palabras, al ABUSAR de la: facultad de contratar que el derecho objetivo le reconoce.

Dice el Art. 372 CC: “Los derechos deben ser ejercidos de BUENA FE. El ejercicio abusivo de los derechos NO ESTÁ AMPARADO POR LA LEY y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, O CUANDO CONTRADIGA LOS FINES QUE LA LEY TUVO EN MIRA AL RECONOCERLOS”.

Hay ejercicio irregular, abusivo, del derecho de contratar cuando se aprovecha y explota la situación de inferioridad de una persona necesitada, ligera o inexperta. Aquí se bastardean los fines de la ley, se actúa de mala fé, lesionando la moral jurídica y las buenas costumbres, es decir, que el acto tiene un objeto ILÍCITO, contrario a la moral y las buenas costumbres, que es causa de su NULIDAD (Art. 299 inc. in fine CC).

La lesión subjetiva es, por tanto, en nuestro derecho una forma específica de ABUSO DEL DERECHO. Del derecho de contratar. Es también la contravención a una norma de ORDEN PÚBLICO, el Art. 104 CN: “Queda proscripta (prohibida) la explotación del hombre por el hombre”, cuya sanción es también la nulidad.

3. ¿El Art. 671, es de interpretación restrictiva o extensiva?

¿Se aplica solo a los contratos, o también a otros actos jurídicos, como en la ley argentina?

Utilizando solamente los elementos literal o gramatical y el sistemático, pareciera que la interpretación debe ser restrictiva, o por lo menos estricta.

Si aplicamos los elementos histórico y lógico, cabe la interpretación extensiva. Esta es nuestra opinión.

Además del Art. 104 CN y del Art. 299 inc.c) párrafo final, C.C., avalan esta solución los Arts. 9º C.C.: “Los actos jurídicos no pueden

dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el ORDEN PÚBLICO y las BUENAS COSTUMBRES”, la renuncia de derechos es válida “... cuando solo miren el interés individual...” (Art. 10 C.C.); “los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no establece otro efecto para el caso de contravención” (Art. 27 C.C.).

Un acto jurídico unilateral viciado por lesión sería el siguiente: “Una persona analfabeta, pobre en recursos económicos, renuncia al derecho de reclamar o percibir la indemnización de diez millones de guaraníes de una Cía. de Seguros, por fallecimiento de su esposa y tres hijos en accidente de tránsito, alegando haber percibido conforme, en aquel concepto, la suma de cien mil guaraníes. La Cía. acepta y agradece el gesto del beneficiario. De admitirse la interpretación restrictiva, no podría anularse el acto por lesión, porque no habría contrato; la renuncia sería válida. Con la interpretación extensiva, se podría invocar la lesión para demandar la nulidad de dicha renuncia. En efecto, contra entrega de 100.000 guaraníes (prestación a cargo de la Cía.), esta se ahorra o evita el pago de 10.000.000 de guaraníes (prestación que debió recibir el beneficiario, y que perdería con la renuncia aceptada por la Cía.): la enormidad de la lesión es manifiesta e injustificada. Dígase lo mismo de una prestación alimenticia de Gs. 1.000 mensuales, que solicita la madre indigente para su hijo, reconocido por un padre soltero acaudalado, con una renta superior a 1.000.000 de guaraníes mensuales, y que este “espontáneamente” se obliga a pagar. En este caso, la ventaja que obtiene el padre acaudalado es también manifiesta e injustificada, porque se obliga a pagar por lo menos 50 veces menos de lo que legalmente le correspondería abonar como pensión alimenticia.

En ambos casos, existe el elemento objetivo de la lesión: ventaja desproporcionada, manifiesta e injustificada a favor de la Cía. de Seguros; en el ejemplo de la renuncia; y a favor, del padre acaudalado, en el caso de la prestación de alimentos. En ambos casos, el elemento

subjetivo de la lesión también existe; el beneficiario de la indemnización y la madre que recibe la pensión alimenticia han sido explotados por su estado de necesidad, ligereza o inexperiencia.

4. ¿QUIENES PUEDEN INVOCAR LA LESIÓN?

Según el Art. 671, solo el lesionado; según la ley argentina, también sus herederos. Conforme a la norma general del Art. 717 en concordancia con el Art. 2443 C.C., considero que también pueden invocar la lesión los herederos del causante, dentro del plazo legal.

5. ONUS PROBANDI

Si surge una ventaja desproporcionada e injustificada y aparece manifiesta de los propios términos del acto jurídico, ese elemento objetivo hace presumir la existencia del elemento subjetivo: explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia del lesionado: la carga de la prueba en contrario se impone al demandado; la presunción es *juris tantum*.

Puede advertirse que el elemento objetivo, procesalmente reviste una importancia decisiva, porque al existir la “notable desproporción”, la ley presume que hubo explotación. ¿Qué alcance tiene esa presunción? A nuestro juicio, desde que la explotación importa el aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la víctima, entendemos que dicha presunción también se extiende a estas situaciones de hecho. Es decir, que al lesionado le bastara acreditar la notable desproporción de las prestaciones para presumirse que se encontraba en una situación de necesidad, ligereza o inexperiencia, **SALVO PRUEBA EN CONTRARIO**.

6. CÁLCULO

El Art. 671 omitió un párrafo referente al cálculo. La ley argentina dispone que el cálculo debe efectuarse según los valores vigentes al tiempo del acto. La nulidad del acto por lesión debe resultar de un vicio contemporáneo con la celebración del acto, que se mantiene en el momento de la interposición de la demanda. Si en el momento de

promover la acción la desproporción ha desaparecido, el lesionado no tendría una causa justificada para demandar, ni la nulidad, ni la modificación. La desproporción sobreviniente de las prestaciones haría aplicable el Art. 672 C.C.

En las escrituras traslativas de dominio de inmuebles suele haber aparente desproporción de las prestaciones porque de común acuerdo se simula un precio muy inferior al real para eludir obligaciones fiscales. ¿Qué ocurriría si el vendedor demanda la anulación por lesión o un suplemento de precio? Según Borda, en este caso, las partes deberían precaverse suscribiendo un contradocumento: solución inadmisibles, pues el demandado estaría invocando una simulación ilícita. La solución justa sería mantener la validez del acto y dar al mismo tiempo intervención al Fisco. El demandado debería probar que no se dio el elemento subjetivo de la explotación para repeler la acción.

7. VÍA PROCESAL

Podrá el lesionado optar entre demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. Si el lesionante demanda el cumplimiento del acto jurídico, el lesionado podrá reconvenir invocando la lesión para petitionar la nulidad o la modificación; esa defensa podría intentarla también por vía de excepción perentoria, como la sine actione agit; en este caso, la lesión constituirá la defensa de fondo sobre el derecho cuestionado al lesionante, y sobre la cual resolverá el juez al dictar sentencia definitiva.

Si el lesionado demanda la nulidad y el demandado contesta ofreciendo una modificación, el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias al tiempo de la celebración del acto y al tiempo de la promoción de la demanda; si la modificación ofrecida por el lesionante resulta equitativa hará lugar al reajuste, en caso contrario, hará lugar a la nulidad.

8- IRRENUNCIABILIDAD

Por ser materia de orden público, sería nula la renuncia del derecho de invocar la lesión, expresada en el momento de celebrarse el acto jurídico. El Art. 658 preceptúa que “No prescribe: a) la acción de impugnación de los actos nulos”.

Sin embargo, nada se opone a que las partes dejen constancia en el acto de las razones que justifican las prestaciones convenidas. En el caso de la renuncia el juez lisa y llanamente las desechará. En el segundo caso examinará la verosimilitud de las razones expuestas por las partes.

9. IMPORTANCIA

En la Exposición de Motivos del C.C. se expresa que la lesión está inspirada por la protección del débil y la vigencia de la buena fe. La institución no resulta del agrado de todos los juristas. El Senador Raúl Sapena Pastor cree que “si una disposición a (Art. 671 C.C.) entra en vigor NO HABRÁ CONTRATO DE NINGUNA CLASE QUE QUEDE FIRME ANTES DE DOS AÑOS... Desaparece así seguridad, la firmeza que debe seguir a la conclusión de un contrato... Frente a tantos inconvenientes, la rescisión por lesión solo presenta dos ventajas o razones de gran peso 1) procura asegurar la justicia conmutativa, o equilibrio entre las prestaciones reciprocas que conforman un contrato. 2) Protege al débil, al indefenso; aunque simultáneamente favorezca los planes del pillo, de quien nada tiene que perder” (Estudios Jurídicos, págs. 86,91 y 92).

Frente a quienes solo pronostica catastróficas consecuencias derivada de su aplicación, en el campo jurídico o económico, consideramos que la recepción de la lesión en el nuevo C.C. tiene fundamento en el Art. 104 C.N., acentuándose el carácter subjetivo que tiene relevancia social trascendente.

El trasfondo y las implicancias: sociológicas del instituto son innegables; coadyuvará al proceso de socialización del Derecho y a una protección más acentuada y firme de la persona humana. En

efecto, sería difícil por no decir imposible que una persona jurídica pueda invocar la lesión, porque no sería razonable suponer en ella una situación de inferioridad como resultado de una necesidad, inexperiencia o ligereza, que pudiera ser explotada por su contraparte. Por eso, la teoría de la lesión es una protección jurídica para los seres humanos, considerados, no como individuos aislados y solitarios, sino como miembros responsables de una Sociedad, interesada cada vez más en la protección en sus miembros más débiles, contra la explotación de situaciones configuradoras de lo que sociológica y jurídicamente se conoce como “estado de necesidad”.



La teoría de la causa en materia civil

Norman Cruz¹

ENUNCIADO

El presente trabajo consta de las siguientes partes:

PRIMERA: Evolución de la teoría de la causa en el tiempo y en el espacio.

SEGUNDA: Noción de causa. En la doctrina y en las legislaciones.

TERCERA: EXAMEN crítico de la causa y sus conclusiones.

PRIMERA PARTE

EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA CAUSA EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

Afirma Capitant que Domat, al definir o mejor dicho describir el concepto de causa con caracteres claros y precisos, no hizo ni creó nada nuevo, sino que solamente cogió algo que ya existía definitivamente y que flotaba en el ambiente jurídico desde hacía varios siglos.

Con el fin de averiguar tal aseveración he dedicado esta primera parte para efectuar una excursión por este ambiente en que se encontraba definida la teoría que nos preocupa, partiendo de la obra

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 14- 1986.

Abogado chileno. Ex-Profesor de Derecho Civil en la Universidad Católica de Santiago, Chile.

de los jurisconsultos romanos hasta llegar a las “Leyes en su Orden Natural” de Domat. Seguidamente hacemos esta excursión.

La preocupación, tal vez de más ardua resolución legada por los romanos a sus sucesores, fue la relativa a aquellas convenciones que constituían únicamente nuda pacta; fueron los problemas suscitados a su respecto -por la desmedrada situación que se creaba al que fundaba un derecho en ellas-, los que guiaron las investigaciones y discusiones de los juristas hacia el establecimiento del principio: solus consensus obligat.

Para formarse una idea más completa y para procurar un desarrollo más claro, no vamos a retrotraer y tomaremos la materia desde el momento en que se encontraba en el derecho romano.

En los primeros tiempos del derecho civil de Roma tenía la stipulatio como acto formalista y de un rigorismo irritante; como, asimismo, se aprecia las modificaciones de la querella non numeratae, según la cual, el deudor a quien no se le había entregado el dinero prometido en una promesa escrita unilateral, podía excepcionarse sin necesidad de prueba alguna, la que debía suministrarse por el acreedor, quitando al deudor de encima el fardo de la prueba, lo que era una ventaja apreciable para él.

La querella non numeratae penuniae, que estuvo en pleno vigor en el derecho justiniano, pasó a Francia y fue adoptada hasta el siglo XII, en que se inicia una lucha tenaz contra ella; pasó a ser en esta época una costumbre general de parte de todo acreedor exigir al deudor que, en el mismo acto estipulatorio, este hiciera renuncia expresa del derecho que la querella le concedía. Los glosadores se resistieron a aceptar la validez de la renuncia indicada y se pronunciaron definitivamente por su nulidad, lo que fue de gran afecto, puesto que, para evitar tal situación, se acudió al juramento para garantizar en esta forma su no uso, consumándose de esta manera y con el asentimiento de los jurisconsultos, la desaparición de la querella non numeratae pecuniae.

Desaparecida la querella non numeratae, quedaba en pleno vigor la promesa no causada, lo que llamó inmediatamente la atención de los juristas, originándose en torno de esta cuestión interesantísimas discusiones sobre su valor.

Adoptada la promesa sin causa, siempre se creaba al acreedor una situación más o menos difícil, porque, en caso de contender con el deudor, aquel debía probar que la promesa tenía causa.

Con el propósito de obviar este inconveniente, se recurrió a la antigua fórmula de la estipulación romana que se agregaba al fin del instrumento extendido ante notario o ante testigos, imprimiéndole así fuerza obligatoria al pacto o escrito desprovisto de acción. La fórmula usada era la promisit, que bastaba para dar eficacia a la promesa sin causa, usándose con regularidad en la Edad Media, especialmente en las provincias del norte de Francia.

Nada hay tan tenaz como el tiempo en su obra de modificador de ideas y cosas, y es así como esta práctica que pudo satisfacer en tiempo de los romanos, no lo consiguió en la posteridad. De ahí que los glosadores solo consideraron estas promesas, no obstante su cláusula estipulatoria, como un simple pacto ineficáz, porque no tenían causa, sosteniendo que, si bien producían acción, el deudor por su parte podía oponer la excepción de dolo a toda promesa que no expresara en su texto la causa de que provenía, basándose en la máxima: *Sine catisa promittere is videtur quoties vel causa non exprimitur, vel ex falsa seu putativa causa quis promittit*.

Esta solución defendida por los glosadores y otros jurisconsultos, tuvo embargo sus contradictores, los que afirmaban que la causa debe presumirse sin que sea necesario enunciarla, porque la estipulación basta por sí misma para crear una obligación civil que lleva envuelta siempre una obligación natural. No faltaron tampoco autores que afirmaron que una promesa sin causa, si no valía como tal, tenía, sin embargo, valor como donación².

² Capitant "De la cause des Obligations, pág. 134 y 135.

Las mismas cuestiones suscitadas con motivo de la estipulación, emergieron con respecto de la obligación literal. Más en esta materia se resolvió una cuestión no planteada en el terreno de la stipulatio y que tiene una importancia considerable cuál es la de que si una persona se obliga en virtud de una causa y esta no era verdadera, pero existía, en cambio, otra real que aquella hubiere reconocido, esta última valía como causa de la obligación, quedando esta, en consecuencia, inatacable por falta de este requisito.

Todas estas series de discusiones, a que me he referido tan someramente, iban dirigidas a decidir la cuestión reterente a la prueba; pero no han ido al fondo mismo en forma substancial y cuando se ha procurado hacerlo, ha sido en forma vacilante, que deja la conciencia de que se tomaba en el sentido de fuente³.

Cítase al respecto algunos párrafos de Beaumonoir y Bolceau como con teniendo ya ideas más precisas; pero en realidad, no es así; examinados sus textos se ve que ellos se refieren en algunos casos a la causa en el sentido de fuente de la obligación⁴, es decir, cuando tratan de una promesa de pago, creen que para que sea válida debe haber existido un acto precedente del que derive la obligación que se expresa en el documento cuestionado, y, en otras ocasiones, principalmente Beaumonoir, no trata propiamente la causa sino que se refiere a las obligaciones condicionales⁵.

Una regla análoga encontramos en los contratos sinalagmáticos, porque, si bien es cierto que en el siglo XVII se da gran importancia a la vinculación que existe entre las obligaciones derivadas de un contrato semejante, ello no significa sino el reconocimiento de un hecho que se imponía. La regla de correlativos, que fue el nombre bajo el cual se comprendía esta relación de dependencia que se reconoció a las obligaciones emanadas de un contrato sinalagmático, no

³ Advertimos que, si hablamos de causa, ello no significa que la tomamos en su sentido actual.

⁴ Este sentido es el que tiene en los pasajes precedentes.

⁵ Capitante, obra citada, págs. 143 y siguientes y Dablin, Teoría de la Causa, pág. 108 y siguientes.

entraña, a mi juicio, un paso dado en el progreso de la teoría que analizamos, si bien tiene mucha intimidad con el concepto de causa en los contratos sinalagmáticos según los cultores de la teoría preferida. Tal como lo veremos más adelante en lo expuesto por Domat.

Mi pensamiento conduce hacia esta afirmación el hecho del rol que los jurisconsultos de los tiempos a que me he estado refiriendo, asignaban a tal regla, llegando hasta afirmar que si una de las partes que había concurrido a la formación de un contrato sinalagmático había cumplido su obligación, la otra no podía prevalerse de la precepción extintiva para rehusar el cumplimiento de la suya. Conclusiones tan extremas solo se explican como una reacción contra el orden de cosas existentes, y, derivadas principalmente del derecho romano, que habían considerado las obligaciones emanadas de un contrato sinalagmático casi como entidades diferentes sin vinculación alguna de interdependencia.

Influídos notablemente por el derecho canónico, los civilistas se esmeran también en esta época, al explicar algunos principios del derecho romano, en establecer distinciones entre la causa final y las que concibió este y que señalamos en su oportunidad. Estas investigaciones parten de la necesidad de explicar la distinción entre pactos nudos y demás convenciones que existió en derecho romano, la que ya no tenía razón de ser, porque se estaba viviendo en otros tiempos, después de experimentada una evolución notable en credos, costumbres y en la naturaleza misma de las relaciones del comercio humano.

Los juristas de esta época, como Bartolo y Balde, que estudian esta materia, lo hacen refiriéndose al sistema de los pactos romanos, y como tendremos oportunidad de verlo, cuando se habla en este terreno de causa, no está tomada en el sentido actual, si bien se ha creído encontrar en el pacto de constituto un antecedente del moderno concepto de causa, opinión que refutaré en su oportunidad.

Si se pretendió introducir en el derecho un nuevo concepto, no creo que hubiera sido necesario acudir a principios del derecho romano, con el que no guardaba relación alguna; ello tiene, sin embargo, una explicación que los justifica y es el temor muy excusable que se nota en los jurisconsultos de ese entonces de violentar los principios del derecho civil de Roma pero que no se explica, no existiendo respecto de ellos, como en el caso del derecho canónico, una razón de doctrina que los impulsara en tal sentido; pero debe recordarse que estos pertenecen a la escuela de los postglosadores que, como dice muy bien Capitant, son civilistas y canonistas a la vez, lo que contribuye a hacer que no parezca extraño que se hayan apropiado motivos que para ellos no existían.

Todas estas discusiones y vacilaciones demuestran la preocupación que existía por parte de los juristas de incluir en las instituciones del derecho civil este concepto, si bien ninguno de ellos lo hace en términos precisos y claros como asimismo ninguno se pronuncia en el sentido de que él se pueda llegar a considerar como un elemento distinto de los actos jurídicos.

En las obras de otros jurisconsultos que se mencionan como precursores de la obra de Domat, no se encuentra tampoco un estudio de la causa, sino que más bien un movimiento de reacción hacia las antiguas distinciones de los tomanos referentes a contratos nominados e innominados, haciendo resaltar su naturaleza sinalagmática común para estudiarlos en una sola categoría; esto es lo que se desprende de algunos pasajes citados al respecto -de Conan, Papon y Charondas Le Caron-, todo ellos del siglo XVI, alcanzando el último de los nombrados hasta principios del siglo XVII, en la obra de Henri Capitant a que tantas veces me he referido (pág. 160 y siguientes).

Para terminar con este primer planteamiento evolutivo, puedo resumir en los siguientes términos: que en todo el lapso de tiempo a que me he estado refiriendo, no encontramos sentada una doctrina uniforme y mucho menos precisa respecto de la teoría en estudio, -con excepción de los canonistas- pudiéndose llegar a afirmar que no

la concibieron en la forma en que encuentra moldeada en la moderna doctrina.

Los autores indicados tomaban para sus estudios dos puntos de referencia: en primer término, el derecho romano, en el que no encuentra el concepto de causa como el elemento de los actos jurídicos; y en segundo lugar, el derecho canónico, que, si bien a cierto que considerara y da importancia al concepto de causa final, distinguiéndola de la causa impulsiva (causa impelens), no la tomaron como entidad distinta y susceptible de ser considerada en sí misma, sino como un complemento o factos integrantes del consentimiento; la causa para los canonistas significaba más bien un elemento necesario para la voluntad perfecta, es decir, ella debía existir en toda manifestación de voluntad reflexiva y consciente.

CAPÍTULO II

DOMAT Y LA TEORÍA DE LA CAUSA

CONCEPTO DE CAUSA

El origen de la teoría de la causa, moldeada y enunciada en términos precisos, se encuentra, indiscutiblemente, en la obra “LAS LEYES CIVILES EN SU ORDEN NATURAL”, de Jean Domat. Ahora bien, que él haya sido el verdadero creador de ella, es un punto discutido.

Para Planiol y Dabin, Domat ha sido el creador de la teoría de la causa; para Ruggiero, a Domat y Pothier se debe únicamente la introducción del concepto de causa en el sistema del código francés⁶, pero su origen lo hace remontarse a las doctrinas romanísticas. Capitant, desconoce tanto el derecho romano como a Domat la creación de esta teoría. Como creo estéril enumerar todas las discusiones al respecto, continuaré con el análisis del pensamiento de Domat.

⁶ Ruggiero “Instituciones de Derecho Civil”, pág. 279.

En su precitada obra, Domat define la causa, en la forma que en los párrafos siguientes se inserta:

“En las tres primeras especies de convención (se refiere a los contratos sinalagmáticos, que ha dividido en tres categorías), se hace un comercio donde nada es gratuito, y la promesa de uno de los contratantes es el fundamento de la del otro. Y aún en las convenciones mismas donde uno solo aparece obligado, como en el préstamo de dinero, la obligación del que solicita prestado ha sido precedida por parte del otro (prestador, mutuante) que había entregar para formar la convención. Así, la obligación que se forma en estas especies de convenciones en provecho de uno de los contratantes, tiene siempre su causa por parte del otro; y la obligación sería nula si en el hecho fuera sin causa”.

“En las donaciones y en los demás contratos donde uno solo hace o da, y donde el otro no hace ni da nada, la aceptación forma la convención; y la promesa de aquel que da, tiene su fundamento en algún motivo razonable y justo, como un servicio rendido, o en algún otro mérito del donatario, o en el solo placer de hacer el bien. Este motivo tiene el valor de causa de parte de aquel que recibe y no da nada”.

Cabe observar la ubicación que Domat ha dado a su doctrina sobre la causa. La coloca en el título de las convenciones, de lo que se infiere que el concepto de causa solo lo admite en materia de convenciones y no lo extiende a todo acto jurídico.

Surge otra distinción: al hablar de la causa, Domat lo hace en dos párrafos: el primero lo dedica a los contratos sinalagmáticos y reales; en el segundo se refiere a las donaciones y aquellos contratos en que solo una de las partes hace o da y la otra ni hace ni da nada.

Un punto no muy claro y muy discutido por los tratadistas en la obra a que nos estamos refiriendo, es su vinculación con el derecho romano. Hace el autor, en el desarrollo de su teoría, numerosas referencias al Digesto, referencias que, según algunos tratadistas, es motivo suficiente para dar por sentado que los conceptos emitidos son

tomados de la obra de los jurisconsultos romanos⁷. Otros, en cambio, no dan a las citas de Domat el alcance indicado⁸.

Pienso que las indicaciones, que hace Domat son más bien con el objeto de establecer cierta concordancia, determinada correlación, entre el derecho moderno y el romano, lo que se confirma aún más si se considera que, a la época en que Domat escribió su obra, toda la serie de distinciones que los romanos hacían en materia de contratos había sido abandonada, e imperaba el principio de que el solo consentimiento era suficiente para obligar, y no habían llegado a formarse un concepto acabado de causa, según el sentido moderno que en la ciencia del derecho tiene esta palabra. En el progreso de nuestro estudio, volveremos sobre este punto.

CONTRATOS ONEROSOS

A ellos se refiere Domat en el párrafo transcrito en primer término. Su primera idea alude a los contratos sinalagmáticos, y dice: “La obligación de uno de los contratantes es el fundamento (causa) de la del otro”.

Domat peca de lacónico en la exposición de sus ideas, que no se cuidó de explicar mayormente; no obstante, su pensamiento se traduce con claridad. Tomemos un ejemplo: el contrato de compra-venta; la causa de la obligación del vendedor, de efectuar la tradición de la cosa vendida, se encuentra en la obligación que tiene el comprador de pagar el precio.

Se ha pretendido ver en la concepción de Domat, que el objeto y la causa son una misma cosa. Este criterio me parece errado, puesto que el objeto es la prestación a que se obliga cada una de las partes, es el derecho que nace como consecuencia de la celebración de un acto jurídico determinado, en tanto que causa, según es en los contratos

⁷ Planiol et Ripert, “Traité Élémentaire de Droit Civil Français”, pág. 369. Dabin, en diversos pasajes de su obra aludida anteriormente.

⁸ Capitulant, obra citada, pág. 163 y siguientes.

sinalagmáticos la obligación correlativa de cada una de ellas de cumplir esa prestación.

En seguida habla el autor de aquellos contratos en que uno solo pareo: obligado, como en el préstamo de dinero; y dice que en estos las obligaciones nacen en beneficio de uno de los contratantes, tienen siempre su causa por parte del otro.

Ya se ha visto que Domat coloca en un mismo párrafo lo que se refiere al concepto de causa en los contratos sinalagmáticos y en los contratos reales o unilaterales. A primera vista parece que su intención fue extender el concepto de causa dado para los primeros a los segundos; pero deteniéndose un poco en la ordenación que da a sus ideas, se desprende que lo que quiso decir fué tratar en conjunto las convenciones a título oneroso, para después referirse a aquellas en que solo uno hace o da.

DONACIONES Y CONTRATOS EN QUE SOLO UNA DE LAS PARTES ES OBLIGADA

Se vió al principio de este capítulo, el tratar de las donaciones y contratos en que solo una de las partes hace o da y la otra ni hace ni da, Domat expresa que la aceptación es la que hace nacer el contrato y que su causa se encuentra en un motivo razonable y justo, como un servicio prestado, un mérito del beneficiario o en el mero espíritu de liberalidad.

En este terreno se ve al autor muy vacilante; habla de causa equiparándola con el motivo determinante; más adelante, al tratar de las donaciones entre vivos, toca nuevamente este punto y se pone en contradicción con lo ya dicho.

Parece que en materia de donaciones, Domat no logra su objetivo, ya que no da ninguna noción de causa que pueda ser considerada en sí misma, sino que, en último término, hace imperar la sola voluntad del donante; no agrega nada nuevo a lo aceptado en derecho romano.

CAPÍTULO III

POTHIER Y LA TEORIA DE LA CAUSA

Quien compare las obras de Domat y Pothier, lo primero que le llama la atención es la mayor perfección del sistema seguido por este último en su desarrollo; con respecto a la materia objeto de trabajo, se encuentra contemplada en la primera parte de su “Tratado de las Obligaciones”, en que expone sus principios en lo que se refiere a lo que pertenece a la esencia de las obligaciones y sus efectos.

El primer encuentro que se experimenta con la palabra causa, es para designar la fuente de las obligaciones, entre las que se cuentan los contratos; cuando entra al estudio de ellos bajo el rubro general “De los vicios que pueden encontrarse en los contratos” aparece la falta de causa como uno de esos vicios. Esto no quiere decir que Pothier considere la causa como un elemento de los contratos, sino que, como en las obligaciones derivadas de otras fuentes, este elemento no se precisa, porque nacen de un hecho lícito o ilícito que, por el solo hecho de producirlas, las produce válidas, aun aceptando que la causa sea un requisito de estas, solo procede su estudio al tratar las que derivan de contratos. Se acentúa este pensamiento por el hecho mismo de que el autor hable de causa de las obligaciones en la parte en que estudia los contratos en general, pero incluída en la sección aún más general “De lo que pertenece a la esencia de las obligaciones” demás la frase inicial de esta parte es clara con respecto al criterio indicado: “Toda obligación -dice- debe tener una causa honesta”.

La primera impresión que se impone leyendo la indicada expresión, es que el autor exige dos requisitos para la validez de las obligaciones en cuanto a su causa: 1º) que tenga causa y 2º) que ella sea honesta.

Sentado este principio general, e inmediatamente después, pasa a dar noción de lo que debe entenderse por causa y sus diferentes aspectos, según se trata de contratos onerosos o a título gratuitos.

En los contratos onerosos, según Pothier, la causa de la obligación de uno de los contratantes es lo que el otro le da o se obliga darle o el riesgo que toma sobre sí; y en los de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiere ejercer en favor de la obra, es causa suficiente de la obligación contraída por la primera.

No se encuentra en la obra de Pothier la confusión que hace Domat al tratar la causa en los contratos onerosos; no aparece en su exposición la distinción entre aquellos contratos en que ambos se obligan (sinalagmáticos) y aquellos en que una sola de las partes parece obligada (unilaterales), sino que abarca de un solo brochazo todos los contratos interesados, como él los llama.

La causa de los contratos onerosos consiste en la que se da por una de las partes, en lo que obliga a dar o en el riesgo que soporta una de las partes. No hay duda, a primera vista, los conceptos emitidos por Pothier son muy concretos y claros; pero parece que en esto, precisamente, estriba su defecto.

De los términos usados por este autor parece desprenderse que asimila el concepto de causa con el objeto del derecho correlativo a la obligación; no otra cosa se concluye de sus expresiones: “lo que la otra parte da”, “se obliga darle” y “el riesgo, que toma sobre sí”. Si esto fuera lo cierto, no sería entonces la causa para Pothier lo mismo que para Domat, quien dice que “la obligación de una de las partes es el fundamento de la del otro”.

Esta discrepancia que se insinúa en la iniciación de las exposiciones de ambos autores, y que se debe únicamente al punto de vista en que se coloca cada uno de ellos para el examen del contrato, y que parece que va a hacerlos marchar por senderos divergentes, no es más que aparente, porque ambos vuelven a seguir por un mismo camino cuando tratan de la falta de causa y de la causa falsa. Lo que para Pothier es lo mismo, según su propio modo de decir, y para Domat también, según lo que se desprende de los términos que emplea en los párrafos que ya vimos y que se encuentran en su obra al tratar el error, tanto de hecho como de derecho.

Para uno y otro, la falta de causa y la existencia de una causa falsa, son hechos que bastan para producir la nulidad absoluta de la obligación y del contrato que las contiene, y cuando entran a aclarar sus expresiones, con el ejemplo, es cuando se produce el acuerdo entre ambos, a que nos referimos, debe, si, dejarse constancia de que Pothier da sus explicaciones seguidamente del principio general que enuncia, en tanto que Domat trata la materia, como se ha dicho, en el párrafo que dedica al examen del error como vicio de las convenciones.

SEGUNDA PARTE

NOCIÓN DE CAUSA EN LA DOCTRINA Y EN LAS LEGISLACIONES

CAPÍTULO I

NOCIÓN DE CAUSA EN LA DOCTRINA

ENUNCIADO

En la primera parte he tratado de establecer, en apretada síntesis, la historia de la teoría de la causa desde su nacimiento hasta su sistematización en las obras de Domat y Pothier, lo que he creído necesario para entender mejor el estado actual de esta teoría, tanto en la doctrina mundial, como su consagración en las diferentes legislaciones.

En esta parte que hoy me ocupa, paso a realizar el estudio de la noción de causa.

PÁRRAFO I

NOCIÓN DE CAUSA

El vocablo CAUSA es uno de los que más se presta a mayor número de significados que, aunque guardan entre unos y otros

cierta similitud, son, con todo, diferentes entre sí, por lo que se hace necesario establecer previamente a qué significado propio corresponde su adopción en derecho, o, si no siendo adoptado en ninguno de ellos, cual es el que en él se le ha atribuido. En este empeño precisa realizarse una tarea de selección a la que debe acompañarse una eliminación.

Basta ubicarla en un diccionario para darse cuenta la multiplicidad de su significado, no solo en su uso corriente, sino que también en el que se le ha señalado en los diversos órdenes del conocimiento: filosofía, teología, derecho, medicina, etc.

Desde luego que no entraré a hacer un estudio de todos los significados que puede asumir la palabra causa, sino que me limitaré a escoger aquellos que mayor relación tengan con este estudio.

Causa significa, en general, “lo que produce un efecto, lo que contiene en sí la razón suficiente del tránsito de una cosa del no ser al ser. Motivo o razón para obrar. Fundamento, origen de algo, lo que influye en la continuación de alguna cosa”. De estos conceptos de carácter general, amplio, derivan otros particulares que se acercan mas a nuestro propósito, como la causa eficiente, la causa final, y la causa impulsiva, que son las que reúnen estos requisitos.

La causa eficiente o primer principio productivo del efecto, significa en derecho tanto como FUENTE, como, hecho generador de derechos y obligaciones, corresponde, en consecuencia, eliminarla de entre las acepciones que pueden corresponder a la idea que se estudia, por razones que no es preciso detallar, por haberse hecho alusión a ella en varios pasajes de este trabajo.

La causa final, que se define como el fin porque se hace alguna cosa, y la impulsiva, que consiste en los motivos o razones que inclinan a hacer algo, tienen aplicación en el concepto que se trata de explicar y guardan entre sí una marcada semejanza; sus diferencias son tan sutiles que casi se reducen al punto de vista que se adopte

para apreciar sus roles de factores que contribuyen a inclinar la actividad de una persona hacia la consecución de un determinado objetivo.

Indicados los significados de la palabra causa, que más se acercan al que tiene en derecho, y, antes de dar un concepto de ella, precisa hacer otras distinciones, empezando por aclarar la idea de fuente.

Fuente es el hecho generador de un fenómeno, y fuente de un fenómeno jurídico son los actos o hechos a que el mismo derecho atribuye la virtud de producir efectos de derecho, así se habla de fuente de las obligaciones, o causa de ellas.

Algunos confunden la causa con los motivos, la verdad que son entes totalmente distintos: los motivos obran sobre la voluntad sin darse a conocer a terceros, mueren en el fuero interno del contratante. La causa en cambio es conocida y si bien pasa por medio de la voluntad del contratante queda exteriorizada al celebrar el acto jurídico. Más adelante en las conclusiones veremos otra característica de la causa que la aleja más de los motivos.

Capitant afirma que la causa es sinónimo de FIN en el lenguaje jurídico y que esta última denominación es más perfecta.

Los distintos criterios con que se ha estudiado esta materia, colocándose los tratadistas en el curso de sus investigaciones en los diversos momentos de la vida de un acto jurídico o estudiándola solo con relación a ciertos actos especiales (contratos) o con respecto únicamente a determinados aspectos de ellos, es lo que ha contribuido a dotar esta idea de la oscuridad que le es peculiar y a que parezca que cuando se entra a su análisis, se llega a un terreno que presenta el proteísmo en el Derecho, en el que es tarea casi irrealizable llegar a conclusiones claras o sentar principios de carácter general.

Creo que estas vacilaciones de precisión en materia de causa, solamente son justificables por lo dicho en el acápite anterior, pero para mí la causa es un concepto perfectamente claro y determinado

que tiene un campo de aplicación general a todo acto jurídico, y no solo a algunos de ellos, como se deja entender en las obras de la mayoría de los tratadistas de derecho civil, a quienes a su vez, ha confundido la anarquía que se encuentra en su reglamentación en los diferentes códigos.

PÁRRAFO II

NOCIÓN DE CAUSA EN LA DOCTRINA

Conocida la obra de Domat, se puede decir este solo acepta el elemento causa, cuando se trata de convenciones; Pothier afirma que toda obligación debe tener una causa honesta, pero, por la ubicación que da al estudio de este elemento, puedo afirmar que solo lo acepta tratándose de obligaciones derivadas de contratos.

Bigot-Préameneu dice que no hay obligación sin causa y que ella reside en el interés recíproco de las partes o en la beneficencia de una de ellas; Portalis hace mención de ella solo cuando habla de los contratos sinalagmáticos.

Para **Delvincourt**, causa es lo que determina a las partes a contratar⁹.

Rogron, se expresa de la misma manera en sus explicaciones del Código Civil francés¹⁰.

Toullier especifica más y, en vez de lo que hacen Delvincourt y Rogron, de usar la palabra causa; dice que causa de un contrato o de una obligación, es “el motivo que determina a hacer la promesa que él contiene, el porqué se ha hecho”, coincidiendo perfectamente con

⁹ Delvincourt. Cours de Code Civil, tomo II, pág. 128.

¹⁰ Rogron. Code Civil Expliqué, pág. 314.

el concepto adoptado por el Código¹¹. Este concepto también es aceptado por Merlin, quien dice que causa es “lo que da origen a la obligación misma, el motivo que induce a contratar”¹².

Según **Mareade y Dolioz**, la causa la constituye el motivo último e inmediato de la obligación, o sea, el beneficio que obtiene cada parte contratante en los contratos a título óneroso y en los gratuitos, el deseo de prestar un servicio.

Los TRATADISTAS ESPAÑOLES, siguen de cerca la doctrina francesa y así tenemos a GARCÍA GOYENA que entiende por causa la razón por la cual una persona se obliga; MENRESA, conforme con la costumbre de los comentadores del Código francés, distingue también entre causa y motivo, dando de la primera una idea semejante a las indicadas antes, afirmando que ella es la razón esencial que se ha tenido para contratar.

Sánchez Román sostiene que la causa de una obligación contractual es el fin esencial o más próximo que los contratantes se proponen al concurrir a la formación de un contrato.

Giorgi, que no acepta el elemento causa como un cuarto requisito de los actos jurídicos, la define como el motivo jurídico por que uno se obliga al contratar, no aportando, con ello, ningún nuevo antecedente fuera de los ya conocidos¹³.

Francisco Ricci, en su Tratado de Derecho Civil, dice que causa en los contratos bilaterales es la contraprestación o, tal vez más, propiamente, la reciprocidad de las obligaciones que origina; en los unilaterales onerosos, la causa reside en el hecho de la prestación ya efectuada, y, por último, en los gratuitos, el deseo de hacer una liberalidad¹⁴.

¹¹ Toullier. Le Droit Civil Francais, tomo III, 2ª parte, pág. 103.

¹² Merlin, Questious de Drolt, tomo II, pág. 243.

¹³ Jorge Giorgi. Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno, tomo III, pág 459.

¹⁴ Ricci. Derecho Civil Teórico y Práctico, tomo XII, pág. 59 y siguiente.

Baudry-Lacantinerie estima que el elemento causa que contempla el Código francés es el fin inmediato y, en consecuencia, esencial en vista del cual alguien contrata.

Aubry y Rau, estos tratadistas consideran que causa es el motivo jurídicamente suficiente que ha determinado la obligación que se contrate¹⁵.

Roberto de Ruggiero, en sus Instituciones de Derecho Civil, de un concepto de causa más integral, considerándose en su concepción diferentes aspectos que ella presenta. Causa -dice- es el fin económico y social reconocido y protegido por el derecho. Este autor atribuye también a la causa cierto carácter de finalidad, de estímulo; agigantando la importancia del elemento causa, del cual es ardiente defensor, estima que representa en cierto modo la voluntad de la ley frente a la voluntad privada. Yo estoy de acuerdo con esta estimación de la causa que hace Ruggiero¹⁶.

Capitant, para este destacado tratadista las voces causa y fin son sinónimas en el lenguaje jurídico; señala en su obra diversas categorías de causa-fin, según la especialidad del acto de que se trate (contratos sinalagmáticos, reales, aleatorios, gratuitos, etc.), pero no siempre hay conformidad entre su idea¹⁷ general de -fin- y las particulares que señala para cada caso. En los contratos sinalagmáticos calza perfectamente el concepto general de este autor con el especial, porque en esta causa es la voluntad de obtener la ejecución de la prestación que se promete en cambio.

Por el contrario, en los contratos reales no parece ello tan claro “la causa, dice refiriéndose a ellos, es evidentemente el hecho de la entrega de la cosa. El prestario, el acreedor prendario se obliga a restituir las cosas prestadas o dadas en garantía, por que les han sido

¹⁵ Aubry et Reau Cours de Droit Civil Francais, tomo IV, pág. 546.

¹⁶ Ruggiero. Instituciones de Derecho Civil, pág. 281.

¹⁷ Capitant. Obra citada, pág. 21 y siguientes y 41 y siguientes.

entregadas. Así, en estos contratos, el fin que persigue el obligado se alcanza por la conclusión misma del contrato”.

No me parece del todo afortunado Capitant en sus explicaciones; porque, si bien es acertado hasta cierto punto considerando la causa como fin, en cambio no lo es del todo en sus explicaciones posteriores a esa afirmación, resultando sus principios muchas veces forzados y aún oscuros.

Van Bemmelen, entiende por causa de un fenómeno jurídico, su fundamento o razón económica y, especializando su idea para aplicarla a las convenciones, dice que causa de ellas es la transacción económica que constituye el substracto del acto jurídico, y causa de la obligación que deriva de una convención es, en consecuencia, aquella que motiva a las partes a cooperar en la convención y, en especial, lo que impulsa al deudor a obligarse¹⁸.

Con todos los elementos vertidos en las diversas opiniones de los más grandes juristas que se han ocupado de la TEORÍA DE LA CAUSA y sin entrar (en esta parte) a mayores detalles y explicaciones yo formulo el siguiente concepto de causa:

Causa es el fin económico o psicológico-económico y jurídico que induce a la ejecución de un acto jurídico, determinando en cada caso la naturaleza intrínseca del acto ejecutado e imprimiéndole fisonomía propia que lo caracteriza.

Para apreciar mejor el alcance de la definición dada, es necesario dar algunas explicaciones al respecto. Se dice en primer término que es el fin que induce a actuar, (como ya se ha repetido tantas veces), es evidente su naturaleza de factor, de antecedente que obra o pasa por la voluntad determinándola a ejecutar un acto. Luego se hace una distinción del tipo de finalidad, diciendo primero que es un fin económico y luego se amplía este, agregándole que es fin psicológico-económico, porque existen algunos actos jurídicos que entrañan únicamente un móvil económico, como es el caso especial del contrato

¹⁸ Van Bemmelen. Nociones Fundamentales de Derecho Civil, pág. 141.

de compra-venta. En tanto que hay otros, como la donación en que, si bien se producen efectos de carácter económicos, como es el aumento de patrimonio por una de las partes y la disminución del mismo por la otra, se puede distinguir en ella un aspecto peculiar entra de lleno en el campo de lo psicológico, como es el simple deseo de beneficiar, de hacer una obra de caridad, guiados por el afecto, el agradecimiento u otros tantos fenómenos que se producen en los dominios exclusivos de la conciencia humana.

Se agrega también, que este determina la naturaleza intrínseca del acto, efectuado porque, según sea la finalidad que por medio de él persigue el agente, así es también la naturaleza del acto que celebra. Por ejemplo, si se quiere obtener la propiedad de una cosa o la realización de un servicio que le favorezca, debe arbitrar modo de encontrarse con otra persona que, a su vez, necesite y desee realizar una operación contraria, de modo que ambos, impulsados por móviles semejantes y opuestos, que se satisfacen recíprocamente, concurren a la formación de un acto jurídico de naturaleza especial, en el presente caso oneroso, porque ambos contratantes los ha guiado un móvil de lucro.

Si una persona adquiere una cosa con el fin de donarla, aparece claramente que el móvil de esta última da una nueva característica a este acto, le imprime una naturaleza distinta de la anterior, la gratuidad.

Se dice en otra parte del concepto, que el fin imprime el acto fisonomía propia que lo caracteriza, efectivamente el fin perseguido por las partes en el fondo es el que le imprime al acto tal o cual fisonomía y por ello se llegará a la celebración de un contrato de compra-venta, a una donación, a un depósito, a un mutuo, etc.

Agrego en la conceptualización, el término jurídico porque es el único que el derecho reconoce y eleva a la categoría de requisito necesario a la existencia de los actos jurídicos.

Con esto creo haber logrado dar un concepto de causa que corresponde a su verdadera naturaleza y alcance, aplicando a la generalidad de los actos jurídicos; el pronunciamiento sobre su importancia se verá en la última parte. Parte crítica de la materia.

CAPÍTULO II

LA CAUSA EN ALGUNAS LEGISLACIONES

PÁRRAFO I

LEGISLACIONES QUE CONSERVAN LA TEORÍA DE LA CAUSA

CÓDIGOS FRANCÉS Y BELGA

Estos códigos, inspirados el primero en las ideas de Domat y Pothier, y el segundo copia fiel del primero, han adoptado el concepto de causa y lo legislan en sus Arts. 1108 y 1131 al 1133.

Se contiene en estas disposiciones los siguientes principios: a) que es una condición esencial a la validez de las convenciones una causa lícita en la obligación; b) que la obligación sin causa, con causa falsa o ilícita no surte efecto alguno; c) La convención es válida aun cuando no se exprese la causa, y d) la causa es ilícita cuando es prohibida por la ley o contraria las buenas costumbres o al orden público.

Es de advertir que el legislador francés, habiendo tenido fuentes como las obras de Domat y Pothier, no haya dado mayores explicaciones sobre la adopción de estos principios, no encontrándose en los trabajos preparatorios más que una que otra referencia en algunos pasajes de Bigot-Preameneu y Portalis. El primero reduce sus explicaciones a decir que “la causa está en el interés recíproco de las partes o en la beneficiencia de una de ellas”, y Portalis dice, por su parte, que “la causa consiste en el interés, es decir, en la ventaja que las partes encuentran al contratar. En la venta este interés es, para el vendedor, obtener el precio representativo de la cosa más bien que

su cosa misma; para el comprador, obtener la cosa más bien que el precio que representa su valor”.

CÓDIGO ESPAÑOL

La teoría de la causa, en este código, se encuentra consignada en diversos Arts. -1261, 1262 y 1274 al 1277- y se da en ellos una reglamentación más precisa que la dada en los precitados códigos.

La primera disposición que se hace referencia se encuentra como principio fundamental que, para que haya contrato, se precisa, entre otros requisitos (consentimiento y objeto), una causa de la obligación que se establezca. Cabe hacer notar que el Código Español establece en forma explícita que la causa es un requisito de existencia; fluye esta afirmación de los términos en que está concebido el Art. 1261, que dice al empezar: “No hay contrato sino cuando concurren...”.

Las demás disposiciones a que se ha aludido pueden resumirse en los siguientes términos: A) para que exista consentimiento deben coincidir las voluntades respecto de la cosa y la causa que han de constituir el contrato; B) Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno; es ilícita la causa contraria a la ley o a la moral; C) La falta de la causa expresada en un contrato no afecta a su eficacia si existe otra real y lícita; D) La existencia y la licitud de la causa se presumen, salvo prueba en contrario del deudor.

En el Art. 1274 se encuentra establecido el concepto de causa en las diversas especies de contratos, diciéndose que en los onerosos es causa para cada uno de los contratantes la prestación o promesa de una cosa o servicio por su co-contratante; en los remunerativos, el servicio o beneficio que se remunera y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.

CÓDIGO ITALIANO

El modemo Código Italiano Civil y Comercial, en su Art. 1325 exige los siguientes requisitos en materia de contratos y dice: a) una

declaración de voluntad; el consentimiento (si se trata de negocios bilaterales); b) LA CAUSA; la prestación (cuando se trate de negocio del que nace una obligación) dotada de determinandos requisitos; c) la forma, cuando es esencial (como en el Art. 606); d) la publicidad, cuando es constitutiva.

Estos son elementos para que el negocio o acto se perfeccione, esto es, sea válido.

Se refieren también a la causa los Arts. 1418, 1434, 1414, 1425, 1433.

Es de notar que este Código fue editado en 1942, reglamenta con detalles la teoría de la causa.

EL CÓDIGO URUGUAYO

Se refieren a la causa los artículos 1261 y 1287 a 1290; lo más interesante que se encuentra en él es que determina con claridad lo que se entiende por causa en los contratos a título oneroso; En todo contrato a título oneroso -dice- es causa de la obligación de una de las partes la ventaja o provecho que le procure la otra”

OTROS CÓDIGOS QUE CONSAGRAN LA TEORÍA DE LA CAUSA

Agrego a lo anterior, sin mayor comentario, los siguientes países que tienen códigos civiles, en los cuales se consagra la teoría en estudio:

Holanda, Rumania, Bolivia, Guatemala, Honduras, El Salvador, Ecuador, Venezuela, Colombia y Luisiana.

CÓDIGO CHILENO

Este código en la iniciación del Libro Segundo, que trata de las obligaciones en general y de los contratos, después de dar algunas definiciones preliminares, pasa en su título II a tratar los actos y declaraciones de voluntad y empieza con el artículo 1445, que establece

las condiciones necesarias para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad, y señala como tales condiciones las que siguen: 1°) que sea legalmente capaz; 2°) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicios; 3°) que recaiga sobre un objeto lícito; y 4°) que tenga una CAUSA lícita.

Complementando este artículo o en relación directo con él se encuentran los siguientes: Art. 1467 establece que no puede haber una obligación sin causa REAL Y LÍCITA.

Agrega esta misma disposición: pero no es necesario expresarla (se refiere a la causa). La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

En su inciso final de un concepto de causa al decir: Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Contrariamente al sistema seguido por otros códigos, que no definen la causa como sucede con el Código francés y español el Código Chileno lo hace en los términos que se ha transcripto.

DERECHO INGLÉS Y ANGLOAMERICANO.

En el derecho inglés y anglo-americano se establece la teoría de la consideration, que si bien es una institución similar a la causa, en la realidad es propia de este derecho, que no reconoce ninguna relación histórica ni con las causas especiales del derecho romano, ni con el concepto adoptado por el derecho europeo de las naciones latinas.

El origen de la consideration se remonta al derecho inglés medioeval, en que se requería para enajenar algún bien, que existiera a good or valuable consideration; Blackstone (1) dice que los actos deben fundarse en motivos buenos o suficientes, en considerations válidas o buenas, y, corroborando estos asertos, da la siguiente definición de contratos: Es una convención fundada en una consideración suficiente de hacer o no hacer una cosa particular.

PÁRRAFO II

LEGISLACIONES QUE HAN ABANDONADO LA TEORÍA DE LA CAUSA.

Los países que en ciertos modos han abandonado la teoría de causa en sus legislaciones, son los siguientes:

CÓDIGO DE PORTUGAL

Según el Código Civil de Portugal, los requisitos esenciales para la plena eficacia de los contratos son tres: capacidad de las partes, mutuo consentimiento y objeto posible. No menciona la causa como un cuarto requisito indispensable de todo contrato. Art. 643.

Empero de que la causa esté descartada como elemento del acto jurídico, la encontramos mencionada cuando trata los vicios del consentimiento y estatuye que el error de derecho sobre la causa del contrato origina su nulidad, salvo los casos de disposición en contrario de la ley; y que el error de hecho sobre la causa determina la nulidad cuando el contratante que lo haya sufrido declare, de conformidad de la otra parte, que solo en razón de esa causa hubo contrato. También cuando se menciona la causa al tratar del ejercicio de las acciones de nulidad, estableciéndose que si el contrato tiene por causa algún hecho criminoso reprobado, en que ambos contratantes estén convenidos, ninguno de ellos será oído en juicio acerca del contrato; pero si uno solo de los contratantes es el que ha actuado de mala fe, no se puede obligar al otro al cumplimiento.

CÓDIGO CIVIL DEL BRASIL

De las disposiciones del código brasileiro se desprende que en su doctrina general de los actos jurídicos no se considera la causa como un elemento indispensable de su existencia, lo que fluye de los términos del art. 90 del referido código, en que se expresa que; el acto es viciado por la falsa causa cuando ha sido expresada como razón determinante o bajo forma de condición. Esto significa que no es con-

siderada como requisito esencial ni para la eficacia ni para la formación del acto, sino en la hipótesis de que se la haya elevado a la categoría de condición, o sea, usando la propia expresión de la ley brasilera, cuando se haya expresado como razón determinante o bajo la forma de condición, que, a mi parecer, ambas situaciones son una misma o igual cosa.

CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

Este código, no obstante, de ser una obra minuciosa y un monumento jurídico contemporáneo, en ninguna de sus disposiciones ha estimado a la causa como requisito esencial a la existencia o validez de los actos jurídicos. La capacidad y la voluntad son en sus sistemas objeto de una atención concienzuda y cuando trata de las obligaciones provenientes de contratos, hace también mención expresa del objeto diciendo que: el contrato que tiene por objeto una prestación imposible, es nulo. Art. 306.

En el Libro Segundo, en que se reglamentan las relaciones obligatorias; sección séptima, en que se estudian las diversas relaciones de esta especie, se encuentran algunas disposiciones en que se habla de causa, pero sin tomarla en el sentido que tratamos en este estudio.

No obstante, lo dicho anteriormente, en varios artículos del citado código encontramos la causa, especialmente en el Art. 780 y 812.

CÓDIGO SUIZO

Este es un código de los dictados más recientemente en el año 1912 contiene disposiciones más o menos iguales a las del código alemán, y son muy pocas las que hacen mención a la causa; una de ellas es el art. 17 que considera válido el reconocimiento de una deuda, aunque en él no se enuncie la causa. Creo que, tanto en el derecho alemán como en el suizo, el término causa está tomado como sinónimo de fuente.

El art. 62 dice: Aquel que sin causa legítima se ha enriquecido a costa de otro, está obligado a la restitución. La restitución es debida

en particular de lo que se ha recibido sin causa válida, en virtud de una causa que no es realizada o de una causa que ha cesado de existir.

CÓDIGO AUSTRIACO

Tampoco hace este código alguna alusión a la causa, y solo cuando trata de las condiciones, dice, que si las partes han hecho del motivo o fin de su consentimiento, una condición que se expresa como tal, este motivo o fin debe ser considerado como agregando que, de otro modo, las estipulaciones en tal sentido no tienen ningún efecto sobre la validez de los contratos onerosos. Art. 901.

CÓDIGOS ARGENTINO Y PARAGUAYO.

Trato conjuntamente ambos códigos por ser su tenor idéntico.

En el código argentino y su similar paraguayo, no se encuentra ni cuando trata de los actos jurídicos en general, ni cuando trata de los contratos en particular, disposición alguna que eleve la causa al rango de requisito sine qua non de ellos; sin embargo, no puede afirmarse categóricamente que prescinda de la teoría de la causa en términos absolutos.

Descartada la disposición del art. 499, que la toma en el sentido de fuente al expresar que no hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia o de las relaciones civiles, tiene otras disposiciones en que parece estar tomada mas bien en el sentido que da a la palabra causa el derecho francés y chileno. Esta opinión debe advertirse que es muy discutida entre los tratadistas argentinos; así para Salvat, está tomada en el sentido de hecho generador, en tanto que para Pavón y Colmo está tomada en la acepción que le dan Domat y Pothier.

Los artículos 500, 501 y 502 de dichos códigos, se hablan de causa expresada, argumento que no es óbice a la de Salvat.

El doctor Colmo afirma, explicando su pensamiento sobre el particular, que si el art. 499 acepta que una obligación tenga causa ilícita, o sea, que su génesis se deba a un hecho o acto ilícito, el art. 502 no puede referirse a ella cuando prescribe que la obligación fundada en una causa ilícita no produce efecto¹⁹. Me parece acertada la opinión del Dr. Colmo, pues de otro modo o estaría demás la disposición del art. 502 o estaría en franca contradicción. Lo que no es dable pensar.

ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

En el anteproyecto del Código Civil Paraguayo del Profesor De Gásperi, tampoco encontramos disposición alguna que eleve la causa a la categoría de requisito del contrato o del acto jurídico.

El art. 1017 dice a la letra:

“Son requisitos esenciales del contrato: 1) El consentimiento esencial del contrato: 1) El consentimiento o acuerdo de las partes. 2) El objeto. 3) La forma, cuando resultare prescripta por la ley bajo la pena de nulidad.

Dando una razón a la supresión de la CAUSA, el autor del proyecto dice: “Omitimos el elemento CAUSA” del art. 1108 del C. francés y de sus imitaciones, porque para este código, la causa de deber está incluida en el consentimiento como intención motivada del agente, tal como lo explicamos bajo los N°s. 202 y 218 y bajo N° 391 de nuestro trabajo de las obligaciones”²⁰.

Yo creo que la teoría de la causa no ha sido verdaderamente abandonada por ninguna legislación. Efectivamente hay muchos códigos que la han suprimido como requisito de los contratos o de las

¹⁹ Anteproyecto del Código Civil del Profesor De Gásperi, pág. 299.

²⁰ El art. 673 del Proyecto de Código que actualmente se encuentra en el Congreso es idéntico al del anteproyecto N° 1017, transcrito anteriormente. En los momentos que escribo este trabajo leo en los periódicos que ha sido aprobado como ley, dicho proyecto, desconozco si ha habido alguna modificación sobre el particular.

obligaciones, pero la encontramos en otras disposiciones, por ejemplo, en el enriquecimiento sin causa. Lo mismo que cuando sea legislada por la falta de causa o la causa falsa o la causa injusta.

Creo que es más conveniente legislar sobre la materia debiendo sí, reglamentarla debidamente para evitar discusiones y malas interpretaciones. En la parte crítica de este trabajo expondré las razones que me llevan a tal aserto.

TERCERA PARTE

EXAMEN CRÍTICO DE LA TEORÍA DE LA CAUSA Y SUS CONCLUSIONES

CAPÍTULO I

EXAMEN CRÍTICO DE LA TEORÍA DE LA CAUSA

ENUNCIADO

En el desarrollo de este tema he procurado en lo posible tocar todos aquellos aspectos que me han parecido como de mayor importancia y que me permitirían finalizar con una exposición de las conclusiones a que hubiere llegado.

En la primera parte, que llamé de mera exposición, seguí una trayectoria cronológica que nos permitió hacer un examen a grandes rasgos de la evolución que ha experimentado al Derecho Civil en lo que se relaciona con la TEORÍA DE LA CAUSA, desde los tiempos romanos hasta la época de los códigos modernos, para arribar, en seguida, al estudio teórico propiamente, con un criterio ya formado, y poder, en consecuencia, movernos con seguridad en un campo tan lleno de obstáculos, como es el que presenta este estudio.

El caminar por las diversas etapas de la vida del derecho nos revela un hecho de importancia evidente para esta investigación y que consiste en que la existencia de la teoría de la causa se encuentra

estrechamente vinculada, desde su nacimiento, al problema relacionado con el rol que desempeña la voluntad en el nacimiento y existencia posterior de los actos jurídicos.

En el derecho primitivo de Roma, la voluntad por sí misma no era suficiente para crear vínculos de derecho, posteriormente se le dió mayor importancia hasta llegar a aceptar la categoría especial de actos jurídicos llamados CONTRATOS CONSENSUALES, a los cuales el solo consentimiento perfecciona; pero quedaba aún mucho que hacer al respecto, cuando por las invasiones bárbaras se tronchó la vida de Roma hasta en sus más transcendentales obras, acontecimiento que significa en la vida del derecho un largo período de estacionamiento.

Finalmente la obra de los jurisconsultos romanos no desapareció y fue legada a la posteridad con los dos problemas principales que resolver en relación directa con la participación de la voluntad y su valor: el de los actos de estos y debido en gran parte a la influencia de los canonistas, fue que surgió la teoría de la causa, imprecisa y vacilante en un principio, y adoptada y precisada definitivamente por los precursores del Código de Napoleón: Domat y Pothier, llegando hasta nuestros días rodeada de discusiones que aún no han terminado, pudiendo afirmarse que el problema se encuentra en pie, sin haber sido resuelto.

La incertidumbre que rodea a este elemento de los actos jurídicos deriva, en gran parte, más que de la negación que de su importancia y existencia se hace por muchos autores, de la disconformidad y desorientación que se nota entre sus defensores. Hablan estos últimos de causa de los contratos, de causa de los contratos, de causa de las obligaciones, de causa de los actos jurídicos en general, indistintamente; esto que se observa entre los tratadistas sucede también entre los Códigos; frente a este problema ha optado por la opinión que la considera como elemento común a todos los actos jurídicos, que es la más aceptada y moderna.

La mayor dificultad que aparece al estudiar esta materia ha sido creada precisamente por los autores causalistas, que en sus investigaciones no han seguido un camino independiente que deje la impresión de que causa es un elemento susceptible de ser considerado en sí mismo, sino que siempre se nota en ellos cierta confusión; unas veces los vemos en sus exposiciones haciendo incursiones por el terreno propio del objeto de los actos jurídicos, y otras los vemos mezclando lamentablemente a la causa con la voluntad o con el consentimiento, según los casos; de ahí que a menudo se afirme por los que objetan el concepto de causa que no es un elemento distinto de los actos jurídicos, sino que se identifica o con el consentimiento o con el objeto, sino que sea posible atribuirle una existencia propia, ni de justificarse, consecuentemente, por sí misma.

La confusión del objeto con la causa no es posible admitirla, el objeto es el derecho que crea el acto jurídico, pero como este derecho no puede existir sin el supuesto de una cosa o un hecho sobre que recaiga, se confunde su existencia con una cosa o con un hecho, según los casos.

Confundir la causa con la voluntad también es un error; es lo mismo que confundir el todo con una de las partes; decir la causa es el consentimiento, es caer en un error semejante a aquel en que incurrió un rey de Francia que se confundió con el Estado, error que tuvo funestas consecuencias para su país y para sus descendientes.

Creo que es el infortunio en que cae el Profesor De Gásperi al justificar la supresión de la teoría de la causa en el art. 1017 de su Anteproyecto al expresar: Omitimos el elemento CAUSA del art. 1108 del C. francés y de sus imitaciones, porque -dice- para este código, la causa de deber está incluida en el consentimiento como intención motivada del agente Pág. 299 del Proyecto de Código.

CAPÍTULO II

CONCLUSIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA CAUSA

PÁRRAFO I

LOS TIPOS DE CAUSA QUE INTERESEN A ESTE ESTUDIO

LA CAUSA EFICIENTE

Sin duda alguna que este tipo de causa no presenta mayores problemas y después de una breve explicación, procederemos a eliminarla de la tesis, para dirigir este análisis a la CAUSA FINAL o TELEOLÓGICA, que es la que verdaderamente presenta problemas y son los que pretendo aclarar.

Puedo afirmar sin temor a equivocarme que la voluntad actúa como CAUSA EFICIENTE. Nadie lo niega pero, lo que es en virtud de una función delegada, de una función que le otorga el derecho; es el Derecho la causa unívoca del efecto jurídico. Sin duda, la voluntad desempeña un papel. Sin ella, el Derecho no logra llegar al acto jurídico porque carece de iniciativa. El individuo es el que la posee. Sin ella el Derecho puede proporcionarnos efectos jurídicos de Derecho Privado porque no puede encontrar, como norma general e impersonal, en contacto directo con los particulares. Estas condiciones no pueden convenir a ningún sujeto individual.

La voluntad y el Derecho son dos formas de energía que se desplazan en forma diferentes en la superficie del campo del Derecho privado, persiguiendo, sin embargo, idénticos fines; la voluntad promoviendo con su constante actividad, el indefinido engrandecimiento e intensificación de la vida jurídica y social, y el Derecho, con sus medios, salvando y estimulando el movimiento y energía social, ambos, en perfecta comunión labran y organizan la obra portentosa de una sociedad que se regirá en lo posible y en le porvenir por instituciones perfectas.

LA CAUSA FINAL

La causa final es el fin. Dicho de otro modo, lo que se tiene en vista al ejecutar la acción. Es cierto que el fin, siendo posterior al acto no puede ser considerado como causa. Pero, cuando se dice que el fin determina el acto, significa que es el fin representado en el espíritu del sujeto, es decir, la verdadera causa es esta idea del fin. Esta idea existe en el espíritu del sujeto, es decir, la verdadera causa es esta idea del fin. Esta idea existe en el espíritu del sujeto con anterioridad al acto. Se sigue de esto, que el orden de ejecución se reproduce en sentido inverso al de representación; más aún, lo que es lo último en la ejecución (el fin) es lo primero en la concepción (la idea de fin).

Así lo reconoce Capitant cuando dice: la voluntad del que contrata está siempre y necesariamente dominada por el deseo de llegar a fin previsto por él²¹.

PÁRRAFO II

NATURALEZA DE LA CAUSA FINAL

Durante mucho tiempo, como se ha dicho anteriormente, se sostenía que la causa era un elemento de la voluntad o del consentimiento y de consiguiente su naturaleza era de carácter subjetivo. Estas doctrinas o teorías que han sido abandonadas, gran parte, y reemplazadas por una moderna concepción que sostiene que la causa es un elemento del acto jurídico; elemento establecido por la ley o el ordenamiento jurídico, como un requisito de validez de los actos jurídicos. Lo cual se destaca más en los contratos.

Yo me adhiero a esta corriente de la objetividad del elemento causa, porque es muy fácil comprender que, si es la ley que la consagra y exige como requisito de los actos jurídicos, a la causa, su carácter es objetivo. No es pues subjetivo como los motivos que mueven a los contratantes a la celebración de algún negocio jurídico. Siendo

²¹ Capitant. De la causa des obligations, pág. 11.

esta característica una de las grandes diferencias entre la causa final y los motivos.

Mientras el acto jurídico sea considerado como un medio, pero sin referencia al sujeto para cuya utilidad se ha dispuesto y que lo emplea, no se puede apreciar adecuadamente su causa final.

En cambio, quien no se detenga en esto, sino que considere que el negocio o acto no entra en su momento dinámico, a menos que sea puesto en movimiento por un sujeto, y que el sujeto que se vale de él para conseguir el efecto propio del acto jurídico, viene a poner de relieve la que es verdaderamente LA CAUSA, esto es, identifica la causa del negocio con la finalidad del mismo, estableciendo la ecuación causa - finalidad. La causa del acto jurídico es, en efecto, su finalidad, en el sentido de que el sujeto, en tanto emplea el acto jurídico, en cuanto se promete obtener de él un determinado efecto (que valga para satisfacer una necesidad y un interés suyos); la causa, por tanto, viene a ser elemento teleológico, y el acto jurídico aparece en aspecto de medio, en relación a un fin.

Resulta equívoca la opinión que niega la existencia de un elemento autónoma causa, y que tiende a asimilar al consentimiento o a la voluntad.

La causa final del acto jurídico, aún debiendo pasar necesariamente a través de un sujeto, para realizarse no deja de ser ELEMENTO OBJETIVO. La misma es, pues, finalidad típica y constante, cualquiera que sea el sujeto empírico que se valga del acto jurídico y cualesquiera que sean sus móviles individuales; la misma no varía si, en vez del sujeto Pedro, se vale del negocio del sujeto Juan, Antonio o Sigismundo, etc.

Por ejemplo, Pedro realiza un préstamo (mutuo) haciéndose prestatario, consigue siempre el resultado de obtener la disponibilidad de una suma de dinero o de una cantidad de cosas; y si, en el ejemplo, se sustituye Pedro por Juan, Antonio o Sigismundo, la finalidad del préstamo no cambia; el sujeto prestatario, al recurrir al

préstamo, no puede ponerse otra finalidad que la antes indicada. Por consiguiente, la causa del negocio es finalidad objetiva y no subjetiva.

La finalidad del acto jurídico es inmutable y no está tampoco ligada a la representación (exacta o equivocada) que haga de ella determinado sujeto. Puede ocurrir que el negocio sea empleado por el sujeto en la convicción errónea de que le permita conseguir un determinado efecto; y, sin embargo, el acto jurídico produce solamente el efecto de que es constitucionalmente capaz, no otro efecto; esto, precisamente porque la causa, es decir, su finalidad, es elemento objetivo. La causa pues además de ser un elemento permanente, objetivo, es también independiente e impersonal. Características que la hacen inconfundible no con el objeto del negocio jurídico ni con los motivos de las partes contratantes.

Una vez concebida la causa como finalidad, o sea como algo que permanece extraño al sujeto, uno se da cuenta de la razón de que la misma no puede tener nexos con la voluntad del declarante (que es elemento subjetivo, o sea la voluntad) y, por consiguiente, tampoco puede tener el carácter subjetivo como se ha sostenido por muchos tratadistas incluso por el Profesor De Gásperi.

Del mismo modo que cada negocio jurídico tiene una función típica así también cada negocio se presenta al sujeto como el medio para conseguir determinada finalidad típica y, por consiguiente, a cada finalidad típica corresponde un determinado acto jurídico: tantas finalidades o sea tantas causas, cuantos son los posibles negocios o actos jurídicos.

Por consiguiente, la causa actúa también como elemento diferenciador de los tipos singular de actos jurídicos, ya que cada uno de ellos tiene una causa que es inconfundible con la de los demás.

Esta opinión que he expuesto anteriormente sobre la naturaleza de la causa final, se encuentra avalada por grandes civilistas modernos, en especial por el profesor de la Universidad de Milán, quien al comentar uno de los Códigos Civil y Comercial más moderno

del mundo, dictado apenas en 1942, expone su pensamiento con similares argumentos²².

PÁRRAFO III

FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS DE LA CAUSA

ENUNCIADO

En resumen, de todo lo anterior puedo concluir que la CAUSA FINAL es de gran utilidad, tanto por las funciones que desempeña dentro del acto jurídico, como por sus inconfundibles características y su autonomía como ente jurídico.

FUNCIONES

Como funciones de la causa puedo mencionar las siguientes:

A) Sirve para individualizar cada tipo de acto jurídico: compra-venta, donación, adopción, etc., en cada contrato está su causa diferenciadora. En este sentido no puede faltar nunca la causa porque si faltare, no existiría el acto mismo.

B) Como descripción parcial del contenido del negocio jurídico.

C) Como finalidad del acto jurídico; y

D) Como justificación o fundamento de una atribución de bienes. La razón concreta de determinado negocio jurídico atributivo, esto es, de enriquecimiento, es puesta de relieve por su causa, porque aquí la causa es la finalidad del negocio.

En esta función de la causa, califica de manera diversa el acto, así puede ser: a) causa credendi o adquirendi; b) causa donando; c) causa solvendi; cuando se cumple una obligación contraída.

²² Mesineo. Tratado de Derecho Civil y Comercial, II Tomo, páginas 332 y siguientes.

CARACTERÍSTICAS DE LA CAUSA

Por último, veremos las características que hacen inconfundible el elemento causa:

- A) Es causa final o teleológica.
- B) Es elemento diferenciador de los actos jurídicos.
- C) Es un elemento objetivo distinto a la voluntad de los contratantes, por ser creada por la Ley.
- D) Es una finalidad típica y constante.
- E) Es un elemento inmutable, está establecida por la ley y las partes no pueden cambiarla.
- F) Es un elemento permanente; y
- G) Es impersonal; el sujeto elige el contrato a celebrar, pero no impone su personalidad la causa del contrato elegido.



El abuso, la lesión y la imprevisión en el nuevo Código Civil Paraguayo

Prof. Dr. Guillermo Borda ¹

Luego de más de cien años de vigencia del Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield para la República Argentina, el Paraguay se ha dado su propio Código. Era necesario, casi diría indispensable tomar esta decisión, dado que el Código de Vélez Sarsfield no contempla ya las nuevas circunstancias del mundo contemporáneo. No en vano ha transcurrido más de una centuria desde que aquel fue proyectado. Una centuria densa en notables cambios políticos, económicos y sociales. La mentalidad positivista que inspiró los Códigos del Siglo pasado, se nutría de un ciego apego a la letra de la ley y de los contratos. Montesquieu decía que “el Juez es un ser inanimado que repite las palabras de la ley sin suavizarles la fuerza o el rigor”. Bugnet dijo: “Yo no conozco el derecho civil, yo enseño el Código Napoleón”. A Laurent, según nos dice Planiol, las soluciones injustas o desagradables no lo asustaban.

La sociedad de nuestros días tiene una sensibilidad distinta. El valor justicia ha adquirido una notable relevancia. Esa apetencia de justicia debía traducirse en una nueva mentalidad jurídica y llevarse a los textos de la ley. Es lo que ha hecho el nuevo Código Civil paraguayo al incorporar instituciones tales como el abuso del derecho, la lesión y la teoría de la imprevisión. Es lo que había hecho ya en mi país la Reforma de 1968 cuyas repercusiones son tan vastas que ha podido decirse con razón, que a partir de esa fecha, la Argentina tiene también un nuevo Código Civil.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 15-1986.
Conferencista invitado por la Excma. Corte Suprema de Justicia. 2da. Exposición.

Me propongo analizar brevemente estas instituciones a la luz de la experiencia argentina de casi veinte años de vigencia de normas análogas.

Empezaré por el abuso del derecho. El nuevo artículo 372 dispone que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo del derecho no está amparado por la ley y comprometen la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar, aunque sea sin ventaja propia o cuando contradiga los fines que la ley tuvo al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley puedan ejercerse discrecionalmente”.

Este texto incorpora al derecho paraguayo una institución que se ha abierto camino en el derecho contemporáneo, no sin vencer serias resistencias. Los juristas liberales y positivistas lo han mirado con indisimulada desconfianza de los textos legales. Solo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades; mientras las personas actúen dentro de aquellos límites, no hay porqué investigar intención o preocuparse por el perjuicio sufrido por terceros. De lo contrario, se sostiene, no habría derecho; todos estaríamos sometidos a la arbitrariedad de los poderes públicos, la libertad y la seguridad quedarían ardidados, el espíritu de iniciativa ahora. Es necesario que los hombres tengan algo seguro como base para desenvolver sus actividades; que sepan, de manera clara y definida, que es lo pueden y que es lo que no pueden hacer. Y la única manera cierta de ese campo de acción es la ley. Es una defensa, algo así como un campo dentro del cual el individuo pueda desenvolver sus actividades sin temor ni miedo. Si de ello resulta un perjuicio para terceros, tanto peor para ello la ley dura lex, sed lex. Estos perjuicios ocasionales deben reputarse un sacrificio en aras del bien social que resulta de la afirmación absoluta de los derechos individuales.

No obstante, la fuerza lógica de estos argumentos, la teoría del abuso del derecho más allá de los límites de la buena fe. Los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe, tienen un espíritu que es la razón por

la cual la ley los ha concedido. Como dice Josserand, tiene una misión que cumplir, contra la cual no puede rebelarse, no se basta así mismo, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que estos los desborda al mismo tiempo que los justifica, es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley. El derecho no puede amparar el proceder inmoral.

El nuevo art. 372 adhiere a este concepto del ejercicio de los derechos.

Debe destacarse el rigor técnico y acierto con que esta disposición ha sido redactada. Sienta en primer término el principio de que los derechos deben ejercerse de buena fe y que el abuso del derecho no está amparado por la ley. En segundo lugar, dispone que el que hubiere obrado de esa manera, es responsable por los perjuicios que cause. Por último, dispone que la teoría del abuso del derecho no es aplicable a aquellos que por su naturaleza o en virtud de la ley puedan ejercerse discrecionalmente.

Respecto de esta salvedad final contenida en el art. 372, diré que ella responde a lo que es doctrina prácticamente unánime. Existen, en efecto, un pequeño grupo de derechos que tienen algo así como un privilegio de inmunidad, que permite su ejercicio con razón o sin ella, pues puede ocurrir que haya un interés superior, socialmente hablando, en asegurar la aplicación automática del derecho sin entrar a juzgar los móviles que inspiren a los hombres; tales por ejemplo, el derecho de pedir la división de un condominio o la partición de una herencia, el de disponer por testamento de la porción que no corresponde a los herederos forzosos. Por ello se los ha llamado derechos incausados, absolutos, soberanos, o como hace el Código paraguayo, discrecionales. Pero repito, se trata de casos del todo excepcionales, pues el gran principio, la gran regla del derecho moderno es que los derechos no pueden ejercerse abusivamente.

Una aplicación importantísima de este nuevo concepto de la relatividad de los derechos, lo da el nuevo Código paraguayo en el art. 1954. Conocido es el carácter absoluto e irrestricto que el Código de

Vélez Sarsfield atribuía al derecho de propiedad. El art. 2513 confería al propietario el derecho no solo de usar de la cosa, sino también de desnaturalizarla, degradarla y destruirla. Y en la nota respectiva, Vélez Sarsfield insistió en la facultad del propietario de abusar de su derecho, afirmando que es preciso reconocer que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa, pues toda restricción preventiva tendría más peligros que ventaja. Si el Gobierno -agregase constituye en Juez del abuso, no tardaría en convertirse en Juez del uso y toda verdadera idea de propiedad y libertad que daría perdida.

Este concepto irrestricto del derecho de propiedad, no se aviene ya con la sensibilidad moderna. Ya la doctrina social de la Iglesia sentó en la encíclica *Populorum Progressio*, conceptos que hoy tienen un consenso prácticamente universal. En aquel señero documento papal se dice que la propiedad privada no constituye para nadie un derecho incondicional y absoluto; y agrega que el derecho de propiedad no debe ejercitarse jamás en detrimento de la utilidad común.

La reforma al Código Civil argentino de 1968 acogió estos conceptos disponiendo que el propietario tiene derecho a poseer la cosa, disponer a servirse de ella conforme a un ejercicio regular (art. 2513); y que el ejercicio de estas facultades no puede ser restringido en tanto no fuere abusivo (art. 2514).

También el nuevo Código Civil paraguayo se ha alineado en esta posición, con una disposición notable por la riqueza de su contenido, el art. 1954, que dispone en su primer párrafo, que “la ley garantiza al propietario el derecho pleno y exclusivo de usar, gozar y disponer de sus bienes, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas en este Código, conforme con la función social y económica atribuida por la Constitución Nacional al derecho de propiedad”.

Queda así sentado que el derecho de propiedad no es absoluto, que tiene una función social y que no puede ejercerse abusivamente.

Guarda estrecha relación con el tema tratado hasta aquí, el problema de la lesión como vicio de los actos jurídicos. Sabido es que Vélez Sarsfield la repudió en su nota al art. 943 sosteniendo que el consentimiento libre, prestado sin dolo, error o violencia y con las formalidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos; pues si la ley -agrega- nos permitiera enmendar todos nuestros errores o todas nuestras imprudencias, dejaríamos de ser responsables de nuestros actos.

Pero la vida demuestra con frecuencia casos en que una de las partes de un contrato se ha aprovechado de la situación de inferioridad de la otra para hacerla aceptar condiciones que repugnan a la equidad y por lo tanto a la moral. De ahí que la legislación moderna acepta que también la lesión es un defecto que vicia los actos jurídicos. El nuevo Código Civil paraguayo ha aceptado este principio. El art. 671 expresa que, si uno de los contratantes obtiene una ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe del otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de este, podrá el lesionado, dentro de dos años, demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción de las contraprestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario. El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación, que será judicialmente establecida, tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y de su modificación”.

Esta disposición guarda marcada analogía con el nuevo art. 954 del Código Civil argentino, según la modificación de 1968. Y por ello es bueno tener en cuenta nuestra experiencia judicial en la aplicación de la norma.

Los jueces argentinos han sido reticentes en la aplicación de esta norma, que a mi juicio, han desvirtuado en buena medida. Me refiero particularmente al párrafo en el cual se dispone que se presume, salvo prueba en contrario, que ha mediado explotación de la otra parte en caso de notable desproporción de las prestaciones. En los primeros tiempos de aplicación de la reforma de 1968, nadie dudó

de que existe explotación por una de las partes de la situación de inferioridad de la otra, cuando la desproporción es notable. Pero luego ha empezado a abrirse paso una teoría según la cual es menester distinguir dos elementos subjetivos en la lesión; uno, la explotación por una de las partes; otro, el estado de inferioridad de la parte explotada. Según esta teoría, la notable desproporción de las contraprestaciones bastaría para presumir la explotación, pero el que demanda la nulidad del acto debe siempre probar su situación de inferioridad, es decir, su necesidad, ligereza o inexperiencia.

Esta teoría es propia de juristas inclinados a partir un cabello en dos. La explotación por una de las partes es inescindible de la situación de inferioridad de la otra, porque de lo contrario, es decir, si no existe situación de inferioridad, no puede hablarse de explotación. Por lo demás ¿Cómo puede el actor probar que ha obrado con ligereza? ¿Acaso la notable desproporción de las contraprestaciones no es la mejor prueba de que ha obrado al menos con ligereza? Salvo que haya mediado animus donandi, la excesiva desproporción de las contraprestaciones solo puede explicarse porque se ha obrado con ligereza, necesidad o inexperiencia. Pero el animus donandi no se presume; debe ser probado por quién sostiene la validez del acto, como lo dispone el art. 671 al dejar a salvo la prueba en contrario.

Cuando la ley ha dispuesto que debe presumirse la explotación en caso de notable desproporción de las contraprestaciones, es obvio que tal presunción se refiere a todo el elemento subjetivo de la lesión.

Otra tendencia de los jueces argentinos a aplicar restrictivamente el vicio de lesión, se manifiesta en la tesis sostenida en un fallo de la Cámara en lo Comercial de Buenos Aires, según el cual los comerciantes no pueden aducir ni ligereza ni inexperiencia y que solo podrían invocar -y probar- el estado de necesidad. Esta tesis pasa por alto el hecho de que también el comerciante puede obrar con ligereza, tanto más cuanto que la velocidad que a veces asumen las transacciones comerciales los exponen a realizar negocios sin la debida reflexión, es decir, con ligereza. En cuanto a la inexperiencia, basta

pensar que los negocios civiles o comerciales que puede realizar un comerciante son de la más diversa naturaleza, para concluir en que un comerciante puede tener experiencia para cierto tipo de negocios, pero no para otros. Por lo demás, si la desproporción es notable, basta con la ligereza con que indudablemente ha debido contratar el comerciante, para legitimarlo para invocar la existencia de lesión.

Volvamos al tema de la ligereza y a la reticencia de los jueces argentinos para invalidar un acto por lesión. La Sala A de la Cámara Civil de Buenos Aires ha declarado que la ligereza jamás puede interpretarse como una conducta imprudente de la víctima; según ese Tribunal su alcance preciso es bien delimitado, vinculándose con situaciones patológicas o psicopatológicas, pues no se procede con ligereza voluntariamente, sino a pesar del sujeto, porque no tiene la salud mental suficiente como para interpretar el alcance de sus actos.

Es un factor claramente deformable de la ley. Se la hace decir lo que ella no dice. ¿De donde se saca que la ley ha querido referirse tan solo a las personas que sufren un estado patológico y psicopatológico? ¿Acaso una persona normal no puede obrar en ligereza? Y la ley habla de ligereza a secas, sin exigir ninguna otra condición. No se trata claro está, de que los jueces intervengan en todo mal negocio para ayudar al irreflexivo. Pero cuando ese mal negocio se ha traducido en una desproporción notable (como dice el art. 671 del Código paraguayo y el art. 954 del Código argentino) de las contraprestaciones, entonces sí deben intervenir para restablecer la equidad que está en las entrañas del vicio de lesión.

Vuelvo a insistir en la importancia de la disposición que presume la explotación de la situación de inferioridad en caso de notable desproporción de las contraprestaciones. De lo que se trata, repito, es de salvar la equidad de las convenciones. Ya Pothier en una de sus obras, hace esta “bella declaración” según la califica Ripert: “La equidad debe reinar en las convenciones, de donde se sigue que en los contratos onerosos, en los cuales uno de los contratantes da o hace algo para recibir una cosa por lo que da o hace, la lesión que sufre

uno de los contratantes, aún cuando el otro no haya recurrido a ningún artificio para engañarlo, basta por sí misma para viciar los contratos. Porque, agrega Pothier- consistiendo la equidad en materia de negocios en la igualdad, desde que se menoscabe esa igualdad y uno de los contratantes de más de lo que recibe, el contrato está viciado porque peca contra la equidad que debe presidirlo”.

La equidad es pues la gran justificación, el gran fundamento moral de la lesión como vicio de los actos jurídicos. Si perdemos de vista esto tendremos que admitir que hemos retrogradado respecto de lo que ya hace siglos enseñaba el viejo Pothier.

Es necesario destacar, empero, que la ley admite prueba en contrario. Es la parte demandada por lesión la que tiene que probar que la diferencia entre las contraprestaciones tuvo una causa legítima, como podría ser el ánimo de hacer una liberalidad o el pago del valor afectivo de una cosa. Así ocurriría, por ejemplo, si se obtiene un precio que no guarda relación con los valores corrientes, por una propiedad familiar y más si tiene valor histórico.

Va de suyo que solo los contratos onerosos pueden estar viciados por lesión, puesto que en los gratuitos las obligaciones pesan sobre una sola de las partes y, por lo tanto, mal puede hallarse de la desigualdad de las contraprestaciones. Tampoco los contratos aleatorios pueden entrañar lesión, por más que las obligaciones a cargo de una de las partes resulten en definitiva considerablemente más gravosas que los de la otra, porque ello es propio de la naturaleza de estos contratos, en los que los hechos que escapan a la voluntad de las partes, aunque previstos, puedan favorecer notablemente a una de ellas. Sin embargo, no debe darse a esta regla un carácter absoluto. A veces, los contratos aleatorios son celebrados en condiciones tan contrarias a la equidad, que cabe en estos casos extremos aplicar también la nulidad por lesión. Ello ocurre cuando existe una notable desproporción de las contraprestaciones ocurran o no los hechos que constituyeron el alea del contrato. Así lo han decidido por jueces franceses en caso de venta de inmuebles cuyo precio consistía en una

renta vitalicia inferior al valor de los productos del inmueble o a los intereses del capital que representa su valor estimativo.

Cabe preguntarse quienes tienen la acción fundada en el vicio de lesión. El texto argentino la confiere al lesionado y sus herederos; el paraguayo solo se refiere al lesionado; pero creo que la solución debe ser igual, aunque no se haya mencionado expresamente a los herederos, porque estos, en su carácter de sucesores universales del causante, tienen las mismas acciones que tenía aquel.

En cambio, la acción derivada del vicio de lesión no puede ser intentada por los acreedores en ejercicio de la acción oblicua; tal es al menos, la opinión predominante en la jurisprudencia y doctrina argentinas.

¿Puede el Estado invocar la lesión para pretender la anulación de un acto jurídico? Parece preferible la solución negativa, puesto que no se ve cómo el Estado podría invocar su ligereza (dado los controles administrativos existentes como recaudo para todo acto que comprometa sus bienes); ni su necesidad (dado que si necesita algún bien puede expropiarlo); ni su inexperiencia (dado que debe suponerse experiencia y aptitud en los altos funcionarios capaces de comprometer su patrimonio). Pero no hay inconveniente alguno en que los particulares la invoquen frente al Estado.

Cabe preguntarse si la víctima de la lesión tiene una acción subsidiaria por daños y perjuicios. Considero que hay que distinguir dos hipótesis: si lo que se pide es la modificación de las obligaciones notoriamente desproporcionadas o si el demandado por lesión ha ofrecido un equitativo reajuste, el interés del actor queda agotado con la reducción de las prestaciones excesivas, ya que el perjuicio sufrido queda suficientemente reparado con esa reducción; pero si lo que se ha pedido y logrado es la nulidad del acto, parece indudable que además de la acción de nulidad del acto, hay otra subsidiaria por los daños y perjuicios que el acto puede haberle ocasionado al lesionado, puesto que nos hallaríamos en presencia de una conducta ilícita, cuyas consecuencias hay que reparar integralmente. Había aquí una

simple aplicación del principio sentado por el art. 364 del Código Civil Paraguayo.

He dicho ya que entre la norma del Código Civil Paraguayo que incorpora a su derecho positivo y la correspondiente del Código Civil Argentino, hay una identidad prácticamente completa, salvo ligeras variaciones en la redacción de los textos. Pero hay una diferencia que debo destacar: mientras el Código Argentino fija el plazo de prescripción en cinco años, el paraguayo lo fija en dos. Esta cuestión fue objeto de consideración en el seno de la Comisión que proyectó la reforma de 1968 al Código Civil Argentino; se discutió si debía aplicarse el mismo plazo que rige para las nulidades derivadas de los vicios de los actos jurídicos (error, dolo y violencia) o si debía fijarse un plazo más amplio. Terminó prevaleciendo esta opinión, en base a las siguientes consideraciones: en primer lugar, que el estado de inferioridad que ha llevado a contratar en condiciones desventajosas suele prolongarse considerablemente en el tiempo; en segundo lugar, que con relación al vicio de error o de dolo, el plazo empieza a correr desde que se conoció el vicio y en el caso de la violencia, desde que cesó esta, lo que puede prolongar apreciablemente el plazo para el ejercicio de estas acciones. En cambio, en el caso de lesión, el plazo empieza a correr desde el instante mismo de la celebración del acto. Pero, aunque estas razones pesaron en el ánimo de los reformadores para extender el plazo, debo reconocer que la solución del Código Civil Paraguayo es más congruente con el criterio que se aplica en el caso de los otros vicios de los actos jurídicos.

Estrechamente vinculado con el tema que acabo de tratar, es el de la teoría de la imprevisión. Esa vinculación queda patente en el nuevo Código Paraguayo en el cual ambas instituciones son legisladas una a continuación de la otra (arts. 671 y 672).

La institución que ahora analizamos tiene serios fundamentos jurídicos y una vieja prosapia histórica. En efecto, suele ocurrir que luego de la celebración de un contrato de ejecución diferida o continuada se produce una alteración profunda en las circunstancias,

principalmente económicas, existentes al momento de la celebración. Los precios de la mercadería varían sustancialmente, la escasez de mano de obra consecuente a una motivación militar hace dificultosa el cumplimiento. No es imposible cumplir (si lo fuera se trataría de un caso de fuerza mayor); pero el cumplimiento se hace sumamente gravoso y quizás origine la ruina del deudor. La teoría de la imprevisión postula bien sea la resolución del contrato, bien sea el reajuste de sus cláusulas.

El origen de esta teoría se remonta al derecho romano, en que algunos textos hacían aplicación de la cláusula llamada *rebus sic stantibus*, que se consideraba implícita en los contratos y que significaba que estos se entienden por dos en la inteligencia de que subsistirán las condiciones en las cuales se contrató y que cuando ello no ocurre y se produce una transformación de tales circunstancias, los jueces están autorizados a revisar el contrato. Aplicada luego por glossadores y canonistas, la teoría mantuvo su vigencia hasta que a fines del Siglo XVIII sufrió un ocaso como con secuencia del triunfo del capitalismo y del liberalismo en el terreno económico y jurídico. Recién después de la Primera Guerra Mundial el problema fue actualizado nuevamente. Las profundas alteraciones provocadas en la economía mundial por las dos grandes guerras y el fenómeno de la inflación que en algunos países ha tenido carácter agudísimo, no podía dejar impasibles a legisladores y jueces. Nuevamente la teoría de la imprevisión cobró vigencia, no sin vencer serias resistencias.

Estas han provenido sobre todo de juristas de cuño liberal, cuyas objeciones pueden sintetizarse de la siguiente manera: 1) el contrato es sobre todo, un acto de previsión; quién celebra un contrato de tracto diferido o de ejecución diferida se propone precisamente asegurarse contra todo cambio; y resulta que esa previsión que ha estado en el alma del contrato y en la intención de las partes, quedaría luego frustrada por la aplicación de esta teoría; 2) los pactos se hacen para ser cumplidos; toda teoría que conduzca, a apartarse de esta regla introduce un factor de inseguridad e inestabilidad en las relaciones jurídicas; 3) en el cumplimiento estricto de los contratos

media no solo una cuestión jurídica sino también una moral: el respeto por la palabra empeñada es una cuestión de honor; 4) la teoría de la imprevisión otorga al Juez facultades excesivas y peligrosas y abre las puertas a un intervencionismo estatal que debilita progresivamente el principio de la autonomía de la voluntad.

Estas objeciones son coherentes con la concepción liberal del derecho, cuya rigidez es incompatible con el espíritu del derecho moderno. Una cosa es el respeto de los pactos, principio cuya bondad nadie podría discutir, y otra hacer de los pactos un instrumento de opresión y de injusticia. No es tampoco dudosa que el contrato es un admirable instrumento de previsión; más aún, que muchas veces las partes quieren asegurarse contra un cambio de circunstancias. Mientras todo este se mantenga dentro de límites razonables, el contrato debe ser cumplido a pesar de que se haya hecho más oneroso para una de las partes que en el momento de suscribirlo. Pero cuando la alteración de las circunstancias es razonablemente imprevisible; cuando esa alteración ha agravado tan sustancialmente las obligaciones del deudor que este no podría ser obligado a cumplirlas sino a costa de su ruina o de sacrificios excesivos, no se puede mantener en todo su rigor la letra del contrato sin contrariar su espíritu. Porque en el espíritu de las partes ha estado celebrar un convenio que impone a ambas condiciones equitativas; y esto, que es también una de las previsiones del contrato, se vería desvirtuado por una aplicación inexorable de sus cláusulas. Tampoco puede dudarse de que el cumplimiento del contrato es también una cuestión de moral; pero este principio solo rige respecto de las consecuencias pre- visibles del contrato. Lo que las partes no pudieron prever, no forma parte del deber de conciencia de cumplir lo que se prometió. Finalmente, la intervención del Juez como instrumento por medio del cual se logra una mayor equidad y justicia en las relaciones particulares no puede sino ser saludada como una de las grandes conquistas del derecho moderno: de un derecho menos formalista y más sustancial, que no se siente legado tanto a las formas y las palabras como a las esencias; que está impregnado de una acuciante sed de justicia. No de una justicia vaga,

genérica, impersonal, sino de la justicia concreta de cada caso, de cada relación humana.

El nuevo Código Civil Paraguayo se ha alineado en esta corriente del pensamiento jurídico contemporáneo, al consagrar la teoría de la imprevisión en los siguientes términos: Art. 672. “En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento. La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del área normal del contrato o si el deudor fuere culpable. El demandado podrá evitar la resolución de la prestación o la manera de ejecutarlo”.

Esta disposición es sustancialmente igual, aunque no idéntica al art. 1198 Código Civil Argentino, conforme con reforma introducida en 1968. Y debe decir que la nueva norma ha tenido una aplicación frecuentísima en la Argentina, sobre todo con motivo de la inflación que ha azotado y todavía azota a mi país. Es verdad que cuando en una época de inflación se celebra un contrato de duración prolongada, las partes pueden y deben prever las repercusiones que sobre sus obligaciones tendrá la inflación. Y por consiguiente, aunque el cumplimiento de venga excesivamente oneroso no pueden invocar la teoría de la imprevisión para desligarse de sus obligaciones. Pero puede ocurrir que como consecuencia de un hecho inesperado (una medida de gobierno, una guerra, etc.), la inflación tome, de pronto, una curva muy aguda. En este supuesto es ya legítimo hablar del acontecimiento extraordinario e imprevisible que legitima la revisión del contrato. Así lo han resuelto en forma reiterada y frecuentísima los jueces argentinos con motivo del paquete de medidas económicas financieras tomadas por el Ministro Rodrigo (que se conoce con el nombre de Rodrigazo) o de la brusca devaluación del peso frente al dólar dispuesto por el Gobierno a principios de 1981 o con motivo de la guerra de Las Malvinas. En todos estos casos ocurrió una violenta aceleración de la curva inflacionaria, que los jueces argentinos, o razón, estimaron suficiente para aplicar la teoría de la imprevisión.

El Código Paraguayo, como el Argentino, solo mencionan el derecho de pedir la resolución de los contratos bilaterales por la parte perjudicada por la excesiva onerosidad sobreviniente. Pero se ha planteado en el derecho argentino la cuestión de si debe reconocérsele también el derecho a pedir la modificación de las cláusulas que han de venido injustas. En los primeros tiempos de aplicación de nuestro art. 1198 se impuso sin vacilaciones la tesis afirmativa. Los argumentos son muy fuertes. Quien puede lo más, puede lo menos; por consiguiente, si la ley reconoce al perjudicado por el hecho extraordinario sobreviniente, el derecho de pedir la resolución del contrato, parece lógico reconocerle también del derecho a pedir su modificación, para atenuar las obligaciones que han de venido excesivamente onerosa. Conceder la resolución y negar la modificación contraría el principio superior de la conservación del contrato. Y, por lo demás, no resulta razonable colocar al beneficiado por el acontecimiento que alteró los términos del contrato como árbitro de subsistencia o extinción y negar igual derecho al perjudicado, pues este puede tener interés en que el contrato vuelva a la equidad y no en que se extinga.

Estos argumentos parecieron tan fuertes a los jueces argentinos que la jurisprudencia se uniformó en el sentido de que la parte perjudicada tiene la opción de demandar la resolución del contrato o la reducción de las prestaciones excesivas. De esta manera yo pude afirmar en la 5ta. edición de mi Tratado de las Obligaciones, que esta solución era *jus receptum* en mi país. Sin embargo, a partir de un artículo publicado por Abelleyra en la revista jurídica *La Ley* en el que defendió acaloradamente la tesis contraria, se ha insinuado en varios fallos de los tribunales argentinos, la doctrina de que el único derecho que tiene el perjudicado por la excesiva onerosidad sobreviniente, es el de pedir la resolución del contrato; esta tesis, a la que han adherido principalmente algunos tribunales comerciales, se funda en la aplicación estricta de los términos de la ley: lo único que esta concede al perjudicado es el derecho de pedir la resolución del contrato y no se puede otorgar otro derecho que el que la ley reconoce.

Forzoso es reconocer que esta tesis tiene un fuerte sustento en el derecho paraguayo, ya que el art. 672, después de sentar el principio de qué el deudor puede pedir la resolución del contrato, agrega en el último párrafo que si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá de mandar la reducción de la prestación o la modificación equitativa de la manera de ejecutarlo. Esta disposición da fuerza al argumento a contrario sensu, porque parece claro que, si el derecho de pedir la modificación de las cláusulas del contrato solo se reconoce en los contratos unilaterales, los bilaterales quedan excluidos de esta posibilidad.

Supongamos ahora que el de mandado por excesiva onerosidad sobreviviente ofrezca su modificación equitativa.

¿A qué pautas debe ajustarse el Juez para reducir las prestaciones excesivamente onerosas? Llambías -en opinión seguida por algunos fallos- ha sostenido que el Juez debe limitarse a eliminar la estridencia de la desproporción: en otras palabras, desaparecida lo que dicho autor califica como “la brutal intensidad” con que los hechos obraron sobre el contrato, este debe mantenerse en lo posible, con lo que el acreedor habrá realizado un buen negocio y el deudor uno malo, pero en términos aceptables.

Este punto de vista no carece de lógica. Es verdad que no cualquier desequilibrio en las prestaciones permite la intervención del Juez para pedir la resolución del contrato; de ser así, se cerniría sobre las relaciones contractuales la mayor inseguridad. Debe tratarse de una sobre onerosidad excesiva, repugnante a la equidad y al sentimiento de justicia. Por tanto, eliminando ese margen que convierte en inaceptable el contrato, parecería natural hacer cargar sobre el deudor todo aquel mayor valor que, no obstante serlo, no hubiera permitido el juego de la teoría de la imprevisión.

A pesar de ser tan importantes estos argumentos, no puedo menos de expresar mi desacuerdo con este punto de vista. Es verdad que no cualquier desequilibrio de las prestaciones permite la intervención del Juez para restablecer la equidad; pero cuando se han dado

las condiciones para que intervenga, su decisión no puede ser otra que hacer reinar la equidad en lo posible. El papel del Juez no puede limitarse a procurar la que llamaría una razonable injusticia desde que la ley le da derecho a intervenir, su fallo debe consagrar una justicia, una equidad sin calificativos ni restricciones hacerlas reinar en todo su esplendor. Su fallo debe por consiguiente, consagrar la modificación más equitativa de las prestaciones.

Cuando la Reforma de 1968 incorporó al Código Civil Argentino la teoría del abuso del derecho, la lesión y la imprevisión, muchos juristas se llevaron las manos a la cabeza aterrados ante la inseguridad jurídica que a su entender sobrevendría con motivo de la aplicación práctica de dichas instituciones y de la latitud de poderes que se otorgaba a los jueces para resolver según su arbitrio, si un derecho habría sido ejercicio o no abusivamente, si mediaba o no lesión, si la desproporción sobreviniente de las prestaciones autorizaba o no a pedir la modificación del contrato o su resolución. Pero la experiencia ha demostrado que tales temores eran infundados. Los jueces han hecho un ejercicio prudente, a veces yo diría excesivamente cauteloso, de las facultades que la ley les confiere.

Es verdad que la reforma del 68 estuvo inspirada en un sentimiento de confianza en los jueces. El mismo sentimiento de confianza que importa el nuevo Código Civil Paraguayo. Si debido a los muchos años que llevo de estudiar derecho y de ejercer la magistratura se me permitiera dar un consejo a los jueces paraguayos, yo les diría que usen con valentía las nuevas atribuciones que la ley les reconoce; en manos de jueces probos y valientes las nuevas instituciones les brindar la posibilidad de hacer la justicia del caso concreto que llega a sus estrados, que es la excelsa misión del Juez. Y aquí vienen a mi memoria las inolvidables palabras de Carnelutti: *“No os dejéis seducir por el mito del legislador. Más bien, pensad en el juez, que es la figura central del derecho. Un ordenamiento jurídico se puede concebir sin leyes, pero no sin jueces. Cuidad mucho la dignidad, el prestigio, la libertad del Juez y el no atarle demasiado corto las manos. Es el Juez, no el legislador, el que tiene ante sí al hombre vivo, mientras que el “hombre” del legislador es desgraciadamente una marioneta. Y solo el contacto con el hombre vivo y verdadero, con*

sus fuerzas y sus debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos, con su bien y su mal, puede inspirar esa visión suprema que es la intención de hacer justicia”.



Letra de Cambio

Magistrado Raúl Torres Kirmser¹

CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

LIBRO III - CAPÍTULO

XVI SECCIÓN I

Para el estudio ordenado del Libro III, Capítulo XVI “DE LA LETRA DE CAMBIO”, hemos preferido hacer una breve exégesis de los artículos correspondientes del Código Civil Paraguayo, recientemente promulgado.

En el orden jurídico, lo ideal -pero inalcanzable- sería que la ley pudiera regular no solamente todas las materias sino también todos los matices. Dada la constante evolución, son imprevisibles muchos casos que las realidades ulteriores presentan.

El texto de la ley puede ser insuficiente; pero, ante esta eventualidad, felizmente, podríamos contar con la opinión esclarecedora de los codificadores, entre los que se hallan notables jurisconsultos, calificados profesores y distinguidos profesionales. Estas opiniones serán, en su caso, fuentes supletorias. Además, los fallos dictados por quienes tienen a su cargo la aplicación de la ley, suplirían con su interpretación las insuficiencias que se puedan presentar y sentando doctrina establecerían normas interpretativas del Derecho, para casos semejantes o que tienen íntimo parentesco. Estas serían otras fuentes supletorias.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 15- 1986.

LETRA DE CAMBIO

En el capítulo que nos ocupa, nuestro Código se ha inspirado en la Ley Uniforme de Ginebra del año 1930, que es uno de los intentos más serios para unificar las normas que rigen las Letras de Cambio, documentos que adquieren aún mayor importancia en el campo internacional. Si bien nuestro país no es signatario de este convenio los codificadores al uniformar las disposiciones sobre las Letras de Cambio, se han adherido, fundamentalmente, a este instrumento internacional.

DE LA EMISIÓN Y FORMA DE LA LETRA DE CAMBIO

Artículo 1298

“La letra de cambio debe contener:

- a) la denominación de “letra de cambio” inserta en el texto del título, expresada en el idioma en el cual esta se halla redactado;
- b) la orden incondicionada pagar una suma determinada de dinero;
- c) el nombre del que debe hacer el pago;
- d) la indicación del vencimiento del plazo para efectuarlo;
- e) la designación del lugar del pago;
- f) el nombre de aquél a quien o a la orden de quien debe hacerse;
- g) la indicación de la fecha y lugar donde la letra ha sido emitida; y
- h) la firma del que emite la letra.”

Fuentes: Art. 1° L.U.G. 1930; Art. 1° Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis de Gásperi, Art. 2256 Anteproyecto de Código Civil.

Requisitos intrínsecos son los comunes a todo acto jurídico: sujeto capaz de obligarse cambiariamente que surge de las normas que

regulan la capacidad ordinaria conforme al Código Civil en lo pertinente; el consentimiento que debe formularse por escrito; objeto lícito: solo es lícito o idóneo, en el instituto que tratamos, la promesa incondicionada de pagar una suma determinada de dinero.

Fernando A. Legón hace una distinción entre requisitos extrínsecos dispositivos y requisitos extrínsecos naturales.

Los requisitos extrínsecos dispositivos son aquellos que deben constar ineludiblemente en la redacción del texto de la letra y en su ausencia no existe letra de cambio; en cambio, los extrínsecos naturales son aquellos que, aunque exigidos por la ley, su omisión no afecta la validez del título.

La disposición que comentamos enumera los requisitos extrínsecos que la letra de cambio debe contener.

Son requisitos extrínsecos dispositivos los indicados en los párrafos a), b), c), g) 1ª. parte, y h) del artículo arriba transcripto. Y son requisitos extrínsecos naturales, los indicados en los párrafos d), e) y g) 2ª parte del mismo artículo.

Análisis de cada elemento.

La letra de cambio debe hacerse por escrito; la ley no fija una formula para su redacción. El texto puede ser manuscrito, mecanografiado, etc., y también impreso en parte y en parte manuscrito que es lo que sucede a partir del uso generalizado de formularios.

1) denominación “letra de cambio”

Dichas palabras “letra de cambio” deben estar insertas en el texto del título, expresado en el idioma en el cual la letra se halla redactada. Con ello, el legislador elimina toda duda sobre la naturaleza de la obligación que asume el librador.

La determinación del tipo de título circulatorio, frase que indica su género, no era requisito contenido en el Código de Comercio, si

bien ya lo requería la ley alemana como así también el Código italiano y la fuente de nuestro Código Civil en la materia que tratamos, la Ley Uniforme de Ginebra de 1930.

Adviértese que nuestra ley dice “inserta en el texto del título”. Al respecto, Baccaro Castañeira (Títulos de Crédito, Letra de Cambio, Pagaré, pág. 38) expresa que se han planteado casos ante los tribunales con frecuencia, de documentos impresos donde la denominación aludida, figuraba arriba o adelante pero no en el texto. La jurisprudencia se pronunció reiteradamente en el sentido de que, si bien esto no supliría el requisito, la expresión “única de cambio” en el texto, a más de lo anterior era suficiente para considerar cumplidos los fines de la norma, en cuanto a la determinación precisa de la obligación que se asume y del título de que se trata.

La jurisprudencia ha señalado, por otra parte, que cuando el documento no cumpla los requisitos que lo califica como letra de cambio o pagaré, igualmente puede constituir título que apareje ejecución y autoriza a preparar la vía ejecutiva. (C.N. Com, Sala C, S-IX-1966, J.A., 1966-VI, Sec. Reseñas, P. 10, N° 71). Compartimos tal criterio siempre que el documento se adecue a las exigencias de las disposiciones contenidas en los Arts. 398 y 399 del Código ritual.

2) orden incondicionada de pagar una suma de terminada de dinero.

El objeto de la obligación debe ser siempre una suma determinada de dinero, quedando por consiguiente excluida la orden de otra especie, como podría ser la de entregar cantidades de mercaderías.

Para evitar inconvenientes es costumbre expresar la suma de dinero en letras y números, colocándose estos, usualmente, en uno de los ángulos superiores del documento y la cantidad en letras se intercala en el texto del título.

Si no hay coincidencia entre las cantidades expresadas en letras con las expresadas en números, la situación se resuelve de conformidad con lo que dispone el Art. 1303 del Código Civil que dice:

“La letra de cambio que lleva escrita la suma a pagarse en letras y cifras vale, en caso de diferencia, por la suma indicada en letras. Si la suma que debe pagarse ha sido escrita más de una vez, en letras o cifras, la letra vale, en caso de diferencia, por la suma menor.”

3) nombre del que debe hacer el pago.

Dicha designación constituye un requisito indispensable y no puede existir letra de cambio sin ella.

El girado debe ser designado en forma clara e inteligible para que no quepan dudas sobre su identificación y cuando se trata de una persona ideal debe establecerse la razón social (Frugoni Rey, Esquema General de los Títulos Circulatorios, pág. 51).

Baccaro Castañeira señala que se había discutido si la letra podía girarla el librador contra sí mismo. Gran parte de la doctrina se oponía; según Rébora, desde el momento en que el librador se compromete a pagar como girado, el documento emitido podrá ser un billete a la orden, pero nunca una letra de cambio. (Ob. cit. pág. 40). Nuestro Código Civil en su Art. 1300 prevé expresamente el caso evitando discusión, y preceptúa: “La letra de cambio puede ser pagadera a la orden del mismo librador y ser girada a cargo de él, o por cuenta de un tercero.”

4) indicación del vencimiento del plazo para efectuarlo.

No es una indicación esencial; a falta de tal enunciación, la letra es considerada pagable a la vista. En caso de estipularse debe ser cierto.

El plazo debe establecerse conforme a alguna de las formas previstas por el Art. 1334 del Código Civil el cual dice: “La letra de cambio puede ser girada: a la vista; a cierto tiempo vista; a cierto tiempo fecha; o a día fijo. Las letras de cambio giradas a otros vencimientos que los indicados, o a vencimientos sucesivos, son nulas.”

Alberto Diez Mieres al comentar la ley argentina que es similar a la nuestra dice: La doctrina y la jurisprudencia interpretan que no

son documentos cambiarios aquellos títulos que expresan una obligación pagadera en diversos plazos; y la circunstancia de que los mismos hayan sido protestados no los convierten en títulos ejecutivos, desde que no se encuentran comprendidos entre los enumerados por el C.P.N. Civ. Cap., art. 465. C.N. Com., sala A, 30-IX-1966, J.A., 1966-IV-138. (Cheque, Letras de cambio, Pagarés hipotecarios y Prendarios. pág. 142).

5) designación del lugar del pago.

Se determina especificando concretamente la localidad y la dirección (calle y número). En caso de omitirse esta mención se considera lugar del pago el designado al lado del nombre del girado, según resuelve el parágrafo b) del Art. 1299 Código Civil.

Este requisito es necesario pues el poseedor no solo debe saber a quien debe reclamar el pago, sino también, donde debe reclamarlo y en caso de que no quiera pagar, en qué lugar debe realizar los actos conservatorios de su derecho. (Frugoni Rey, ob. cit. pág. 44). También se otorga en beneficio del deudor ante la hipótesis de mora del acreedor.

6) nombre de aquél a quien o a la orden de quien debe hacerse.

Es necesario indicar el nombre del beneficiario que debe recibir el pago, o a cuya orden debe pagarse. El beneficiario recibe la letra directamente de su creador, es el primer tenedor del documento y se llama tomador o primer tomador. Cuando la persona recibe la letra de acuerdo con la forma de circulación o sea cuando se le transfiere por endoso se llama tenedor legítimo o tenedor legitimado.

Esta exigencia elimina de nuestro derecho la posibilidad de librar letras de cambio al portador; pero debe tenerse presente que una letra creada con la designación del tomador puede circular como título al portador por efecto de un endoso en blanco (Art. 1313, 1314 Cód. Civil). La posibilidad de librar letra, de cambio al portador fue admitida por la legislación de Inglaterra (1882) y que motivó largos

debates en las conferencias internacionales. La ley Uniforme de Ginebra, en la que se inspiró el legislador, incluye entre los requisitos que debe contener la letra de cambio, el nombre de aquel al cual o a la orden del cual se efectuará el pago.

En la nota al Art. 2256 del Anteproyecto de Código Civil del Dr. Luis De Gisperi, -en cuanto a este requisito- se lee: “Nula sería la letra pagadera a los directores del Club de Regatas de Buenos Aires o del Club Centenario de Asunción, porque no indicaría el nombre de persona alguna, siquiera los nombres de los directores pudieran establecerse de una manera indudable. En Suiza ha dado lugar a decisiones contradictorias la letra girada a pagar “a mi hijo Carlos” o “a mi esposa María” cuya identidad podría establecerse de acuerdo con el nombre y apellido del librador.

Si el nombre del beneficiario, primer tomador o remitente fuese indicado correctamente podría la letra no producir efectos si la razón social indicada hubiere dejado de existir o si fuere indicada por error, o si la sociedad por acciones no estuviese inscrita en el registro respectivo.

La letra será siempre concebida a la orden, aun cuando no se incluya en ella la cláusula sacramental: “a la orden”, porque la letra de cambio no puede ser extendida al portador, desde que si así fuese redactada usurparía la función del papel-moneda.” (ob. cit., pág. 703)

7) indicación de la fecha y lugar donde la letra ha sido emitida.

La designación del lugar no constituye un requisito dispositivo por cuanto ante su falta, la letra se considera suscripta en el lugar mencionado al lado del nombre del librador (Art. 1299, par, b) Código Civil). Sin embargo, es de suma utilidad, por ejemplo, para saber qué normas regulan el instituto en caso de conflicto de leyes.

La fecha es un requisito de importancia, en cuanto sirve a los efectos de determinar la capacidad del librador y del tomador, al momento de creación de la letra. Asimismo, para determinar la fecha

del vencimiento en el caso de las letras giradas “a un determinado tiempo fecha”.

La omisión de la fecha de emisión de la letra acarrea su invalidez como tal (Art. 1299 la. parte).

8) firma del que emite la letra.

La firma del librador al pie del documento es requisito ad-substantiam, como que la firma es la única formalidad de todo instrumento privado; este requisito es de carácter dispositivo; la firma debe ser ológrafa, conteniendo el nombre y apellido del librador.

En la nota al Art. 2256 del Anteproyecto de Código Civil, el Dr. De Gásperi expresa: “La firma del que emite la letra (librador), escrita de puño y letra, debe contener el nombre de pila (aunque sea abreviado, o solo indicado con la inicial) y el apellido del que se obliga por sí o por representación de una razón social, es de importancia capital a la validez del documento.” (ob. cit., pág. 703).

El Art. 1305 del Código Civil dispone: “En las letras de cambio, las firmas deben contener el nombre y apellido o la razón social del que se obliga. Es válida, sin embargo, la firma habitual de la persona.” Concuerda con el Art. 43.

Artículo 1299

“El título al cual le falte alguno de los requisitos enunciados en el artículo precedente no vale como letra de cambio salvo los casos previstos en los parágrafos siguientes:

- a) la letra de cambio sin indicación de plazo para el pago se considera pagadera a la vista;
- b) a falta de designación especial, el lugar indicado junto al nombre del girado, se considera lugar del pago, y al mismo tiempo, domicilio del girado;
- c) la letra en la que no se indique el lugar de emisión, se considera firmada en el lugar consignado junto al nombre del librador; y

- d) si se indican varios lugares de pago, se entiende que el portador puede presentar en cualquiera de ellos la letra para requerir su aceptación y pago”

Fuentes: Art. 2º Real Decreto Italiano 1933; Art. 2º. Dto. Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis de Gásperi, Art.2257 Anteproyecto de Código Civil.

- Ver comentario al artículo anterior.

Artículo 1300

“La letra de cambio puede ser pagadera a la orden del mismo librador y ser girada a cargo de él, o por cuenta de un tercero.”

Fuentes: Art. 30. L.U.G. 1930; Art. 3º Dto.-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis de Gásperi, Art. 2258 Anteproyecto de Código Civil.

La letra de cambio supone la relación de tres personas por lo menos, el librador, el girado y el beneficiario. En la letra a la orden del librador beneficiario y librador constituyen, en el acto de crearse la letra, una misma y única persona que se llama librador-beneficiario o o librador-portador. La letra girada a cargo del mismo librador, solo responsabiliza a este por vía de regreso, según las normas que rigen la letra de cambio. La letra girada a la orden del mismo librador debe ser aceptada para que pueda decirse que hay letra de cambio. Aun cuando el girado no aceptante sea un presunto deudor del librador, este carece de vía ejecutiva para demandar el cumplimiento de dicho instrumento, desde que el girado ha quedado con su no aceptación fuera de las relaciones de la letra de cambio; carece, por ende, de acción cambiaria. (Diez Mieres, ob. cit. pág. 154/5).

Es importante señalar que el librador que gira contra un deudor y en seguridad de aceptación de la letra puede, en este caso, endosarla y hacerla circular con más facilidad probablemente de la necesaria para encontrar un tomador. Esto puede ser útil además en el caso de viajes prolongados en los que no se quiere llevar dinero en

efectivo librándose al efecto una letra que se gira contra una institución bancaria de la plaza a la que se viaja, etc. Williams distingue las siguientes consecuencias: 1) El aceptante queda obligado cambiariamente hacia el librador-portador y 2) si la letra ha sido emitida en blanco las menciones obligatorias previstas deben ser cumplidas antes de la presentación o vencimiento del título. (Letra de Cambio, Pagaré, pág. 414 y ss).

Artículo 1301

“La letra de cambio puede ser pagadera en el domicilio de un tercero, en el del girado, o en otro lugar.

Si no se expresa que el pago se hará por el girado en el domicilio del tercero, se entiende que debe hacerse por este”.

Fuentes: Art. 4 L.U.G. 1930; Art. 40. Dto-ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis de Gásperi, Art. 2259 Anteproyecto de Código Civil.

Cuando en la letra se consigna un lugar de pago diferente al del domicilio del girado, nos encontramos ante lo que se denomina letra domiciliada.

Puede ser domiciliada en forma propia o perfecta y en forma impropia o imperfecta. La primera se presenta cuando el pago de la letra debe ser efectuado por persona distinta del girado en lugar distinto del domicilio del girado. La segunda, impropia, cuando solo se establece un lugar de pago distinto, pero no una persona distinta de la del girado. (Frugni Rey, ob. cit. pág. 45 46; Zavala Rodríguez, C. de Com. Comentado, t IV, pág. 188, N° 202).

En la nota al Art. 2259 del Anteproyecto de Código Civil, el Dr. De Gásperi expresa: “Según la doctrina alemana, no hay diferencia entre el domicilio del girado y el lugar del pago sino cuando ella resulta de la propia letra. Cuando esta indica la Ciudad de Luque, como domicilio del girado y Asunción, como lugar de pago, y en esta reside en realidad el girado, la letra será considerada domiciliada. Mas si, en realidad el girado reside en Asunción y la letra, como la dirección

indican Luque, no habrá letra domiciliada. El carácter formal de la letra de cambio encuentra aquí su aplicación. El único domicilio que rige es el indicado en la letra. Del lugar del pago indicado por el librador en la letra nace el mandato de pagar con todas sus modalidades. (ob. cit. pág. 704; ver Art. 1328 Código Civil).

Artículo 1302

“En la letra de cambio pagadera a la vista o a un cierto tiempo vista, el librador puede disponer que la suma produzca intereses. La promesa de intereses hecha en otra forma no tendrá efecto.

La tasa de intereses debe ser indicada en el texto de la letra de cambio.

Los intereses corren a partir de la fecha de emisión de la letra de cambio, si no se ha indicado otra”.

Fuentes: Art. 5 L.U.G. 1930; Art. 4 Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis de Gásperi, Art. 2260 Anteproyecto de Código Civil.

Los intereses devengables pueden ser convencionales, moratorios y punitivos.

Intereses convencionales son los que están pactados en la letra.

- a) Debe fijarse expresamente e indicarse su tasa en el mismo título;
- b) solamente puede pactarse cuando las letras son pagables a la vista o a cierto tiempo vista. En cualquier otra letra la cláusula de intereses se considera no escrita. La ley inglesa autoriza la estipulación de intereses en toda clase de letras. Los intereses convencionales corren a partir de la fecha de la letra, si no se señala otro momento.

Intereses moratorios. Están establecidos en otros artículos. En la acción de regreso (Art. 1351 inc. 2), los intereses corren a partir del vencimiento de la letra. En este caso rige la tasa estipulada en el título para los intereses convencionales, o, en su defecto, la tasa legal. Cuando el que paga reclama el reembolso de la letra contra los garantes (Art. 1352) los intereses corren desde el día del desembolso. Cuando se ejerce la acción causal, los intereses corren desde el día

del protesto, porque ese hecho evidencia interpelación suficiente para admitir la mora.

Intereses punitivos o punitivos. Son los estipulados en la letra, para el caso de incumplimiento. La jurisprudencia argentina ha tenido por válida la inclusión en la letra de una cláusula penal para ese caso. (Diez Mieres, ob. cit. pág. 157).

Artículo 1303

“La letra de cambio que lleva escrita la suma a pagarse en letras y cifras vale, en caso de diferencia, por la suma indicada en letras.

Si la suma que debe pagarse ha sido escrita más de una vez, en letras o cifras, la letra vale, en caso de diferencia, por la suma menor”.

Fuentes: Art. 6 L.U.G. 1930; Art. 6 Dto.-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis de Gásperi, Art. 2261 Anteproyecto de Código Civil.

- véase comentario al Art. 1298, par, 2.

Artículo 1304

“Si la letra de cambio llevare firmas de personas incapaces de obligarse cambiariamente, firmas falsas, o de personas imaginarias, o firmas que por cualquier otra razón no obligan a las personas que han firmado la letra o con el nombre de las cuales ha sido firmada, las obligaciones de los otros subscriptores quedan, sin embargo, válidas”.

Fuentes: Art. 7 L.U.G. 1930; Art. 7 Dto Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis de Gásperi, Art. 2262, Anteproyecto de Código Civil.

Firmas cambiarias. Este artículo consagra el principio de la autonomía de los derechos y declaraciones cambiarias por el cual los distintos suscriptores del documento exteriorizan su voluntad de obligarse cambiariamente por medio de su firma, con total independencia de las obligaciones que antes o después pudieron o podrán

asumir otros suscriptores de la letra de cambio. (Frugoni Rey, ob. cit., pág. 46)

Razonando -Messineo citado por De Gásperi, ob. cit. pág. 705, nota Art. 2262- sobre la base de la independencia y autonomía de cada una de las firmas y las respectivas obligaciones contraídas en el curso trayecticio de la letra de cambio, en el sentido de que la suerte de cada una de ellas no influye en la de las otras, como es propio de las obligaciones in solidum, enseña que si una firma no es válida, por falsedad, inexistencia del suscriptor, incapacidad, defecto de representación y similares, las otras no quedan ni influenciadas ni comprometidas por ella; y conservan, si la tienen su validez y eficacia.

“El poseedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación cambiaria a cualquiera de las firmas legítimas. El deudor no puede desconocer su obligación impugnando la legitimidad de otra firma en la misma letra, sea o no eslabón antecedente en la cadena de endosos. Se libera pagando una deuda cambiaria al tomador, aunque no sea válida la firma que sirvió para transmitir ilegalmente la letra. El tomador tampoco se perjudica en los casos de transmisión por persona sin capacidad para obligar, o de endosantes simulados; sus endosos eslabonan la cadena que legitima al poseedor de buena fe. De igual suerte, la intermediación de transmisiones fraudulentas no vicia los endosos posteriores.” (Diez Mieres, ob. cit., pág. 162)

Artículo 1305

“En las letras de cambio, las firmas deben contener el nombre y apellido, o la razón social del que se obliga. Es válida, sin embargo, la firma habitual de la persona”.

Fuentes: Art. 8 Ley italiana N° 1669; Luis de Gásperi, Art. 2263 Anteproyecto de Código Civil.

- véase comentario al Art: 1298, par. 8.

Obsérvase que este artículo repite la substancia del par. 8 del Art. 1298, siquiera pueda parecer ocioso dado que la firma del obligado es esencial a todo instrumento privado. Si el librador no sabe o no puede firmar, deberá dar procuración a otro para que firme en su nombre o bien librar la letra por ante Escribano Público.

A tenor del Art. 820 del C. Federal suizo de las Obligaciones, una cruz y otra señal análoga puesta en vez de la firma en una letra de cambio no produce efecto especial alguno. (De Gásperi, ob. cit., pág. 705, nota Art. 2263)

Artículo 1306

“El padre, el tutor y el curador no pueden obligar cambiariamente a sus representados, sin autorización del juez, bajo pena de nulidad”.

Fuentes: Arts. 9 y 10 Ley italiana N° 1669 Luis de Gásperi, Art. 2264 Anteproyecto de Código Civil.

Artículo 1307

“El que libra una letra de cambio como representante de una persona de quien no tiene poder para el efecto, queda obligado cambiariamente como si la hubiese firmado en su propio nombre; y si ha pagado, tiene los mismos derechos que habría tenido la persona cuya representación invocó.

La misma disposición se aplica al representante que se haya excedido en sus poderes”.

Fuentes: Art. 8 L.U.G: 1930; Art. 9 Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis de Gásperi, Art. 2265 Anteproyecto de Código Civil.

La persona que aparece obligada como representada, puede oponer aún al tenedor de buena fe la excepción relativa a la falta de poder de quien figura como representante. Pero de acuerdo a esta disposición la acción cambiaría en este caso, procede contra el firmante sin poder, que queda obligado personalmente. Creemos que

esta solución es absoluta y no cabe distinguir si el accionante conocía o no la insuficiencia de los poderes. (Diez Mieres, ob. cit., pág. 163).

A fortiori, dado el carácter literal, formal y abstracto del título cambiario, es inadmisibile la defensa de los ejecutados de que los suscribieron como integrantes de una sociedad cuando el documento aparece firmado en forma personal, extremo que, por la razón antedicha tampoco puede probarse por otras probanzas ajenas al título mismo. (ibidem)

“La extralimitación del mandatario tiene lugar no solo cuando excediese los límites del mandato, sino tambien cuando efectuare negocios que no le fueron confiados o ejecutando actos para los cuales no fue autorizado, casos en los cuales el acto que exceda los límites del mandato queda a cargo del mandatario, si el mandante no lo ratifica”. (De Gásperi, ob. cit., pág. 706, nota Art. 2265).

Artículo 1308

“El poder general de obligarse en nombre y por cuenta de otro no hace presumir la facultad de obligarse cambiariamente, salvo prueba en contrario.

La facultad general de obligarse en nombre y por cuenta de un comerciante comprende también la de obligarse cambiariamente, salvo que en el instrumento del mandato se dispusiere lo contrario”.

Fuentes: Art. 12 Real Decreto Italiano 1932; Art. 9 Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis De Casperi, Art. 2266 Anteproyecto de Código Civil.

La primera parte del artículo se refiere a la representación cambiaria en general no siendo suficiente el poder general de obligarse para firmar una letra de cambio. Se requiere poder especial para el efecto mencionado. En dicho poder debe expresarse la facultad que se confiere al mandatario para librar, aceptar, endosar o avalar letras.

La segunda parte se refiere a la facultad de obligarse en nombre y por cuenta de un comerciante; siendo la situación del gerente o factor poder que se confiere al factor o gerente, con cláusulas generales, lo habilita para todos los actos que necesita la dirección del establecimiento y por el contrario si se desea reducir esas facultades se debe expresar en el poder las restricciones a que debe sujetarse el factor, además debe estar inscripto en el registro pertinente. (Fruconi Rey, ob. cit., pág. 48)

Artículo 1309

“El librador es garante de la aceptación y del pago. Puede exonerarse de la garantía de aceptación. Toda cláusula por la cual se exonere de la garantía de pago, se tendrá por no escrita”.

Fuentes: Art. 9 L.U.G. 1930; Art. 10 Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis De Gásperi, Art. 2267 Anteproyecto de Civil Código.

Garantías cambiarias. Conforme al contenido de este artículo, el librador de una letra de cambio asume la responsabilidad que puede emerger por la falta de aceptación por parte del girado, quien no está obligado a la aceptación pero, insertada la cláusula de irresponsabilidad, puede liberarse. No ocurre lo mismo con la obligación de pagar, que en caso de incluirse la cláusula liberatoria, se tendrá por no escrita. “Nuestro artículo prohíbe la exoneración del librador de la garantía de pago, porque aun cuando así lo aceptase el tomador, no habría letra de cambio”. (De Gásperi, ob. cit., pág. 706)

“La cláusula declinando la garantía por el pago no anula la letra; es lícita solamente la cláusula” (Diez Mieres, ob. cit. pág. 166).

Artículo 1310

“Si una letra de cambio, incompleta al tiempo de su emisión, ha sido completada contrariando los acuerdos que la determinaron, la inobservancia de ellos no puede oponerse al portador, a menos que este la hubiere adquirido de mala fe o que al adquirirla hubiere incurrido en culpa grave.

El derecho del portador de llenar la letra de cambio en blanco, caduca a los tres años transcurridos desde el día de la emisión del título.

Esta caducidad no es oponible al portador de buena fe a quien el título le hubiere sido entregado ya completo”.

Fuentes: Art. 10 L.U.G. 1930; Art. 11 Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis De Gásperi, Art. 2268 Anteproyecto de Código Civil.

La letra de cambio en blanco es instituto de origen italiano. Tiene ella lugar por acuerdo -agregamos, generalmente no escrito- entre el librador y el tomador de llenarla o integrarla con los elementos que en ella falten, de acuerdo con las modalidades del convenio, respecto a las relaciones entre ambos contratantes y el tercer poseedor de buena fe.

La letra de cambio en blanco es la que solo lleva la firma del librador y la denominación de “letra de cambio”, con omisión de la fecha de vencimiento o de la indicación de la suma a pagarse. Mira su institución a hacer posible su integración posterior, sobre la base de elementos indeterminados en el momento de su emisión o libramiento.

En virtud del pacto mencionado, el primer tomador adquiere el poder de llenar la letra y al mismo tiempo la obligación de respetar los límites del acuerdo. La inobservancia del acuerdo no puede oponerse al portador de buena fe, pero si el portador que de mala fe la hubiere adquirido o que al adquirirla hubiere incurrido en culpa grave, la que, como se sabe, está equiparada al dolo.

La carga de la prueba de la eventual mala fe o de la culpa del tercer poseedor de la letra, es a cargo del deudor, llamado a pagarla.

La mala fe del tercer poseedor de la letra consistiría en llenar la letra a sabiendas de que al hacerlo infringía los términos y límites del acuerdo entre librador y el primer tomador.

Obraría de buena fe el tercero si al llenar las lagunas de la letra procediese en la ignorancia de las modalidades de dicho pacto, caso en el cual cargaría con sus consecuencias el librador que al emitir una letra en blanco ha hecho posible el abuso. (De Gásperi, ob. cit., pág. 707)

La omisión de las fechas de otorgamiento y vencimiento de la letra de cambio implica el derecho del tomador de llenar los claros. No siempre media prueba escrita, ni acuerdo expreso autónomo que estipule cómo se ha de llenar la letra. Es frecuente que el acuerdo resulte tácitamente al negociar la transferencia de la letra. La ley no aclara hasta qué momento puede ejercer la facultad mencionada; prevalece en doctrina la opinión de que la letra debe contener los requisitos esenciales, que exige el Art. 1298, al tiempo en que se presenta al pago o cuando se hacen valer los derechos cambiarios. Hasta entonces se considera permisible completarla validamente por cualquiera de sus sucesivos tenedores. Aun antes de ser completada puede ser objeto de endoso, aval o aceptación. (Diez Mieres, ob. cit. pág. 168)

Caduca a los tres años transcurridos desde el día de la emisión del título el derecho del portador para llenar la librada en blanco. Esta caducidad, según Diez Mieres, solo puede oponerse a quien la adquirió de mala fe. El lapso de tres años es un término de caducidad, no de prescripción; por ende, no cuentan las causas de suspensión o de interrupción que modifican el decurso de la prescripción. Dicho plazo, se computa desde el día en que efectivamente se libró la letra, aun cuando exprese una fecha distinta.



Del Endoso

Magistrado Raúl Torres Kirmser ¹

CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

Libro III – Capítulo XVI

Secc. II (Cont. Panel N° 6)

Origen e importancia.

La aparición del endoso entre los siglos XVI y XVII marca una innovación que tendría caracteres de trascendencia en la evolución de la letra de cambio. Hasta ese momento la letra solo era transmisible por el procedimiento lento y engorroso para un título de esta naturaleza, de la cesión de crédito.

Si bien se menciona como cuna del instituto a Italia lo cierto es que la primera referencia normativa concreta, de que se tiene noticia, es la contenida en la Ordenanza Francesa de 1673, la cual se refiere a la cláusula “a la orden” estableciendo que la misma podía insertarse en la letra de cambio dejándola de este modo, en condiciones de ser transmitida mediante el solo requisito de la firma al dorso por el titular.

El primer ordenamiento que estatuye la cláusula “a la orden” con carácter de obligatoria, fue el Código Francés de 1807.

En nuestro país el Código de Comercio establecía que solo podía ser transmitida mediante endoso la letra que contuviese la mención

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 15- 1986.

“a la orden”. De otro modo era necesario el procedimiento de la cesión.

El actual ordenamiento, en cambio, instituye que aún cuando no estuviese concebida “a la orden”, la letra de cambio es transmisible por vía de endoso. Receta de este modo lo previsto por el proyecto de Yadarola y la doctrina alemana que considera a la letra de cambio como título a la orden ab initio Geborene Order Papiere.

La importancia del endoso se advierte por lo menos en tres cuestiones básicas: la eliminación del procedimiento de la cesión de créditos, la transmisión de un derecho que se adquiere automáticamente, la función de legitimación. (Pablo Enrique Baccaro Castañeira. TÍTULOS DE CRÉDITO LETRA DE CAMBIO-PAGARÉ, pág. 49/50)

Concepto.

El Cód. Civil con acierto se abstiene de formular una definición dogmática que es asunto de doctrina, impropio de un texto legal.

“El endoso, enseña Messineo, es un negocio documental, unilateral y abstracto, contentivo de una orden de pago que proviene del primer tomador de la letra o de un precedente endosatario, y en cuanto presupone un título a la orden ya creado y circulante, tiene carácter accesorio. Tiene por función principal la transferencia de la legitimación, derivada del título, en el endosatario. La firma del endosante; absolutamente necesaria, constituye el índice de procedencia del título. (De Gásperi, Anteproyecto de Código Civil, nota al art. 2269, pág. 707).

Guillermo F. Frugoni Rey, adhiriéndose al concepto de Migliardi y Monte Bernasconi, define como un acto jurídico unilateral, de naturaleza cambiaria que transfiere al endosatario la propiedad del título y con ello el crédito que menciona, dándole un derecho abstracto, literal, original y autónomo y convirtiendo en deudor al endosante al constituirlo generalmente en garante de la aceptación y del pago. (Esquema General de los Títulos Circulatorios, pág. 51).

Pablo Enrique Baccaro Castañeira define con Fernández, como un acto jurídico unilateral, de naturaleza cambiaria, que transfiere al endosatario la propiedad del título y con él, el crédito que menciona, confiriéndole un derecho abstracto, literal original y autónomo y convirtiendo en deudor al endosante al constituirlo en garante de la aceptación y del pago. (TÍTULOS DE CRÉDITO. LETRAS DE CAMBIO PAGARÉ, Pág. 51).

Fernando A. Legón define que: “es una declaración cambiaria unilateral y accesorio que se perfecciona con la entrega del título, incondicionada, integral, asimilable a una nueva letra de cambio, que tiene por objeto transmitir la posesión del título, de, la cual el adquirente obtiene sus propios derechos autónomos; y que vincula solidariamente con los demás deudores al endosante, respecto de la aceptación y del pago”. (Frugoni Rey, ob. cit. pág. 51).

Caracteres, a) unilateral, porque constituye una manifestación de voluntad que no requiere el concurso de otras voluntades ni su comunicación a terceros; b) es accesorio, porque supone la existencia de un título en regla. Asimismo, debe constar en la letra o en una hoja de papel unida a la misma, conforme lo establece, el Art. 1313 Cód. Civil; c) es incondicionada, ya que la ley establece que toda condición a que se lo subordinare se considera no escrita (Art., 1312, 1ª parte); y d) es integral. El Art. 1312 del Cód. Civil sanciona con la nulidad el endoso parcial; e) el endosatario recibe la letra endosada y con ella, un derecho abstracto, literal, original y autónomo; mientras que el endosante queda constituido en garante de la aceptación y del pago (Art. 1315 1ª parte). Puede eximirse de ambas garantías mediante cláusulas prohibiendo un nuevo endoso. (Art. 1315, 2ª parte) (Baccaro Castañeira, ob. cit. pág. 51/2).

Artículo 1311

“La letra de cambio, aunque no sea girada a la orden, es transferible por vía de endoso.

Si el librador ha incluido en la letra de cambio las palabras: “no a la orden”, o una expresión equivalente, el título solo es transferible en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria.

El endoso puede hacerse también a favor del girado, haya o no aceptado, del librador o de cualquier otro obligado.

Los mismos pueden endosar de nuevo la letra”.

Fuentes: Art. 11 LU.G. 1930; Art. 12 Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis De Gásperi, Anteproyecto de Código Civil, Art. 2269.

Todo documento que lleva la denominación letra de cambio y reúne los requisitos esenciales, se transmite y circula de una manera simple, rápida y efectiva, propia del derecho comercial. Esta es una característica de los papeles cambiarios, cheque, letra, vale o pagaré, y de otros títulos comerciales, como la póliza de seguro, conocimiento y otros. (Diez Mieres, ob. cit. pág. 174).

La letra de cambio es un título circulatorio; su circulación se efectúa por el endoso, no siendo necesario que esté, para ello, concebida a la orden. La cláusula “no a la orden” puede ser insertada por el librador o por el endosante. Si lo hace el primero, limita la circulación y todos los siguientes actos de transmisión están sujetos a la cesión de créditos. Por el contrario, si lo hace el endosante solo tiene efecto con respecto a los endosantes posteriores sin efecto alguno respecto a los anteriores obligados.

La disposición comentada recepta la idea según la cual, el carácter de endosable al que alude la expresión “a la orden” está implícita en la letra de cambio. Siendo la regla el que la letra sea endosable y la excepción la inclusión de la cláusula “no a la orden”, debiendo esta, ser expresa.

El apartado tercero del artículo contempla el denominado “endoso de retomo” en el cual un sujeto endosatario, es acreedor cambiario y es igualmente deudor cambiario, por haber aceptado, o emitido o suscripto la letra en carácter de girado, librado, o de obligado en

otro carácter. (Messineo citado por De Gásperi, Anteproyecto de Código Civil, pág. 707; Williams ob. cit. t II, pág. 8 y ss; Frugoni Rey, ob. cit. pág. 51; Baccaro Castañeira, ob. cit. pág. 54).

El apartado cuarto faculta a los mismos a transmitir la letra por la misma vía.

Artículo 1312

“El endoso debe ser puro y simple. Toda condición a la cual se lo subordine, se tendrá por no escrita. El endoso parcial es nulo. El endoso al portador vale como endoso en blanco”.

Fuentes: Art. 12 L.U.G. 1930: Art. 13 Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis De Gásperi Art. 2270 Anteproyecto de Código Civil.

El endoso debe ser puro y simple. Es decir, la transmisión de la obligación cambiaría no puede quedar sujeta a ninguna modalidad accesorio al endoso, no puede depender de ninguna condición o hecho futuro o incierto.

La norma descansa en razones conceptuales y prácticas porque la letra es la ficción de una obligación abstracta, y el instrumento ejecutivo de un crédito.

La necesidad de comprobar si ha sobrevenido el hecho que condiciona la existencia de la obligación entorpecería el tráfico de la letra, y desnaturalizaría el juicio sumario y compulsivo que el título puro y simple aparece.

Si no obstante la norma legal, el endosante impone una condición a la transmisión de la letra de su obligación, la condición es irrisoria, pero no le quita eficacia a la tramitación. Otro tanto ocurre si el endosante subordina la exigibilidad de su obligación con relación al tiempo; porque la letra o es a la vista o tiene un plazo, el que lleva ab initio; y en uno y otro caso alcanza a todos los obligados uniformemente. La norma legal que considera no escrita la condición, no importa una sanción de nulidad al endoso.

DEL ENDOSO

Los títulos cambiarios tienen en sí mismos la causa de la obligación que se ejercita y no la del compromiso que dio, motivo al libramiento o al endoso. Aunque la obligación prístina, causal del endoso, fuera condicional, la condición no sería válida en el endoso; la obligación cambiaria es exigible, sin perjuicio de la acción que compete al endosante que paga sin causa, contra aquel cuyo crédito pendía del hecho-condición que no sobrevino. (Diez Mieress, ob. cit. pág. 178,9).

El apartado segundo establece que el endoso debe ser integral; o sea por todo su importe, siendo en consecuencia nulo el endoso parcial.

El endoso concebido en los términos al portador produce los mismos efectos que el endoso con la firma del endosante en blanco. Transfiere la letra a la orden del portador. La transmisión de la letra por endoso en blanco permite al tomador colocarse a cubierto de toda responsabilidad cuando este transmite a su vez, por tradición manual sin endoso alguno, sin su firma, como la moneda.

Artículo 1313

“En endoso debe ser escrito en la letra de cambio o en una hoja unida a ella (hoja de prolongación). Debe ser firmado por el endosante.

El endoso es válido, aunque el beneficiario no fuere designado en él, o se hubiere limitado el endosante a poner su firma al dorso de la letra de cambio, o en una hoja de prolongación”.

Fuentes: Art. 13 LU.G. 1930; Art. 14 Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis De Gásperi, Art. 2271 Anteproyecto de Código Civil.

Este endoso en blanco produce los mismos efectos jurídicos que el otro, llamado endoso completo, pero la diferencia reside en omitirse la designación del endosatario o contener únicamente la firma del endosante, pero para su validez debe el endoso ser puesto al dorso de la letra o sobre su prolongación.

En todos los casos del endoso la firma es ineludible. (Frugoni Rey, ob. cit. pág. 54; Diez Mieres, ob. citi pág. 181; Williams, ob. cit. t II, pág. 46; Baccaro Castañeira, ob. cit. pág. 60).

El Dr. Luis De Gásperi en su Anteproyecto de Código Civil, expresa: “La hoja de prolongación que dice nuestro artículo es la hoja de papel unida a la letra de cambio para dar espacio a los nuevos endosos, llenado que sea el espacio del reverso de la letra.

La segunda parte de nuestro artículo se refiere al endoso en blanco, de que ya nos hemos ocupado, como opuesto al endoso nominativo y que tiene lugar cuando el endosante no hace preceder su firma de ninguna fórmula de transferencia ni mención del nombre del endosatario. Tal endoso debe estamparse en el reverso de la letra, pero nunca en el anverso, porque el endoso en blanco puesto en el anverso podría ser considerado como una aceptación.

La raya pasada sobre una transferencia por endoso a la orden de... no bastaría a constituir un endoso en blanco, porque no se sabría si lo que se ha querido es un endoso habitual, o un endoso en blanco o si verdaderamente se quiso endosar.

El endoso en blanco facilita notablemente el descuento de las letras de cambio. Permite él inscribir el nombre del tomador que es necesario descubrir. Podría ocurrir que no queriendo el adquirente de la letra obrar como acreedor de cambio, prefiera no ser designado como endosatario. Siendo así, como lo es, el endoso en blanco se asemeja por la facilidad de su circulación, a la de los títulos al portador”(pág. 708).

Artículo 1314

“El endoso transfiere todos los derechos resultantes de la letra de cambio.

Si el endoso es en blanco, el portador puede:

- a) llenarlo con el propio nombre o el de otra persona;

DEL ENDOSO

- b) endosar nuevamente en blanco la letra, o a la orden de persona determinada; y
- c) entregar la letra de cambio a un tercero, sin llenar el blanco y sin endosarla”.

Fuentes: Art. 14 L.U.G.; art. 15 Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis De Gásperi Art. 2272 Anteproyecto de Código Civil.

Como bien lo expresa la disposición comentada el endoso puede transmitir todos los derechos resultantes de la letra o bien limitarse a transmitir la tenencia del documento confiriendo un mandato o una procuración, o constituyendo una garantía o una prenda. (Diez Mieres ob. cit. pág. 183; Frugoni Rey, ob. cit. pág. 54).

El Anteproyecto de Código Civil del Dr. Luis De Gásperi expresa: “A estar por lo preceptuado por el presente artículo, los efectos del endoso en blanco son los mismos del endoso ordinario. Sus tres indicios contemplan las tres soluciones que el portador podría elegir: si llena el blanco con su propio nombre, lo transformaría en un endoso completo, con facultad de transferir la letra por otro endoso en blanco o por otro completo; si entrega la letra de cambio a un tercero sin llenar el blanco y sin endosarla, transmitiría sus derechos como si hubiese endosado la letra, pero quedaría excluido de la serie de personas obligadas a las resultas de la letra, salvo su responsabilidad al favor del cesionario por la validez de la letra” (pág. 708/9).

Artículo 1315

“El endosante, salvo cláusula en contrario, responde de la aceptación y del pago:

Puede prohibir un nuevo endoso, caso en el cual no es responsable frente a aquellos a quienes la letra haya sido ulteriormente endosada”.

Fuentes: Art. 15 L.U.G. 1930; Art. 16 Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis De Gásperi Art. 2273 Anteproyecto de Código Civil.

En la nota al Art. 2273 del Anteproyecto de Código Civil, se lee: “Según las reglas del derecho de cambio del endosante es responsable como si él mismo hubiese librado la letra, salvo que por cláusula especial consignada en la misma letra se hubiese exonerado de la garantía de la aceptación, que es a lo más a que puede limitar su responsabilidad, tal como lo estatuye nuestro Art. 2267. No puede exonerarse de la garantía de pago.

La responsabilidad del endosante es una responsabilidad subsidiaria. Ella no tiene lugar sino cuando presentada: en vano la letra de cambio para su aceptación, no ha sido aceptada. Solo cuando el girado haya pasado queda el endosante liberado.

El endosante puede prohibir todo otro endoso posterior. En este caso, queda al cargo de todo recurso de parte de aquellos a quienes la letra de cambio ha sido transferida contra su prohibición. Mas los endosantes anteriores seguirán respondiendo de su obligación cambiaria, porque siendo esta in solidum, cada endosante responde por el todo, sin que el pago hecho por uno libere a lo otros”. (De Gásperi, pág. 709).

El endoso produce, de pleno derecho un doble efecto:

- a) transmite el documento:
- b) constituye al transmitente garante de su aceptación y pago.

Indirectamente, el endosante puede excluir su responsabilidad con respecto a los sucesores de su endosatario, mediante una cláusula que prohíba un nuevo endoso. La prohibición no invalidará los nuevos endosos, pero la garantía del endosante no alcanzará a amparar a esos nuevos adquirentes. (Diez Mieres, ob. cit. pág. 184).

Artículo 1316

“El tenedor de una letra de cambio es considerado legítimo portador de ella si justifica por una sucesión ininterrumpida de endosos

el derecho que invoca, aunque el último sea en blanco. Los endosos tachados se reputan como no escritos.

Cuando un endoso en blanco sea seguido de otro endoso, se considera que el signatario de este último adquirió la letra por endoso en blanco.

Si una persona ha perdido por cualquier causa la posesión de una letra de cambio, el nuevo portador de ella que justifique su derecho en la forma establecida en el párrafo anterior, no está obligado a desprenderse de la letra sino en el caso de haberla adquirido de mala fe, o de haber incurrido en culpa grave al adquirirla”.

Fuentes: Art. 16 L.U.G.; Art. 17 Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis De Gásperi, Art. 2274 Anteproyecto de Código Civil.

La letra de cambio reconoce siempre un deudor cierto que la libra, endosa, acepta o avala con su firma, y un acreedor aparente que la posee. La ley legitima esa apariencia para convalidar la circulación del título y el ejercicio de los derechos consiguientes. La legitimación cambiaria es, por consiguiente, activa. Significa el derecho del poseedor del instrumento cambiario para presentarlo y hacerlo valer como titular de los derechos que apareja, según las condiciones legales y la índole del título que califican esa posesión con mayor o menor energía. La regla cambiaria se atiene a la manifestación formal de la posesión para legitimar ese derecho, aunque el poseedor no sea verdadero propietario. Por eso se denomina también legitimación formal a la de la posesión; en contraposición a la legitimación material, la del propietario del instrumento.

La legitimación formal es complemento necesario de la protección al título. La sola exteriorización de la posesión hace presumible la propiedad y simplifica la prueba en juicio sumario, como justificación práctica de las necesidades del comercio. En el principio de la legitimación se asienta el resorte básico de la negociabilidad cambiaria de valores que se identifican con el mismo título.

El pago solo puede ser exigido por el titular del derecho, esto es, el propietario del título. Pero quien ejercita este derecho no necesita demostrar ni la propiedad del título ni la posesión de buena fe; le basta la presentación de la letra en su carácter de tenedor legítimo carácter justificado con una serie ininterrumpida de endosos que se enlazan regularmente hasta llegar a su propio nombre. La letra per se cumple una función muy suya, la función de legitimación de su titular. El portador tampoco está obligado a justificar la legitimidad de su adquisición, ni la legitimidad o autenticidad de las firmas de los distintos endosantes. Tampoco debe cerciorarse respecto de la capacidad de los endosantes, ni sobre la insuficiencia de los poderes de sus mandatarios. (Diez Mieres, ob. cit. pág. 185/6).

El Dr. De Gásperi expresa: “Por el parágrafo 1° del presente artículo protege la ley la posesión de buena fe del título acreditada por la sucesión ininterrumpida de endosos, aun cuando el último sea en blanco, sin distinguir acerca del modo en que el título ha entrado en circulación, y aun en el caso en que hubiera entrado en circulación contra la voluntad del librador. Basta la posesión del título en las condiciones expresadas para que el tenedor de ella sea considerado legítimo o justificado poseedor. Siendo así se comprenderá que el deudor se libere pagando sin dolo o culpa grave al que esté legitimado como poseedor del título, aunque no sea el titular del derecho documental. Tales son los efectos de la circulación regular de la letra, que también se producen aun en el caso de que un poseedor de la misma pretenda ejercer los derechos emergentes de la letra en su poder, siempre que justifique su derecho en la forma ya establecida o sea una serie ininterrumpida de endosos, con la única excepción del que hubiese adquirido de mala fe su posesión o que haya incurrido en culpa grave al adquirirla. La mala fe o la culpa grave en la adquisición se evidenciaría por la solución de continuidad en los endosos. Se daría así la circulación irregular. El poseedor de mala fe o el adquirente incurso en culpa grave, estará obligado a entregar el título a quien lo reivindique, justificando el propio derecho sobre él. La

reivindicación recaería en este caso sobre el título, como res (documento), pero no sobre el derecho cartular, del cual el título es vehículo. (Anteproyecto de Código Civil, pág. 709).

Normas de la buena fe

La protección que la ley dispensa al instrumento cambiario tiene por límite la buena fe que se le supone al portador. Es en tal sentido que la ley apareja diversas soluciones concordes:

- a) Por el Art. 1316 se deniega esa tutela al nuevo poseedor de una letra cuya posesión se ha perdido “en el caso de haberla adquirido de mala fe, o de haber incurrido en culpa grave al adquirirla”.
- b) Por el Art. 1310 quien adquiere de mala fe la letra o al adquirirla hubiere incurrido en culpa grave, está obligado a respetar los acuerdos que determinaron su creación cuando la letra era incompleta al tiempo de crearse.
- c) Por el Art. 1317 el sistema de inoponibilidad de excepciones personales no beneficia al portador que al adquirir la letra hubiere procedido a sabiendas en perjuicio del deudor demandado.
- d) Por el Art. 1319, los obligados pueden invocar las excepciones personales fundadas en sus relaciones con el que hizo un endoso en garantía, cuando el tenedor al recibir la letra ha procedido con conocimiento de, causa, en perjuicio del deudor demandado.
- e) La buena fe también es exigida al deudor, por el Art. 1342, según el cual “el que paga la letra a su vencimiento queda válidamente liberado, a menos que al hacerlo haya procedido con dolo o culpa grave”.

Artículo 1317

“Las personas demandadas en virtud de una letra de cambio no pueden oponer al portador las excepciones fundadas en sus relacio-

nes personales con el librador, o con los portadores anteriores, a menos que el portador al adquirir la letra, haya obrado a sabiendas en detrimento del deudor”.

Fuentes: Art. 17 L.U.G.; Art. 18 Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina. Luis de Gásperi, Art. 2275 Anteproyecto de Código Civil.

La acción cambiaria puede ser intentada ya por la vía ordinaria, ya por la vía ejecutiva.

La acción ejecutiva que los Arts. 1317 y 1359 confieren al tenedor legítimo del pagaré o letra es la acción cambiaria que resulta de la propia naturaleza del papel por lo que contra la misma no puede oponerse defensas atinentes al negocio causal.

Diez Mieres, al comentar el Art. 18 del Dto-Ley N° 5965/63, expresa: Quien, por un acto, presumiblemente voluntario, ha dado un pagaré de favor, o sin causa, o en blanco, y es demandado por el tomador directo, debe pagar, en juicio ejecutivo, para luego repetir en juicio ordinario, donde tendrá oportunidad, gracias a la amplitud y términos del procedimiento ordinario, de hacer valer sus descargos.

La ley difiere la protección al deudor para este segundo juicio de repetición, y es justo que así sea y soporte cada cual “las consecuencias de su imprevisión” No sería acertado, en cambio, que los papeles cambiarios pudieran ser impugnados en el juicio ejecutivo por causas extracambiarías. La acción cambiaria debe conservar el prestigio de su perentoriedad que es, precisamente, el prestigio del título. También es justo que el acreedor tercero portador de buena fe, pueda prevalerse de su condición de tal en todo juicio, como lo exige la estabilidad y seguridad de estos papeles aun en el juicio ordinario.

De manera que para que el deudor pueda oponer las excepciones fundadas en la causa de la obligación es menester que concurran dos condiciones:

1° que se trate de un juicio ordinario

2° que el portador sea la contraparte del demandado en el negocio que dio origen al papel cambiario, o que sea un portador de mala fe. (Art. 1310) (Ob. cit. pág. 189).

La adquisición del título cambiario no por un tercero puede perjudicar al deudor (librador, endosantes anteriores); esto ocurre en los casos en que los vínculos personales directos entre el accionante y el obligado pueden servir de fundamento para oponer una excepción. Con la transferencia del título pierde el deudor sus defensas de carácter personal. Cuando el adquirente conocía esa circunstancia, aunque no haya adquirido el documento con el deliberado propósito de dañar al obligado, la excepción personal es oponible. El portador de la letra pierde la inmunidad con que la ley tutela al tercero de buena fe, desde que este tuvo conocimiento de que su adquisición; menguaba la defensa del démandado.

No prevé la ley el caso de quien adquirió “a sabiendas” transfiera, a su vez, la letra. En el supuesto vuelve a prevalecer el principio de la buena fe, siempre que el nuevo adquirente no sea otro conivente del endosante o conocedor del perjuicio.

La alegación de haberse “procedido a sabiendas en perjuicio del deudor de mandato” no puede formularse como defensa en juicio ejecutivo. Sin embargo, la jurisprudencia no es uniforme al respecto. Así lo ha juzgado la C. 4a. C.C. Min. Paz y Tributo Mendoza 4-1X-1967, la Ley 25-III-1968, p. 1.

El deudor tendrá oportunidad de imputar ese extremo en su carácter de demandado en el juicio ordinario que se le siga por, acción cambiaria, o, en su carácter de actor en el juicio ordinario por repetición de la suma que haya desembolsado en la ejecución.

En ese juicio podrán servir todos los elementos probatorios y concurso de presunciones de la connivencia del adquirente con su endosante, tales como el hecho de que el adquirente no era acreedor del transmitente, o que no mediaba ninguna relación causal que justificara el endoso, o la simulación del endoso, o la circunstancia de que el endosatario era persona interpósita del endosante, como lo sería

un socio de una sociedad endosante o un gerente de la misma. O bastaría comprobar el hecho cierto por el que el adquirente aparece conociendo el perjuicio que la transferencia inflige al deudor demandado. En el juicio ejecutivo de la letra no es controvertible ninguna relación que no resulte del mismo instrumento. (Diez Mieres, ob. cit. pág. 190/1)

Artículo 1318

“Si el endoso contiene la cláusula “valor al cobro”, “al cobro”, “en procuración”, o cualquier otra que implique un simple mandato, el portador puede ejercer todos los derechos inherentes a la letra de cambio, pero no puede endosarla sino a título de mandato.

Los obligados solo pueden oponer en este caso al portador las excepciones que habrían podido oponer al endosante.

El mandato contenido en un endoso en procuración, no se extingue por la muerte del mandante, o por su incapacidad sobreviniente”.

Fuentes: Art. 18 L.U.G. 1930, Art. 19 Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis De Gásperi, Art. 2276 Anteproyecto de Código Civil.

El artículo prevé los casos de endoso impropio, por el que no se transmite la propiedad de la letra, sino que, importa la entrega de la misma para que el apoderado gestione su cobro.

La disposición contempla que, la entrega del documento se haga llevando el endoso la cláusula “valor al cobro”, “al cobro”, “en procuración” u otra indicación de mandato. El portador o endosatario a título de mandato puede ejercer las acciones cambiarias, y cobrar judicial o extrajudicialmente; también tiene el derecho de sustituir el mandato por medio de un endoso a ese solo efecto, pero no puede transferir la propiedad. Los deudores demandados solo tienen contra el accionante las defensas que hubiesen podido oponer al que endosó primero como mandante.

El endoso como mandato subsiste, aunque fallezca o se incapacite el mandante. (Diez Mieres, ob. cit. pág. 203)

Artículo 1319

“Si el endoso lleva la cláusula “valor en garantía”, “valor en prenda”, o cualquier otra que implique una caución, el portador puede ejercer todos los derechos derivados de la letra de cambio, pero un endoso hecho por él solo vale como endoso a título de procuración.

Los obligados no pueden oponer al portador las excepciones fundadas en sus: relaciones personales con el endosante, a menos que el portador, al recibir la letra, haya obrado intencionalmente en daño del deudor”.

Fuentes: Art. 19 L.U.G. 1930, Art. 20 Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis De Gásperi, Art. 2277. Anteproyecto de Código Civil.

El endoso caución es el que otorga el endosante a favor de un acreedor (endosatario), constituyendo una garantía de su deuda con la misma letra. Se estipula con las cláusulas “valor en garantía”, “valor en prenda”, “en caución” u otra semejante. Es también un endoso impropio, y lo mismo que en el endoso a título de mandato el portador puede ejercer todas las acciones que derivan del propio instrumento; no puede transferir su propiedad; si el endosatario a su vez lo endosa, el endoso únicamente tiene valor como mandato; los obligados no pueden oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el que otorgó la caución, el endoso en caución puede originar perjuicios al obligado al quedar restringidas las defensas; el endosatario puede ser connivente del endosante para burlar esas defensas; por eso la ley autoriza su oponibilidad cuando el tomador al recibir el documento ha procedido con conocimiento de causa en perjuicio del deudor demandado. (Diez Mieres, ob.cit. pág. 204/5).

“La letra de cambio, como título, es una res y por consiguiente puede ser dada en prenda, como de antiguo lo preceptúa el Art. 586 de nuestro C. de comercio. El endoso fija los derechos del acreedor

prendario. Si surgiere duda sobre la limitación del derecho del acreedor, podrá el endosante, según el Art. 586 parág. 20 de nuestro C. de Comercio, probar que solo ha transmitido el crédito en prenda o en garantía”. (De Gásperi, ob. cit. pág. 710).

Artículo 1320

“El endoso posterior al vencimiento produce los mismos efectos de un endoso anterior. Sin embargo, el endoso posterior al protesto por falta de pago, o hecho después de la expiración del término fijado para diligenciarlo, solo produce los efectos de una cesión ordinaria”.

Fuentes: Art. 20, LU.G:1930. 21 Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis de Gásperi, Art. 2278 Anteproyecto de Código Civil.

El endoso de la letra de cambio es eficaz, aunque sea posterior a su vencimiento, con tal que sea anterior al protesto por falta de pago o al vencimiento del plazo establecido para efectuar dicho protesto. El endoso posterior solo produce el efecto de una cesión ordinaria. Resulta difícil determinar cuando ha sido hecho el endoso que no consigna fecha; la ley presume que lo fue antes del vencimiento del plazo fijado para efectuar el protesto, salvo prueba en contrario, que puede resultar de circunstancias tales como la comprobación de que los documentos se hallaban en poder del tomador originario después de vencida la fecha establecida para efectuar el protesto, o de haber sido levantado el protesto a nombre del titular anterior; la alegación y prueba de esas circunstancias no son admisibles en juicio ejecutivo si no resultaran de las propias constancias de la demanda. (Diez Mieres, ob. cit. pág. 206).

Artículo 1321

“Con la cesión de la letra de cambio, sea derivada de un endoso posterior al protesto por falta de pago, o al término fijado para efectuar el protesto, sea que derive de un acto separado, aun anterior al

vencimiento, se transmiten al cesionario todos los derechos cambiarios del cedente, pero aquél queda sujeto a las excepciones oponibles a este.

El cesionario tiene derecho a que se le entregue la letra cedida”.

Fuentes: Art. 25 de la ley cambiaria italiana (Real decreto 1932) Art. 22 Dto-Ley N° 5965/63 Rca. Argentina; Luis de Gásperi, art. 2279 Anteproyecto de Código Civil.

La transferencia mediante el endoso ex tempore es una mera cesión ordinaria, y así lo dispone expresamente nuestro artículo; el deudor podrá oponer, como defensa, al tenedor, esto es al cesionario, aunque lo sea bona fide, todos los antecedentes atinentes a la causa de la obligación. Lo mismo ocurre si el tenedor ha adquirido el documento por un acto separado, aun cuando el acto de cesión sea anterior al vencimiento. El endosatario o cesionario ha adquirido todos los derechos cambiarios que pertenecían a su autor, aunque la letra estuviera vencida. Para hacer valer esos derechos y garantías el cesionario puede exigir la entrega de la letra cedida. (Diez Mieres, ob. cit.pág. 207)

“La cesión produce efectos más débiles que el endoso. El cesionario adquiere la entera situación cartular (documental) del cedente, pero no como un derecho autónomo, sino derivado y con las excepciones de que el cedente era pasible”. (Messineo, t. VL, pág. 340).



De los hechos en general

Dr. Carlos A. Alfieri¹

Toda relación jurídica nos exhibe tres elementos claves: el sujeto, el objeto, y la fuente generadora, el factor productor del vínculo. Nuestro grupo de trabajo concentra su atención sobre este tercer elemento engendrador del lazo jurídico.

Ahora bien, ¿cómo se nos puede presentar esta importante pieza? De manera bien simple: en la forma del HECHO, como un suceso natural o humano.

El hecho natural o hecho externo o accidental, resulta completamente ajeno a la voluntad humana. Son los acontecimientos de la naturaleza que escapan, en su origen, a la intervención humana. Resulta el área de la realidad física o biológica extraña al dominio de su voluntad (plagas, lluvias, temporales, terremotos, inundaciones, el nacimiento, el embarazo, la muerte por causa naturales).

Al lado de los HECHOS NATURALES, tenemos los HECHOS HUMANOS, que son ejecutados por el hombre. En los cuáles el hombre interviene de manera directa, como en los casos de cualesquiera de las figuras contractuales o bien, por poner otros ejemplos, en los supuestos de los delitos o de los actos demenciales.

Los HECHOS, sean naturales o humanos, importan la fuente, el origen el germen de la relación jurídica. Tomemos el caso de un incendio (HECHO NATURAL) que destruye una casa, o bien, el granizo que destruye una cosecha.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 15 -1986.

Existiendo seguro, este primer fenómeno, el del incendio, acarrea la posibilidad indemnizatoria. En el segundo supuesto, el fenómeno puede excusar el incumplimiento de una obligación.

Tomemos el mismo caso de la mujer embarazada. Conforme lo determina el Artículo 57 del Código del Menor la misma tiene el derecho de demandar ayuda pre-natal, sea ella casada, unida en matrimonio aparente o concubinato.

Como se ve, desde la concepción, que, es un hecho natural, aparece una consecuencia jurídica como la apuntada precedentemente.

En cuanto a los HECHOS HUMANOS son producidos por el hombre y se traducen, por lo general, en un hacer o no hacer. Estos HECHOS HUMANOS se clasifican en voluntarios, es decir los ejecutados con discernimiento, intención y libertad, y los involuntarios, en los cuales se nota la ausencia o del discernimiento o de la intención o de la libertad.

El Código de Vélez en el Libro SEGUNDO, Sección SEGUNDA, trata de los “HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS” que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los Derechos y Obligaciones. La referencia a los hechos figura en una serie de disposiciones.

El nuevo Código Civil en su LIBRO SEGUNDO menciona a los HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS y a las OBLIGACIONES.

En su Título I se lee: “De los Hechos y Actos Jurídicos y su Sección I “De las Disposiciones Generales”.

En su Art. 277 establece directamente las características de los ACTOS VOLUNTARIOS; dando la impresión que los hechos de la naturaleza o externos, ya no son tenidos en cuenta como usinas generadoras de vínculos jurídicos, como si los hechos de la naturaleza o externos hayan sido desterrados del nuevo Código Civil. Pero la verdad es otra, y bien distinta por cierto.

En la labor codificadora y en torno de los hechos y actos jurídicos han existido dos corrientes bien marcadas. Una de ellas es la fijada por el Código Civil Francés. Este Código no aceptó las generalizaciones. En el supuesto del error, de la violencia, de dolo, que son vicios, quedaron ubicados en el Capítulo de los Contratos y Testamentos. El Código Francés cuando habla de la forma y de la prueba, las mismas quedan comprendidas en el marco de las obligaciones y del pago. Como puede observarse, el Código Francés no se inclinó por las enunciaciones generales, aunque estos principios, estos elementos del error de la violencia, del dolo, de la forma y de la prueba, podrían ser de aplicación universal.

Frente a esta tendencia legislativa impuesta por el Código Civil Francés y que conociera de muchos seguidores, apareció la Metodología de Freitas.

Tengamos presente que el primer Código Civil conocido es el Francés del año 1804, y como la apuntara Juan José Soler, es el punto de partida del afán de la Codificación.

Freitas se aleja de las líneas trazadas por el Código Francés y no fija normas especiales para concretas situaciones jurídicas.

Freitas decía, lo citamos textualmente: “Todos los Códigos publicados con excepción del de Prusia, tienen el gravísimo defecto de haber legislado sobre materias de aplicación general a casi todos los asuntos del Código Civil, como si fuesen exclusivamente aplicables a los contratos y testamentos”.

Vélez se inspira en Freitas y sitúa en la Sección Segunda del Libro Segundo “De los Hechos y Actos Jurídicos” los principios de aplicación general y que no se limitan a determinados Actos Jurídicos. En esta sección de los Hechos y Actos Jurídicos, se incluyen las reglas de aplicación general.

El Profesor De Gásperi, luego de consideraciones respetables, se pliega al ordenamiento dispuesto por Freitas y por Vélez.

Quien no comulga con la posición apuntada es Bibiloni y, por supuesto, el Anteproyecto del Código Civil Argentino del año 1936.

Para Bibiloni casi todo este capítulo (hace referencia a los Hechos Jurídicos), comprende una serie de definiciones y divisiones puramente didácticas, no conteniendo preceptos del orden legislativo. Entiende Bibiloni que no es necesario expresar en el texto legal que los Hechos allí mencionados son los que pueden producir efectos jurídicos, puesto que las leyes no se ocupan de los Hechos del orden físico o psicológico. Bibiloni remata sus objeciones, afina sus críticas, expresando que ningún Código ha procedido en esa forma propia de los tratados de doctrina cuyo objetivo es la explicación de la ley, debiendo ser objeto de la Ley: lo preceptivo, lo normativo.

Y Bibiloni no se reduce al plano teórico, pues en su Anteproyecto y con relación a los Hechos y Actos Jurídicos, suprime los siguientes artículos del Código de Vélez: 896-901-902-903-904-905-906 y sustituye los artículos 897-898-900 y 913, por uno solo, que es precisamente el encargado de juzgar voluntarios los actos, cuando son ejecutados con discernimiento, intención y libertad y resulte de ellos una adquisición, modificación o extinción de derechos. Los que no reunieran esos requisitos, no producirán por sí, obligación alguna.

El nuevo Código Civil recoge en su Art. 277, el Art. 132 del Anteproyecto Argentino del 36 que en esta materia siguiera incondicionalmente a Bibiloni.

Y cuando uno examina el Art. 271 del nuevo Código Civil, reiteramos, tiene la impresión del marginamiento de los Hechos Jurídicos, especialmente de aquellos que se producen por obra o gestión de la misma naturaleza. En verdad, estos Hechos Exteriores, naturales o accidentales, no han sido eliminados del nuevo Código. Siguen mereciendo consideración, pero no ya en la forma de los principios agrupados, como preferían Freitas, Vélez y nuestro distinguido civilista De Gásperi. Ahora ocupan distintos lugares en el nuevo Código Civil y en otras leyes. Pongamos algunos ejemplos para acreditar cuanto

venimos afirmando: Tenemos el caso del Aluvión Art. 1976 del nuevo Código, uno de los casos de adquisición por accesión.

Allí se hace referencia a un Hecho Natural: el acrecentamiento de tierra formada paulatina e insensiblemente por causas naturales y que pertenecen a los propietarios de tierras ribereñas.

Citemos la Avulsión, art. 1979 del nuevo Código, que es otro suceso natural y que lleva a adquirir, el dominio por accesión.

Recordemos a la concepción del ser humano que, conforme lo determina el nuevo Código en su Art. 28, adquiere capacidad de derecho para adquirir bienes por donación, herencia o legado.

El nacimiento y la muerte de las personas que son hechos naturales que importan supuestos productores de consecuencias jurídicas.

Tenemos los casos de siniestros, en torno de los cuales giran los contratos de seguro.

Y en el ámbito notarial a los Hechos de la Naturaleza como contenido del Acta Notarial. El Código de Organización Judicial, prescribe como uno de los deberes del Notario, dar fe de los Hechos ocurridos en su presencia o constatados por él, dentro de sus facultades, Art. 111, inc. d) de la Ley 879 y comprobar hechos, dando autenticidad a la documentación que resultare, Art. 111, inc. f) de la Ley 879.

Como puede apreciarse, el Acta Notarial, uno de los documentos notariales, pretende comprobar y fijar los hechos ya provengan de la naturaleza o del hombre.

Se fijan esos Hechos, que son fugaces, ambulatorios como lo diría Carnelutti, a los efectos de representarlos documentalmente y con posterioridad presentarlos en juicio como un medio de prueba.

Y si tomamos a los Hechos Humanos, ellos no han sido desplazados. Pensemos en el matrimonio, que es un Hecho humano productor de numerosas derivaciones jurídicas.

Todas estas situaciones configuran Hechos Naturales y/o Humanos.

De manera que sentamos esta posición no para que se abra camino, sino para que se la tenga en cuenta en el esfuerzo de ir interpretando este Libro II “De los Hechos y Actos Jurídicos del nuevo Código Civil. De estar entre nosotros el Profesor De Gásperi, sus críticas, al Anteproyecto Argentino del 36, las hubiera dirigido al Nuevo Código, en el sentido que nuestros legisladores desdeñaron o ignoraron a los Hechos pasando a considerar directamente los Actos Voluntarios.

Para el autor de esta voz, los Hechos como sucesos que acontecen en el mundo sin la injerencia del hombre, como los que reconocen la intervención de la voluntad humana, se hallan dispersos, aplicados a situaciones particulares, específicas, concretas. Se legisla sobre cada caso particular. Se abandona la idea de la generalización, de las normas directrices como aplicables a la totalidad de los casos. Como puede apreciarse la pugna no ha sido ideológica, sino metodológica. Diferencias epidérmicas. Nos interesa también destacar, algunas observaciones. El Art. 277 del nuevo Código considera que los actos voluntarios son los ejecutados con discernimiento, intención y libertad y determinan una adquisición, modificación o extinción de los derechos.

Los actos voluntarios que no reúnan unos de estos requisitos, no producirán por sí, consecuencia alguna.

Este Art. 277 del nuevo Código, reemplaza los Arts. 896-897-898-900 y 913 del Código de Vélez, que son reproducidos por el Profesor De Gásperi en sus Arts. 498-499-501 y 511.

De la simple lectura del Art. 277 podemos comprobar que no se define al Acto Voluntario, sino que se ponen de manifiesto, sus elementos internos.

De esta manera se pretende destacar las condiciones que debe reunir el actuar del agente, para que se lo repute voluntario y pueda, por consiguiente, imputársele.

El Hecho Humano ejecutado con discernimiento, intención y libertad, resulta válido.

Tomemos uno de sus elementos internos: El discernimiento. Qué se entiende por discernimiento. No es otra cosa que un desarrollo intelectual adecuado para que el sujeto pueda establecer distinciones o, desde otro ángulo, consecuencias de su propia conducta - o la conducta de los demás.

¿Cuándo falta el discernimiento?

- a. En el actuar de los menores de 14 años;
- b. En el actuar de los privados de razón
- c. En el actuar de los interdictos o inhabilitados, Art. 278 del nuevo Código.

LA NOVEDAD DEL NUEVO CÓDIGO, CON RELACIÓN A LOS MENORES

En el Art. 921 del Código de Vélez establecía una distinción: Para los actos ilícitos el discernimiento arrancaba a los 10 años. Para los actos lícitos, a los 14 años.

Ahora el discernimiento comienza a los 14 años y no a los 10 años, A los 14 años se es capaz de discernir y por consiguiente, de ser responsable de sus actos.

A esa edad, 14 años, existe imputabilidad y responsabilidad por los daños que pudieran causarse.

Ya el Art. 219 del Código del Menor, consideraba inimputables a los menores de 14 años. Si a los menores de 14 años se les atribuía la comisión de hechos ilícitos, no podían ser enjuiciados ni penados por los tribunales ordinarios.

**SEGUNDO SUPUESTO DE FALTA DE DISCERNIMIENTO:
La insanidad (Privados de razón).**

La terminología del Código de Vélez: “dementes” y personas “sin uso de razón”.

La expresión usada por De Gásperi en su Anteproyecto, “enajenados mentales”.

Integrarían esta categoría, los que experimentan una lesión cerebral, los intoxicados, los ebrios, los sometidos a hipnosis y los sonámbulos.

TERCERA CAUSA QUE ORIGINARIA LA FALTA DE DISCERNIMIENTO: La interdicción o la inhabilitación, Aquí tenemos otra novedad.

El Interdicto: Nos encontramos con el Interdicto en el Art. 73 y siguientes del nuevo Código. Es el mayor de edad o el menor emancipado, enfermo mental que no se encuentra en condiciones de cuidar de su persona o administrar sus bienes. Se requiere decisión judicial, que, de concretarse, tendrá que anotarse en el Registro de Interdicciones que creará la Ley 879, en su Art. 357.

La Inhabilitación: Es otra cosa. Conforme lo establece el Art. 89 del Nuevo Código, el inhabilitado es aquella persona que, por debilidad de sus facultades mentales, por ceguera, por debilidad senil, abuso de bebidas alcohólicas o estupefacientes u otros impedimentos psicofísicos, no resulta apta para cuidarse a sí mismo, ni se encuentra en condiciones de vigilar sus propios intereses.

Requiere intervención judicial, o sea que la inhabilitación también debe declararse judicialmente. La decisión judicial, igualmente, deberá anotarse en el Registro de las Interdicciones.

El Código nuevo, sustituye la categoría de dementes por la de Interdictos. Y aparece una figura nueva; la de la inhabilitación. En la Exposición de motivos del anteproyecto elaborado por la Comisión

Nacional de Codificación se lee: “La figura incorporada al Anteproyecto suple una laguna que la legislación vigente deja y desampara al individuo en caso de que lleguen a constituir demencia en el lenguaje anterior, pero en la que las facultades intelectuales de las personas son notoriamente insuficientes. El alcance de la nueva forma de incapacidad, sigue expresando la Comisión Nacional de Codificación, es imponer la necesidad que un curador autorice expresamente una serie de actos de disposición, conservándose la capacidad para los actos de administración”.

Con la Inhabilitación de las personas, se ha superado como bien lo señalara Guillermo A. Borda, ese esquema rígido, tajante y opuesto: el incapaz absoluto (demente, sordomudo que no supiese darse a entender por escrito), y el plenamente capaz.

En verdad, en el ser humano puede constatarse deficiencias psíquicas, estados intermedios entre el que sufre serias alteraciones mentales y el sujeto que goza de total salud. Tomemos por caso a los ebrios consuetudinarios, a los débiles de espíritu, los entregados al uso de estupefacientes, por citar algunos casos.

Insistimos más de la cuenta en todo esto, por razones bien simples, como veremos seguidamente.

El Notario tiene la obligación de solicitar, en los casos de modificación o transmisión de derechos reales, lo que se denomina certificado registral, de no gravamen o de dominio.

La oficina requerida informa de las condiciones de dominio del bien objeto del contrato (inmueble, automotor, buque) y simultáneamente, la libre disponibilidad de bienes del titular del dominio, o sea, si el titular del bien, no se encuentre inhibido de disponerlo.

La inhibición, aparece cuando se pretende aplicar una medida preventiva como la del embargo, y no se conocen bienes del deudor. En este caso, cuando el embargo no puede hacerse efectivo, corresponde la inhibición que no conduce a la incapacidad de una persona.

Supone un obstáculo, de manera que el inhibido no disponga o grave sus bienes.

Al lado de la inhibición cuyos alcances acabamos de expresar, deben colocarse ahora la Interdicción y la Inhabilitación.

La Inhibición, no conduce, dijimos, a la incapacidad. La Interdicción la inhabilitación sí, quedando los afectados sujetos o curatela.

La Interdicción, se declara judicialmente. Declarada la Interdicción, el afectado queda separado de la administración y disposición de sus bienes: facultades que se transmiten al curador. La decisión judicial es anotada en el Registro de las interdicciones que estableciera el Art. 357 del Código de Organización Judicial.

Y aquí lo grave: a partir de la inscripción de la interdicción, son de ningún valor los actos de administración y de disposición que las personas interdictas realizaren. Así lo determina imperativamente el Art. 86 del nuevo Código.

Con relación a la Inhabilitación (debilidad de sus facultades mentales, ceguera, debilidad senil, abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes u otros impedimentos psico-físicos) de producirse la declaración judicial y de inscripta la misma en el Registro de las interdicciones, los Inhabilitados no podrán disponer de sus bienes, no podrán gravar sus bienes, ni celebrar transacciones, recibir pagos, estar en juicio o dar dinero en préstamo.

Inscripta la sentencia de Inhabilitación en el Registro correspondiente, serán de ningún valor los actos de disposición que los mismos celebraran, sin la intervención del curador (Art. 90 del nuevo Código). En su consecuencia: A partir del 1º de Enero del año entrante las certificaciones registrales deberán informar de las condiciones actuales de dominio del bien objeto del contrato, si el titular del dominio se encuentra o no se encuentra Inhibido y por último, que no se hallare afectado de Interdicción o de Inhabilitación declarada judicialmente.

Si no tuviéramos en cuenta esta observación y nos encontráramos que el otorgante que dispusiera o gravare sus bienes haya sido declarado judicialmente Interdicto o Inhabilitado, sus actos serían de ningún valor, lo que importaría, buscando ser bien gráficos: Herir de muerte al contenido de la escritura pública.

Desde otra posición, pero siempre válida: los actos del Interdicto y del Inhabilitado, se juzgan ejecutados sin discernimiento. Para afirmarlo, nos apoyamos en el inc. e) del Art. 278 del nuevo Código. Y no olvidemos que los actos realizados por quién careciera de discernimiento, se reputarán nulos, al tenor de lo impuesto por el inc. a, del Art. 357 del nuevo Código.

Por consiguiente, para el Notario, ha concluido aquella cómoda posición de entregar al amanuense o dactilógrafo el almanaque Bristol, para que, ayudándose del mismo, dirija la contratación.

Se exige, ineludiblemente, la propia intervención, la intervención personal del notario, de manera que pueda, recurriendo a sus conocimientos, ir detectando la presencia de cualquier vicio, en condiciones, insistimos en esto, de descalabrar el negocio instrumentado. Es en la antesala de la elaboración del documento, notarial, donde corresponde vigilar la plena capacidad de los otorgantes. Aquello de “hábiles” ya no debe resultar una expresión mecánica para ajustarnos a los formularios de turno. El legislador reclama de nosotros, intervención personal, atendiendo al inc. 1), Art. 111 del Código de Organización judicial. Y es más: Intervención personal, como lo pide el nuevo Código en el 2º párrafo del Art. 389, so pena de nulidad de la escritura pública, sujetándonos a lo que establece el inc. f), del Art. 396 del nuevo Código.

CIEGOS Y SORDOMUDOS QUE NO SEPAN DARSE A ENTENDER POR ESCRITO U OTROS SIGNOS.

El ciego ha participado normalmente en el otorgamiento, de los documentos notariales.

Participo, sin inconveniente alguno, del negocio jurídico que se instrumenta notarialmente.

Ahora el ciego puede ser declarado, por la vía judicial, Inhabilitado, siempre y cuando no estuviera en condiciones de comportarse normalmente con relación a su persona y bienes.

Si se produce la declaración judicial, el ciego ya no podrá actuar personalmente, sino por medio de curador que se le nombrare.

Si se comprobare, certificación registral de por medio, la no existencia de una declaración judicial de inhabilitación, el ciego podrá ser parte de una escritura, actuando normalmente. Deberá exigirse la presencia de testigos instrumentales, como lo dispone el inc. e) del Art. 135 del Código de Organización Judicial. En cuanto a la firma, es de elemental prudencia que por el ciego, a su ruego, suscriba otra persona, que no fuera de los testigos instrumentales o de conocimiento. Así lo recomendamos en el entendido que lo dicho no importa la última palabra, pero que se ajusta a las reflexiones de Notarialistas de envergadura, como José María Mustápic, en el sentido que la firma es algo más que imprimir los caracteres alfabéticos del nombre. La firma supone haberse impuesto del acto y suscribirlo en el lugar preciso que finaliza la lectura.

LOS SORDOMUDOS O MUDOS QUE NO SEPAN DARSE A ENTENDER POR ESCRITO U OTROS SIGNOS.

No pueden ser parte de la relación jurídica, en intervención personal. Y ello teniendo en cuenta que son absolutamente incapaces de hechos, inc. d) del Art. 37 del Nuevo Código.

La intervención del Curador resulta indispensable. Integran la categoría de los interdictos.

Si el sordomudo o mudo pudiera darse a entender por escrito en forma inequívoca, se encontrará habilitado para participar directamente del otorgamiento. De la combinación o complementación de los Arts. 141 del Código de Organización Judicial y 391 del Nuevo

Código, surgen estas exigencias formales que tendrán que ser observadas al redactar la escritura pública.

La presencia de testigos instrumentales.

La previa elaboración de una minuta que el sordomudo o mudo deberá suscribirla en presencia del notario y si lo trajera redactada y firmada, reconocer como suya la firma, en presencia del notario.

El sordomudo o mudo tiene la obligación de leer la escritura por sí mismo. No solo leerla, sino expresar, terminada la lectura, que la ha leído y que está conforme con ella, lo que estampará con su puño y letra. Luego del cumplimiento de todas las exigencias, que el escribano debe cumplirlas lealmente, el sordomudo o mudo, podrá suscribir la escritura.

La parte final del Art. 391 del Nuevo Código expresa: “El Escribano dará fe de la circunstancia mencionada y archivará las minutas mencionadas como parte de la escritura”.

La redacción evidentemente no es feliz.

Lo de Archivar: Archivar traduce guardar en un Archivo, y el Archivo es el lugar donde se conservan ordenadamente documentos de todo tipo.

De manera que la minuta tiene que ser incorporada al protocolo, como formando parte de la escritura y no archivarla en otro lugar. La minuta debe ser vinculada a la escritura, con la correspondiente nota del escribano. Esta interpretación es la que corresponde en nuestra opinión. En cuanto a que el escribano de fe de la circunstancia apuntada, como lo pide el mismo Art. 391, se cumple con la expresión: “de todo lo cual doy fe”, con la cual se cierra o clausura la escritura pública.



De la pluralidad de herederos

Dr. Francisco Bazán¹

CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

LIBRO V - TÍTULO III

- a) Del Estado de Indivisión
- b) De la Partición
- c) De la Partición Anticipada hecha por los Ascendientes
- d) De los efectos de la Partición

**EXPOSICIÓN HECHA EN EL PANEL N° 11,
el 25 de Abril de 1986 EN EL SIMPOSIO DE ESTUDIO DEL
NUEVO CÓDIGO CIVIL**

CONTENIDO

1. Generalidades.
2. La masa hereditaria.
3. Administración de los bienes sucesorios.
4. Rendición de cuentas.
5. Remuneración.
6. Acciones de los acreedores de los herederos durante la indivisión.
7. Citación de los acreedores conocidos de la sucesión.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 15 -1986.

8. Partición aplazada.
9. Indivisión ordenada por el testador.
10. Indivisión total o parcial para los coherederos.
11. Los bienes pertenecientes a los herederos.
12. Preferencia.
13. Concepto de la partición.
14. Cuando se puede exigir la partición?
15. Quiénes pueden pedir la partición?
16. Formas de efectuarse la partición.
17. Formación de las porciones hereditarias en la partición judicial.
18. Créditos contra la sucesión.
19. Partición anulable.
20. Los gastos de la liquidación.
21. La acción de partición y la prescripción.
22. La partición anticipada. Quienes pueden efectuarla, A quienes corresponde.
23. Reglas de la partición anticipada.
24. Condiciones de validez de la partición por actos entre vivos.
25. Efectos de dicha partición,
26. Donación revocada.
27. La partición por testamento.
28. Principios a que está subordinada.
29. Partición por donación conjunta de los bienes propios y gananciales.

30. Cuándo queda sin efecto la partición?

31. Partición resuelta.

32. Acción de reducción.

33. Efectos de la partición.

DEL ESTADO DE INDIVISIÓN

1. GENERALIDADES

Solo existiendo pluralidad de herederos, se presenta el estado de indivisión de la masa hereditaria, pues sí a la muerte del causante, existe un solo heredero, este será el dueño único de todos los bienes y deberá responder de las deudas de la sucesión hasta el monto de la masa hereditaria.

El estado de indivisión determina que la masa pertenece en común a todos los herederos y se extiende y permanece hasta que se verifique la partición (Art. 2516).

Durante dicho estado cada heredero es dueño de una porción alícuota ideal, ninguno de ellos tiene la propiedad de un bien concreto ni puede disponer de una parte determinada. Solo después de la partición gozará de dicha disponibilidad.

Pero, si bien no pueden hacer lo que quieran sobre un bien o bienes concretos durante el estado de indivisión, los coherederos podrán disponer de sus derechos hereditarios, pero como queda dicho no de parte alguna de un bien hereditario determinado. (Art. 2519).

Hay otras medidas que los coherederos pueden adoptar durante la indivisión, como las conservatorias de los derechos sucesorios cuando ellos peligran, así como pueden plantear las acciones tendientes a lograr las cautelas necesarias para toda la masa. Tales acciones las puede promover cada heredero sin la participación obligada de los otros coherederos.

También el heredero puede demandar la petición de herencia, puede ejercer las acciones reales y posesorias que correspondan a la sucesión, sin la intervención de los demás coherederos, o con la de ellos si lo exigiere el demandado para que la sentencia que se dicte cause cosa juzgada respecto de él.

Puede igualmente exigir el heredero que se consigne judicialmente en una cuenta común lo que se debe a la masa, y si por la naturaleza de la prestación debida no fuere posible, puede pedir en virtud del derecho que el código le concede, que se nombre un depositario judicial, al efecto. (Art. 2519, inc. d).

Existen, sin embargo, situaciones en que deben actuar todos los coherederos, como en los casos de pago debido a la sucesión, que debe efectuarse a todos los coherederos conjuntamente, debiendo recordarse aquí que la administración de la masa corresponde en común a todos los herederos.

Otra situación concreta se presenta cuando para disponer de bienes indivisos individualizados, deba concurrir necesariamente el acuerdo unánime de los partícipes, correspondiendo entender, a nuestro parecer, que el Código, al referirse a partícipes quiere mencionar a todos los herederos (Art. 2519, inc.d)².

La disposición del inc. a) del Art. 2519 que consigna que los coherederos no podrán disponer de parte alguna de un bien hereditario determinado, durante la indivisión, no es del todo inflexible, por

² Sobre el in fine del Art. 2519, De Gásperi anota: "Sobre el in fine ver Art. 3020 del Anteproyecto de Bibiloni; in fine del Art. 1925 del Proyecto argentino de 1936, inspirados en los Arts. 2040 del Código alemán y 602 del Código Civil Suizo. Los actos de disposición a que se refiere este párrafo final de nuestro artículo, comprende desde el simple abandono de un bien determinado, su venta, su donación, su prenda, pero no hace falta agregar que como también lo exige al Art. 714 del C. Civil suizo, para que dichos actos de disposición sean válidos no solo será menester el acuerdo unánime de los coherederos, sino también que todos hayan entrado en posesión de dicho bien y que del título se haya tomado razón en el Registró de la Propiedad, si el bien es inmueble" (Antepr., nota al Art. 3216, pág. 967).

cuanto, da lugar el Código a disponer de bienes indivisos individualizados, bajo la condición de acuerdo unánime de los partícipes. Otra excepción al principio se encuentra en la disposición del Art. 2522, que permite que antes de la partición, los herederos podrán enajenar bienes hereditarios con autorización judicial, en la medida necesaria para el pago de la deuda y cargas de la sucesión. Naturalmente, en el caso, siempre será condición indispensable contar con la autorización del Juez, y que la venta de bienes no sobrepase la medida o cuantía necesaria para el pago de lo debido.

2. LA MASA HEREDITARIA. PARTE DE QUE ESTÁ COMPUESTA

La masa hereditaria está constituida por los bienes dejados por el causante.

La comunidad hereditaria existe sobre bienes que son cosas, y también sobre bienes que no son cosas, como por ejemplo, los derechos intelectuales. La forma igualmente lo adquirido en virtud de un derecho de la herencia, v.gr. el precio de un arrendamiento; la integra lo adquirido por concepto de indemnización de un daño experimentado por la masa, o por un acto jurídico referente a ella. Forma igualmente la comunidad hereditaria los frutos de los bienes sucesorios desde la apertura de la sucesión que se produce con el fallecimiento del causante (Art. 2450), hasta el momento en que se opera la partición (Art. 2517). Respecto de los bienes cabe recordar que los integran los objetos inmateriales susceptibles de valor y las cosas (Art. 1873).

3. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES SUCESORIOS

Sobre el punto, el Código Civil Paraguayo incluye una innovación, en relación al Código de Vélez Sarsfield. Este ha guardado silencio sobre la administración de la masa. Y tal vacío se ha llenado con las disposiciones respectivas del Código de Procedimientos Civiles (Arts. 613 al 617), y la jurisprudencia.

Nuestro Código Civil, en cambio, se refiere expresamente al caso, en su Art. 2518 al disponer que: “Mientras los bienes permanezcan indivisos, la administración corresponderá en común a todos los coherederos”. El inc. b) de dicho artículo, agrega una expresa aclaración de que a cada heredero le corresponde el deber de prestar su concurso en la medida conveniente para la gestión, tenga tal gestión carácter general o particular. Es decir, que obliga a cada heredero a prestar, no la colaboración que él quiera brindar, sino aquella necesaria, y en la medida suficiente para la realización de la gestión. El inc. a) recogiendo el criterio sustentado por la jurisprudencia, establece que: “el administrador será el cónyuge supérstite”. En su defecto, (el cónyuge puede faltar, puede hallarse en la imposibilidad de ejercer el cargo, o negarse a ello), o sino fuere idóneo, o si hubiere oposición de intereses entre él y los coherederos, el Juez debe designar a la persona que ha de ejercer la administración. Esa persona puede ser otro de los coherederos o un extraño, en el caso el administrador es judicial³.

A falta de cónyuge, o porque este (a) no pueda ejercer el cargo, por cuales quiera razones de las ya expuestas, el Juez debe dar preferencia al propuesto por la mayoría de los coherederos y solo por razones importantes puede designar a otro. La proposición que la mayoría haga al Juez, no significa que tenga derecho a imponer su criterio o decisiones a la minoría, porque es el Juez, en última instancia, el que va a nombrar administrador, y por otra parte se puede conceder como solución lógica que entre dos candidatos posibles, el Juez designe, salvo por motivos serios, al deseado y propuesto por el mayor número de coherederos. Borda aclara que: “Si hay una notoria enemistad o discordia grave en la familia, o profundas divergencias de intereses, es prudente que el Juez designe de oficio un extraño, a menos que estas causales hayan sido creadas artificiosamente para

³ El Juez Suizo -dice De Gásperi- puede designar como administrador a una persona extraña, funcionario o no, o bien a un heredero. Más, Bibiloni, al corregir el texto del Art. 3451 del Código argentino, limita los poderes del juez a elegir entre los coherentes (Antep. nota al Art. 3215, pág. 966). Borda, como se verá, adhiere al criterio de la jurisprudencia suiza.

apoyar una oposición irrazonable a la mayoría” (Manual de Sucesiones, pág. 205, Ed. Perrot, Bs. As. 4° ed. 1970).

El Art. 2518, no trae ninguna disposición sobre la manera de cómo debe cumplirse la administración, ni en el capítulo correspondiente existe normas de actuación en el cargo. Solo por aplicación subsidiaria al caso, el Código remite a lo dispuesto sobre la administración de la cosa común, que se contempla en los Arts. 2097, al 2099 (Art. 2518, inc. c). Consecuentemente, a la administración de la masa hereditaria, se le aplica subsidiariamente, las reglas establecidas para la administración del condominio, de la cosa común.

El Art. 2098 estatuye: “Las resoluciones sobre administración se adoptarán con citación de todos los propietarios, por mayoría absoluta de votos computados según el valor de las partes indivisas, aunque dicha mayoría correspon diese a uno solo de los condóminos.

“Si hubiere empate, decidirá la suerte. Cualquier dificultad sobre asuntos administrativos, será sumariamente decidida por el Juez, a solicitud de cualquier condómino y con audiencia de los demás”.

“En caso de duda, se presumen iguales las partes. Los frutos se dividirán proporcionalmente a los valores de ellas”.

En cuanto a la administración del condómino que haya sido nombrado por la mayoría, será juzgada según las reglas del mandato, dispone el Art 2099, y agrega: Si lo hiciere sin mandato, será considerado gestor de negocio.

Cuando el coheredero o el extraño designado administrador por el Juez, en defecto del cónyuge por las razones ya apuntadas, y tal elección se ha hecho a sugerencia o proposición de la mayoría, se está ante el conocimiento y tolerancia de los coherederos, que implica para el Código, la existencia de mandato y deberá ser juzgada la administración según las reglas del mandato.

Pero, a veces, un heredero asume de hecho la administración por falta de cónyuge o imposibilidad del(a) mismo(a), y entonces

puede suponerse, en ausencia de una decisión de la mayoría, que no existe mandato, a estar por el Art. 2099, y es posible también considerar que no todos los coherederos conocen de tal gestión. Si los coherederos la ignoran, nos hallamos ante una gestión de negocio. La ignorancia de la gestión supone que no hay mandato. Y el artículo citado, in fine, dice: “Si lo hiciera sin mandato, será considerado gestor de negocios”.

4. RENDICIÓN DE CUENTAS

El administrador está obligado a rendir cuentas, siempre que se la exija, establece el Art. 615 del Código de Procedimiento Civil. En el proyecto del Código Civil Procesal, Art. 810, la rendición de cuentas es obligatoria. En el proyecto también se contempla la sustitución y remoción del administrador, de oficio o a petición de parte, cuando su actuación importare mal desempeño del cargo.

5. REMUNERACIÓN

Por toda remuneración, el administrador tendrá derecho a un tanto por ciento de comisión sobre el monto de los valores percibidos o realizados en razón de la administración. Dicha comisión será fijada por el Juez según las circunstancias de cada caso, no pudiendo exceder del cinco por ciento (Art. 616 C.P.C.). Si hubiere reclamación al respecto, el Juez la decidirá, oyendo a los (interesados en juicio verbal. La resolución que recaiga será apelable en relación (Art. 617 C.P.C.).

6. ACCIONES DE LOS ACREEDORES DE LOS HEREDEROS DURANTE LA INDIVISIÓN

Antes de la división de la masa sucesoria, los acreedores de los herederos no podrán accionar sobre los bienes de la sucesión, pues durante todo el periodo del estado de indivisión, ningún heredero tiene una parte determinada de la masa. De manera que durante todo ese lapso los coherederos podrán impedir que los acreedores he-

reditarios y los legatarios inicien demandas sobre sus bienes personales. De modo que los acreedores hereditarios y los legatarios que no pueden accionar sobre bienes concretos de la sucesión, podrán, a la vez, ser impedidos de demandar a los coherederos por sus bienes personales.

Lo que los acreedores hereditarios y los legatarios podrán ejercer son sus acciones sobre la masa hereditaria indivisa (Art. 2520). Tales acciones, pues, solo podrá recaer sobre los bienes generales de la comunidad hereditaria, pero en ningún caso sobre bienes determinados, durante todo el período de la indivisión.

7. CITACIÓN DE LOS ACREEDORES CONOCIDOS Y DESCONOCIDOS DE LA SUCESIÓN

Tanto los coherederos, como los propios acreedores hereditarios y los legatarios, podrán exigir la citación judicial de todos los acreedores de la sucesión, conocidos o desconocidos, y oponerse a que se efectúe la división de la herencia antes de haberse cubierto las deudas y cargas pendientes (Art. 2521).

En principio pareciera que pudiera hacerse la división de la herencia antes de haberse satisfecho las deudas y cargas pendientes de la sucesión, si los coherederos, acreedores hereditarios y los legatarios no se opusieran, ya que, según surge de la ley, esa facultad de oponerse es optativa y no imperativa: “podrán oponerse”, dice el Art. 2521. Tampoco existe una sola disposición que declare nula la división efectuada sin cubrir las obligaciones de la sucesión. Solo el Art. 2540 establece que será anulable la partición privada o judicial cuando no se hubieren reservados bienes suficientes para el pago de los créditos y legados, cuya existencia constare en autos. Tampoco en este caso hay nulidad, es decir que no se da como no existente la partición, sino que solo se puede pedir la anulación de la misma, y entre tanto la partición se tiene por hecha. Y en el caso de no solicitarse la anulación, quedaría en pie.

La ley establece un plazo no menor de treinta días ni mayor de noventa, que el Juez debe fijar para que se presenten los interesados. Y entonces, sí, vencido el término, podrá efectuarse la partición, siempre que se dejaren bienes indivisos bastantes para cubrir los créditos y legados pendientes, litigiosos, o sujetos a plazo o condición.

Hecho el llamado, pues, y vencido el término, podrá hacerse la partición, siempre que se dejen bienes indivisos suficientes para satisfacer los créditos y legados pendientes, en pleito, o sujetos a plazo o condición, y en este caso, no podrán oponerse ya los coherederos, los acreedores hereditarios, ni los legatarios, ni será pasible de anulación (Art. 2540) por falta de reserva de bienes suficientes para cubrir las obligaciones de la sucesión y los legados si existieran.

El Código no admite la sustitución de la reserva por ninguna garantía.

8. PARTICIÓN APLAZADA

El Código contempla varias situaciones en que la partición debe quedar aplazada. Así establece que debe aplazarse si se esperare el nacimiento de un heredero, hasta que la incertidumbre haya desaparecido con el alumbramiento de un nuevo ser vivo o muerto, o con la inexistencia comprobada del embarazo; cuando la incertidumbre provenga de un litigio de filiación, validez de un matrimonio u otras causas semejantes o de la aprobación de una fundación hecha por el causante.

El Juez de la sucesión, en los casos mencionados, podrá autorizar las, medidas de conservación. También podrá dictar la disposición de los bienes que sean urgentes o justificadas por la liquidación, y solicitadas por partes legítimas, con audiencia de los interesados (Art. 2523), a los que se oirán sus observaciones y admitirán las pruebas de los que manifestaren oposición (Art. 2524, in fine).

Se aplazará asimismo la partición, cuando no se hubiere convocado a los acreedores o cuando estuviere pendiente el término para su presentación, es decir, cuando estuviere corriendo dicho término

(Art. 2524). Se entiende en el caso que para que exista aplazamiento deberá existir petición del o de los interesados, ya que el Juez no puede actuar de oficio, sino en los casos que expresamente lo dispone la ley, y en el artículo anterior al cual adhiere el 2524, se determina la solicitud por parte legítima, con audiencia de los interesados.

9. INDIVISIÓN ORDENADA POR EL TESTADOR

En dos circunstancias el testador podrá ordenar que se mantenga la indivisión.

En el caso de que no hubiere herederos podrá disponerla, por un plazo que no debe exceder de diez años.

Y también cuando hubiere herederos menores. Respecto de un bien determinado, o de un establecimiento comercial o industrial, inclusive podrá extenderse el plazo hasta que dichos menores hubieren llegado a la mayoría de edad (Art. 2525). Finalmente expresa el artículo algo confusamente: “Toda cláusula que en los dos casos amplíe el término de la indivisión se tendrá por no escrita en lo relativo al lapso excedente”. Creemos que la disposición final del artículo, quiere dar a entender que en el primer caso no se puede mantener el estado de indivisión, cuando no hubiere herederos, más allá de los diez años, y cuando hubiere herederos menores más allá de la fecha en que estos lleguen a la mayoría de edad. En ambos casos si se amplía el término de la indivisión se tendrá por no escrita en lo referente al plazo excedente.

10. INDIVISIÓN TOTAL O PARCIAL PARA LOS COHEREDEROS

También los coherederos podrán acordar que la indivisión continúe total o parcialmente, pero siempre por un plazo que no exceda de diez años. Durante ese lapso podrán partir en forma provisional el uso y goce de los bienes, siempre que exista el acuerdo unánime de los interesados (Art. 2526). Si hubiere incapaces -dice en su parte

final el artículo citado- sus representantes legales, debidamente autorizados, podrán intervenir en dichos convenios, que deberán ser homologados por el Juez. Es decir, que los convenios aprobados por los representantes legales de los incapaces, para partir provisoriamente el uso y goce de los bienes sucesorios, para tener validez deben ser confirmados por el Juez.

Tales representantes legales, según los casos, pueden ser, como se sabe, los padres de los menores o sus tutores, curadores.

De Gásperi en nota al Art. 3223 de su Anteproyecto, del cual es copia el Art. 2526 citado, dice: "Ver Arts. 1932 del Proyecto argentino de 1936; 3036 y 3039 refundidos del Anteproyecto de Bibiloni. El presente artículo entraña la nulidad de la disposición que autorice la indivisión por un tiempo mayor de diez años, tal como lo esbozó Bibiloni en el Art. 3036 de su Anteproyecto.

Cuanto a la facultad de partir en forma provisional el uso y goce de los bienes, se reproduce el art. 3464 del C. argentino, menos su in fine.

El Art. 1932 del Proyecto argentino omite el requisito de que la prórroga de la indivisión sea establecido por acuerdo unánime de los coherederos, que Bibiloni en contradicción con el Art. 3462 del C. argentino, juzga imperativo de que no se justifica, como lo dice el, una partición impuesta a la minoría, cuando los derechos de todos los partícipes son igualmente dignos del amparo legal, a fin de impedir que una mayoría formada por una alianza de interesados, sacrifique a los demás, sea en la atribución de los lotes o en las operaciones preliminares de la división, sobre todo cuando que por omisión del recurso de apelación conferido a los agraviados por el Art. 903 de Goyena, de cuyo Art. 902 es trasiego el Art. 3462 del C. argentino, o los no menos inspirado en el art. 819 del C. francés.

Abonado por Vélez Sarsfield el principio de la mayoría contada por personas, consagrado por el Art. 3462 de su Código, con la autoridad de Demolombe, evidenció Bibiloni que contrariamente al parecer que se le atribuye, dijo todo lo contrario, como es verdad, en el t.

XV, N° 600, pág. 529, 3a. edición. En efecto, la mayoría a que Demolombe se refiere, en el párag. 650, pág. 582 del mismo volumen, es la que el C. francés se exige para la venta de muebles necesaria para el pago de las deudas y cargas de la sucesión". (Ver De Gásperi, 1. II, N° 237, pág. 222 y ss., al fin).

11. LOS BIENES PERTENECIENTES A LOS HEREDEROS

Los bienes pertenecientes a los herederos son los excedentes de la masa, una vez pagados los acreedores hereditarios y los legados. Les pertenecen en proporción de sus respectivos derechos.

Antes de pagarse los legados, deben previamente satisfacerse los créditos y cargas comunes de la herencia, pues como dispone el Art. 2527, estos tienen preferencia al pago de los legados.

12. PREFERENCIA

En la cesión que haga el heredero de su parte indivisa, serán preferidos sus copartícipes, a toda persona extraña. Los copartícipes serán preferidos en igualdad de circunstancias, siempre que hayan comunicado por escrito al heredero cedente, su decisión de constituirse en cesionarios de su parte indivisa. La comunicación debe efectuarse: se dentro de los treinta días, que se contarán desde que se hizo conocer el ofrecimiento. En caso de que se cediera la parte indivisa sin que se ofreciera previamente a los coherederos la cesión será nula. Pero para que la preferencia proceda debe aceptarse por el heredero interesado en la cesión las condiciones reales y efectivas concertadas entre el cedente y el tercero. En el caso de que se acepte las mismas condiciones con las que el tercero está de acuerdo, se extinguirá el derecho de este ante la preferencia que corresponde a los coherederos⁴.

⁴ En su Anteproyecto De Gásperi, anota al pie del Art. 3225 del que es copia casi textual, el Art. 2528 del Código Civil, lo siguiente: "El Art. 2035 del C. alemán preceptúa que si la parte vendida hubiese sido entregada al comprador, podrán los coherederos ejercer contra este su derecho de preferencia.

13. CONCEPTO DE LA PARTICIÓN

Con la partición de los bienes de la sucesión, cesa el estado de indivisión y se tiene como si nunca hubiere existido dicho estado. Mediante la partición la cuota alícuota ideal que pertenece a cada heredero se trueca en porción determinada. La partición pues acaba el estado de indivisión y adjudica a cada heredero su parte concreta en la masa hereditaria. Habíamos señalado ya, que durante el estado de indivisión el heredero no puede apropiarse, a título de cuota parte, una porción material de la herencia.

14. CUANDO SE PUEDE EXIGIR LA PARTICIÓN

La ley no mira con complacencia un estado de indivisión permanente. Por eso concede al heredero la acción de partición como medio para obtener que su parte abstracta, ideal se transforme en una parte concreta.

Conforme al Art. 2529, esta acción puede pedirse por cualquiera de los herederos, una vez liquidado el pasivo hereditario. Es muy importante fijar con toda claridad -y nuestro Código así lo establece- el momento en que puede ejercerse la acción de partición. Difiere del Código de Vélez Sarsfield, que en su Art. 3452 establece que los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en sucesión algún derecho declarado por las leyes, pueden pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia, no obstante, cualquier prohibición del testador, o condiciones en contrario. Respecto de esta disposición,

Y el Art. 2037 del mismo Código estatuye que si el comprador cediese la parte a otro, se aplicarán los Arts. 2029, 2031 y 2032, de suerte que siendo así el derecho de preferencia podrá seguir a la parte vendida en poder del tercer adquirente, contra quién se ejercerá en la misma medida que contra el coheredero vendedor.

Por aplicación del Art. 841 del C. francés, el extraño, adquirente o cesionario del derecho a la herencia de un heredero, puede ser excluido de la partición por todos los coherederos, o por uno solo de ellos, mediante el reembolso del precio de la cesión. Esta norma es reproducida en el Art. 1067 del C. español; 732 del C. italiano, etc. (ver la nota de Bibiloni a los Arts. 3032 y 3033 de su Anteproyecto, t. II, pág. 427, edición Kraft). Anteriormente, De Gásperi cita una serie de disposiciones que pueden considerarse fuentes del Art. 2528 de nuestro Código

el Art. 2529 de nuestro Código Civil, comporta una reforma, pues estatuye que recién después de liquidado el pasivo hereditario se podrá pedir la partición de los bienes excedentes. Cabe aceptar que dicha disposición recoge la tendencia de la legislación universal al respecto. El Anteproyecto de Bibiloni -señala José Arias- propone validar la cláusula de inalienabilidad establecida por el causante, por un tiempo que no exceda de diez años (el Código Alemán extiende el límite a treinta o a mayor tiempo si se hace depender la partición de un acontecimiento que debe producirse en la persona de un coheredero) o hasta la mayoría de edad del menor de sus herederos forzosos, principio este último, del Código Italiano (Art. 984 que, para ser exactos, solo después de un año de obtenida la mayoría). Por su parte Bibiloni señalaba que nadie sostiene ya que se puede pedir en cualquier tiempo la partición. Dice: “Nadie sostiene hoy la regla del Art. 3452, Código de Vélez. Es antisocial, antieconómico e inconstitucional. Es, lo repetimos, antisocial porque desune la familia y porque la unión de la indivisión protege a sus miembros, sobre todo a las hijas contra la maniobra de los esposos. Es antieconómica, porque destruye fuerzas productivas. Es anticonstitucional porque impide la libertad de los contratos y la disposición libre de lo que pertenece a cada uno según su entender” (Ver, José Arias, Derecho Sucesorio, 2º Ed. Bs. As. 1950, pág. 484)⁵.

⁵ El Art. 2529 es copia del Art. 3226 del Anteproyecto de De Gásperi, que trae al pie la siguiente nota: “Ver: Arts. 3034 del Anteproyecto de Bibiloni; 1935 del Proyecto argentino de 1936.

El derecho declarado por el presente artículo solo puede ejercerse después de pagados todos los créditos, legados y cargas de la sucesión, atento al sistema adoptado por este Código.

Distinto es el sistema tradicional, consagrado por el Art. 3452 del C. argentino, según el cual la acción de partición puede ser ejercida “en cualquier tiempo”, porque “nadie puede ser obligado a permanecer en el estado de indivisión de bienes, y siempre puede pedirse la partición a pesar de los pactos y prohibiciones que hubiere en contrario”, tal como lo preceptúan los Arts. 815 del C. francés; 1112 del C. holandés; 713 del C. italiano; 1215 del C. de Luisiana; 1317 del C. chileno; 1374 del C. colombiano; 1373 del C. ecuatoriano; 1225 del C. hondureño; 1196 del C. de El Salvador, 815 del C. de la República Dominicana; 1051 del C. español; 1115 del C.

15. QUIENES PUEDEN PEDIR LA PARTICIÓN

Puede pedirla cualquiera de los herederos, dispone el Art. 2529, y la acción deberá deducirla contra todos los demás herederos. Por acto entre vivos o por testamento podrá hacerlo el causante, no pedirlo.

16. FORMAS DE EFECTUARSE LA PARTICIÓN

Las particiones pueden realizarse en dos formas: judicial y extrajudicial.

a) Entre coherederos

La partición entre herederos mayores de edad y capaces podrá efectuarse privada y extrajudicialmente, en la forma que convinieren por unanimidad, debiendo observarse lo dispuesto en el Código sobre la forma de los contratos (Art. 2530). Al respecto establece el Art. 700, inc. b) que deben ser hechos, en escritura pública las particiones extrajudiciales de bienes, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al Juez. Si se realiza en instrumento privado, deberá presentarse al Juez, para su aprobación.

Se exige pues, por la ley que los coherederos sean mayores de edad, capaces, estuvieran todos presentes y de acuerdo en proceder de ese modo, de lo contrario la partición deberá ser judicial, bajo pena de nulidad.

En el caso de existir unanimidad, la partición puede realizarse entre ellos del modo que convinieren, sea en especie, vendiendo los bienes, haciendo lotes en que se compensen bienes con efectivo, etc. No será necesario el inventario y avalúo, (Borda), desde que todo lo referente a la partición se efectuará de común acuerdo entre los coherederos. Concuerda con el Art. 3462 del Código Argentino, según la reforma introducida por la ley 17.711.

uruguayo; 1067 del C. venezolano; 645 del C. boliviano; 996 del C. guatemalteco; 1768 del C. mexicano; 787 del C. peruano; 1349 del C. nicaragüense; 2871 del C. de Puerto Rico”.

La partición siempre deberá ser hecha en escritura pública, aunque no existieran inmuebles, y solo haya muebles de la masa hereditaria, puesto que la economía actual demuestra que hay muebles tanto o más valiosos que los inmuebles.

b) Partición judicial

La partición será judicial bajo pena de nulidad, si hubiese herederos incapaces, o menores emancipados, como interesados. En ese caso no valdrá la partición, aunque exista unanimidad, por cuanto los incapaces y aún los menores emancipados no son considerados hábiles por el Art. 2533 para contratar privadamente sobre la partición. En dicho caso debe intervenir la justicia.

Lo mismo se procederá judicialmente a la partición si el causante fuere un presunto fallecido, y sus herederos tuvieren la posesión definitiva de sus bienes. Como queda señalado, se requiere además de la presunción de fallecimiento del autor de la sucesión que sus herederos ya estén en posesión definitiva de sus bienes. Se debe tener en cuenta respecto de la posesión de los bienes hereditarios que los herederos la tienen desde la muerte del causante. Así lo dispone el Art. 2446, “Después de la muerte del causante, sus herederos le suceden en sus derechos efectivos y en los eventuales. Son poseedores de lo que su autor poseía aún antes de ejercer efectivamente el derecho sobre las cosas hereditarias. El heredero que sobrevive un solo instante al causante transmite la herencia a sus propios herederos”.

Cabe entender que la posesión hereditaria, por este artículo, los herederos, sin distinción, la tienen en forma indefectible, desde la muerte del causante, pues aquellos le suceden en sus derechos efectivos y en los eventuales, en todo lo que el autor de la sucesión poseía aún antes de ejercer efectivamente el derecho sobre las cosas hereditarias.

Sobre el punto anota Borda: “La posesión hereditaria nada tiene que ver con el derecho real de ese nombre. No requiere el corpus, la detentación material de la cosa, puesto que se adquiere por más que otras personas tengan la posesión real, no exige tampoco el

animus...” (ob. cit. págs. 162 -163) porque en nuestra legislación todos los herederos lo logran de pleno derecho en el momento de la muerte del causante.

El Art. 2446, del Código Civil Paraguayo difiere del Art. 3410 del Código Argentino reformado que establece que los ascendientes y descendientes legítimos y el cónyuge entran en posesión de la herencia desde el día de la muerte del causante, sin necesidad de formalidad alguna ni intervención judicial, aunque ignorasen la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia. Se les reconoce la posesión hereditaria de pleno derecho.

En cambio, cuando se trata de otros herederos que no sean los hijos, los ascendientes y el cónyuge, la ley argentina requiere una declaración del magistrado para el reconocimiento de la calidad de heredero.

“De igual modo, el heredero que no tiene posesión hereditaria, -dice Borda, en otro párrafo, ob. cit. pág. 163- no por eso deja de ser heredero ni dueño; pero si quiere disponer de los bienes, debe gozar de la posesión hereditaria, es decir, de ese título de heredero que es la investidura o “reconocimiento de su derecho”.

La posesión hereditaria no es otra cosa que el reconocimiento de la calidad de heredero (Borda).

En nuestro Código Civil, con el Art. 2446, se obvia la distinción entre los herederos, ya no hay diferencia, por una parte, los ascendientes descendientes y cónyuge y por otra los demás herederos, como los separa el Código Argentino, por cuanto establece que desde la muerte del causante todos los herederos son poseedores de lo que su autor poseía. Inclusive los hijos extramatrimoniales.

En cuanto a la necesidad del reconocimiento judicial de la vocación, en el derecho moderno tiende a abrirse la siguiente solución, conforme lo señala, nuestro autor citado, que dice: “si bien los derechos hereditarios se poseen a título de dueño desde el momento del

fallecimiento, los herederos, cualquiera sea su grado de parentezco, deben munirse de un reconocimiento judicial de su vocación”.

Normalmente ese reconocimiento de la vocación consta en la sentencia de declaratoria de herederos, que sin embargo, tan solo crea la presunción de ser el titular del derecho sucesorio, conforme lo estipula el Art. 2505 del Código.

Igualmente, la partición deberá ser judicial, si hubiere herederos y legatarios ausentes. El Código, a renglón seguido del inc. c), define que se entiende por herederos y legatarios ausentes: se consideran tales los que se encontraren en el extranjero, si su existencia fuere dudosa, que puede ser el caso de personas antiguamente ausentadas de quienes se carece de noticias. Debe tratarse de personas de existencia dudosa. A dichos herederos y legatarios ausentes se les nombrará por el Juez un curador de sus bienes conforme a las reglas establecidas, en el Código en el Art. 272, que preceptúa que se proveerá judicialmente de curador a los bienes de una persona, cuando esta se ausente o desapareciere de su domicilio, ignorándose su paradero, sin dejar mandatario para administrar sus bienes.

Cuando una persona se ausenta o desaparece de su domicilio, pues, sin dejar mandatario que lo represente y se ocupe de sus bienes, la ley le provee de una protección a sus bienes que no pueden quedar a merced de quienquiera porque se supone de muchos intereses -por ejemplo, de los propios herederos de esa persona- rodean tales patrimonios. Al efecto, el Código permite que se nombre un curador a los bienes de esa persona, con la condición expresa e ineludible de que dicho nombramiento se disponga judicialmente; en la eventualidad señalada, naturalmente no va a valer siquiera el nombramiento hecho por decisión unánime de los coherederos.

En el inc. d) del citado Art. 2533, se dispone también la obligatoriedad de la partición judicial, bajo pena de nulidad, siempre que terceros fundado en un interés legítimo se opusiera a la partición privada. Lo que a contrario sensu, determina, que si los terceros no im-

pugnan la partición hecha por acuerdo unánime de todos los coherederos capaces y presentes, la misma será válida. Más puede suceder que entre dichos terceros existan, por ejemplo, acreedores personales de los coherederos, y aún de la sucesión a quienes no les conviene la forma en que se ha procedido por acuerdo unánime de los coherederos para efectuar una partición que perjudica o escamotea la solvencia del heredero deudor, y por tanto, de los intereses ciertos del acreedor, entonces este puede rechazar la partición extrajudicial y exigir que la misma se realice judicialmente. Desde el momento que la masa se divide en lotes para la partición y adjudicación, los herederos podrían convenir unánimemente para integrar uno de los lotes con los bienes de menor valor, en perjuicio de los acreedores personales de uno de los herederos.

17. FORMACIÓN DE LAS PORCIONES HEREDITARIAS EN LA PARTICIÓN JUDICIAL

Para el efecto, los coherederos, de común acuerdo, deberán designar partidores y propondrán las bases que entienden ser la mas ajustadas a la naturaleza o índole de los bienes. En tal sentido, deben considerarlos y reunirlos en lotes que permitan la más cómoda división. De modo que se dividirán los bienes que admitan adecuado fraccionamiento. Se consideran tales aquellos que con el reparto en lotes no quedan disminuidos en su valor o explotación económica (Art. 2535, incisos). Los bienes que se prestan a un equitativo fraccionamiento, podrán ser adjudicados a uno de los herederos, o a varios de ellos, siempre que los aceptaren, porque no se les puede imponer, y cuando excediere el valor de dichos bienes los respectivos haberes que correspondan a cada heredero, se compensará la diferencia en dinero u otros bienes. A pesar de la compensación, puede resultar un saldo deudor a favor de las otras hijuelas, entonces el Código preceptúa que dicho saldo puede ser garantizado con hipoteca o prenda, siempre que los otros herederos dueños de esas hijuelas lo exigieren. De suerte que las mencionadas garantías de derecho real no son obligatorias si no existe exigencia de los demás coherederos.

Otra situación se presenta; cuando las cosas no admitan fácil división y fueran de interés de varios coherederos a la vez, que la piden a un mismo tiempo. En este caso se licitarán (inc. c Art. 2535) entre ellos al mejor postor. Licitarse significa ofrecer mejor precio por una cosa en subasta o almoneda (Diccionario Manual de la Real Academia Española). También se le da el significado de ofrecer precio en una subasta o pujar en ella (Diccionario Jurídico Elemental, Dr. Guillermo Cabanellas de Torres). En este último sentido, el de pujar en los precios de la cosa para ver quién ofrece mejor oferta es que se debe entender la presente norma, porque, entendemos que en la partición judicial, la masa se divide, sin ser vendidos los bienes que la forman.

La subasta se hará solo entre los coherederos. No es una venta pública.

El precio ofrecido, dice el Código -dando por sentado que no existe subasta sino competencia entre los coherederos- para conocer quién ofrece mejor precio- se juzgará parte integrante de la masa. Ahora bien, en la masa pueden existir cosas que no son deseadas por ninguno de los coherederos y por tanto que no son reclamadas, o que adjudicadas no fueron aceptadas, en dicha eventualidad, se venderán en remate público. El Juez de la partición podría disponer que tales cosas se vendieran en subasta pública. El precio obtenido en remate de esas cosas también se juzgará parte integrante de la masa.

Asimismo, dispone el Art. 2535 que aunque hubiere incapaces interesados, podrá diferirse la venta de un bien, cuando las circunstancias así lo aconsejaren. Podría tratarse de bienes que en su momento tengan una cotización muy inferior en el mercado por razones de una grave crisis monetaria o financiera, o que hubiera superabundancia de oferta de la misma especie, y que el precio, obtenido desfavoreciera grandemente a la masa. Sobre la suspensión de la venta decidirá la voluntad unánime de las partes, si no se logra la unanimidad, lo decidirá el Juez.

La ley tiene interés por otra parte que dentro de lo posible se formen lotes en igualdad de condiciones y así lo dispone, de manera que la porción hereditaria de cada heredero difiera lo menos posible entre sí. Pero como ello casi siempre es imposible, establece que: Dentro de lo posible, y a los efectos de una justa partición, se formarán lotes en igualdad de condiciones y las diferencias que surgieren se cubrirán con sumas de dinero, porque formados los lotes ya no quedarían bienes compensatorios; y esos remanentes o saldos los abonará el heredero a quien se le adjudique el lote de valor mayor que el quantum de sus haberes. Dicho saldo deudor podrá ser garantizado con hipoteca o prenda, en caso de no pagarse de inmediato con dinero. Pero la garantía en la forma mencionada, se establecerá siempre que así lo exigieren los otros coherederos. De donde surge que, si no existe tal exigencia, el saldo deudor podría quedar pendiente sin garantía.

También en la partición judicial, se reservarán sin adjudicar, bienes bastantes para el pago de los créditos y las cargas pendientes, así como el de los legados no cumplidos. El Código tiene muy en cuenta este aspecto y lo prevé en varios artículos. El Art. 2521, señalado líneas más arriba, dispone que llamados los acreedores conocidos o desconocidos de la sucesión por un plazo no inferior a treinta días ni mayor de noventa, vencido el término podrá efectuarse la partición, siempre que se dejaren bienes indivisos bastantes para cubrir los créditos y legados pendientes, litigiosos o sujetos a plazo o condición, sin que sea posible la sustitución de dicha reserva por ninguna garantía de otra especie. Y el Art. 2540 todavía agrega que será anulable la partición privada o judicial cuando no se hubieren reservado esos bienes suficientes.

En las particiones judiciales no será permitido adjudicar la nuda propiedad a unos herederos, y el usufructo, o uso, o habitación a otros. Es decir, que a unos no se los podrá conceder los atributos del derecho de propiedad – que en el caso tiene el dueño- y a otro u otros el goce del derecho de usufructo, uso o habitación. Cuando se determina que al propietario le queda solo la nuda propiedad, este tiene solo las atribuciones que hacen relación al dominio, pero el no

el goce de la cosa. Esto es lo que Código no permite. Pero sí concede que se constituya servidumbres prediales a beneficio de un inmueble sobre los demás, por ejemplo, servidumbre de sito, servidumbre de acueducto.

Ninguna partición puede quedar sujeta a condición; debe ser definitiva. Toda partición da por no existente el estado de indivisión, como si nunca hubiera habido tal estado.

18. CRÉDITOS CONTRA LA SUCESIÓN

Los créditos contra la sucesión deben ser cubiertos por los bienes de la misma. Si estos no los cubren no podrá irse contra los bienes personales de los herederos, porque el Código establece la presunción de que la herencia es aceptada a beneficio de inventario, pues para ser tenida por pura y simple debe ser tal aceptación expresa en el juicio sucesorio. Solo si los créditos de la sucesión la sobrepasan el monto de la masa, y aceptación de la herencia ha sido pura y simple, esos créditos se dividirán en tantos créditos independientes y separados, como aceptantes existieran y podrán hacerse efectivos en esa medida, sobre los bienes personales de cada uno (Art. 2537). Los acreedores o legatarios omitidos podrán dirigirse contra los bienes de la herencia que se encontraren ya en poder de los herederos, como si la partición no se hubiera efectuado, salvo los derechos constituidos a favor de terceros con posterioridad a la inscripción (Art. 2541). Emerge del sentido que se le puede dar a este artículo, que el que adquiere bienes de la sucesión, ya adjudicados a los herederos y que fueron inscriptos antes de la venta, por ejemplo, es tercero de buena fe. En el caso la ley protege los derechos constituidos a favor de terceros adquirentes de buena fe, lo que no ampara la ley, ni lo puede hacer, es la mala fe. La inscripción en el registro respectivo de los derechos constituidos, tiene el efecto de la publicidad y de que la situación de dichos derechos es de conocimiento general. Sobre este presupuesto se puede estimar que el tercero entra a contratar sin malicia ni mala fe.

19. PARTICIÓN ANULABLE

El Código Civil Paraguayo, como el de Vélez, no trae reglas especiales sobre nulidad de la partición. Pero si el nuestro, admite que la partición definitiva puede ser anulable. Sobre el punto existe, pues, un progreso. Sin embargo, corresponde aclarar que, tanto en el Código argentino como en el nuestro, tratándose la partición de un acto jurídico deben aplicarse las normas correspondientes. Y entonces habrá nulidad, por ejemplo, cuando debiendo ser judicial la partición, no reviste la forma prescripta por la ley (Art. 357. inc. c).

El Art. 356, distingue los actos nulos de los anulables, estableciendo que los primeros no producen efectos, aunque su nulidad no haya sido juzgada y los segundos se reputarán válidos mientras no sean anulados y solo se tendrán por tales una vez pronunciada la sentencia.

El Art 2542 establece que la partición definitiva que sea anulable por no haberse practicado ante el Juez en los casos establecidos por el Código, o por inobservancia de las formas prescriptas al efecto, valdrá como partición provisional en cuanto al uso de los bienes. De modo que, aunque la partición se anule, tendrá el efecto de una partición provisoria en cuanto al uso de los bienes, no será del todo nula.

20. LOS GASTOS DE LA LIQUIDACIÓN

La liquidación tiene por objeto obtener el activo partible, es decir, la parte de la masa, deducidas las deudas y cargas, para dividir entre los coherederos, según la porción que le corresponda. La liquidación se efectúa formando la masa a dividir (los bienes dejados a la muerte del causante más lo que los herederos deban colacionar por haber recibido, excediendo su hijuela, afectando la legítima de los demás coherederos). A ello debe agregarse la mitad de los bienes gananciales que corresponden al cónyuge supérstite a título propio no como sucesor del causante; se apartarán luego los bienes suficientes para pagar las deudas y cargas. Las deudas de la sucesión son las contraídas en vida por el causante. Las cargas de la herencia son las

obligaciones surgidas después de la muerte del causante, por gastos funerarios, por impuestos, conservación de los bienes, liquidación y partición de la herencia, etc. A esto se denomina liquidación. La mitad de los bienes gananciales solo se incorpora a la masa, al solo efecto de restarle las deudas y cargas de la sucesión que proporcionalmente le corresponde, luego retoma al cónyuge supérstite a título propio, no como herencia.

Los gastos de la liquidación hechos en beneficio de todos los herederos, debe pagarse de la masa y tienen privilegio sobre los bienes hereditarios. Los de la partición lo tendrán proporcionalmente sobre los bienes adjudicados. En ningún caso se entenderán comunes los gastos innecesarios o referentes a pedidos desestimados, los que serán de cargo de las partes que los causaron (Art. 2543).

21. LA ACCIÓN DE PARTICIÓN Y LA PRESCRIPCIÓN

La acción de partición de bienes hereditarios o en condominio, mientras subsista la indivisión, no prescribe. Es pues, imprescriptible (Art. 68, inc. b).

DE LA PARTICIÓN ANTICIPADA HECHA POR LOS ASCENDIENTES

22. LA PARTICIÓN ANTICIPADA. QUIENES PUEDEN EFECTUARLA. A QUIENES CORRESPONDE

El padre, la madre y los otros ascendientes podrán hacer partición anticipada de sus bienes propios, a favor de sus hijos legítimos y extramatrimoniales y demás descendientes, sea por donación entre vivos, o por testamento, dispone el Art. 2553. En vida pues, los ascendientes pueden realizar la partición anticipadamente y solo por dos procedimientos: por donación inter vivos o por testamento. Los tíos no pueden hacer a favor de los sobrinos tal partición anticipada. Debe comprender también al cónyuge sobreviviente.

23. REGLAS DE LA PARTICIÓN ANTICIPADA

Sea hecha la partición por donación entre vivos o por testamento, debe ajustarse a reglas precisas sentadas por el Código:

a) Debe comprender el supérstite, y también podrá incluir a otras personas beneficiadas por el disponente dentro de su porción el testador podrá disponer a favor de personas que no que sean herederos forzosos ni cónyuge.

b) El ascendiente deberá colacionar a la masa de sus bienes, las donaciones que hubiere hecho a sus descendientes excediendo su porción disponible (Art. 2554, inc. b y 2551). Debe traer pues a la masa aquellos bienes que sobrepasen el 20%.

c) Podrá adjudicar a uno o varios de sus descendientes, o al cónyuge una explotación agrícola, ganadera o industrial. Pero en ese caso, o debe cubrir la parte de los demás con otros bienes, o imponer a los adjudicatarios de la explotación el pago de una suma de dinero para integrar la herencia de los restantes, descendientes o los gananciales del cónyuge excluido. Los inmuebles de la explotación quedarán hipotecados para garantizar el pago de las sumas de dinero adeudadas a los otros herederos. Si el disponente no lo hubiera determinado, podrá encomendarlo al ejecutor testamentario, de lo contrario lo hará el Juez, ordenando la inscripción de la hipoteca.

24. CONDICIONES DE VALIDEZ DE LA PARTICIÓN POR ACTOS ENTRE VIVOS

En cuanto a la transmisión de la propiedad de los bienes, debe ser irrevocable. El donante, podrá, no obstante, reservarse el usufructo o una renta vitalicia, disponiendo hipoteca sobre los inmuebles que la aseguren. La partición por donación entre vivos, debe ser aceptada por todos los interesados; no debe subordinarse a condición dependiente de la exclusiva voluntad del ascendiente, ni asumir el cargo de pagar otras deudas que no sean las existentes a la fecha de la donación. La donación solo debe tener por objeto todos o partes de los bienes presentes, no de otros bienes que fueren adquiridos en el

futuro, que siempre serán inciertos, ignorados y eventuales en el momento (Art. 2555). Solo debe comprender los bienes presentes. Si bien es irrevocable, si bien la donación transmite en forma irreversible la propiedad de los bienes, puede sin embargo revocarse por inejecución de las cargas y de las condiciones impuestas o por causa de ingratitud. Se consideran causas de ingratitud las previstas para las donaciones y la indignidad en los Arts. 1236, 2490 y 2491. La revocación solo afectará al beneficiario que dió motivo a ella, no a los demás. El testador puede dar la parte disponible -en vida- a su hijo menor o al que considere menos favorecido para el trabajo y sobre la misma puede imponer condiciones que sean legales, físicamente posibles y no contrarias a las buenas costumbres, anota Prayones. Ello surge también de los Arts. 2561, 2563 y 2556, inc. a).

Y se pregunta Prayones: “¿La revocación de la partición por donación, por la cual el causante quita a sus hijos la parte de los bienes que les ha entregado en vida, producirá efecto también después de su muerte? ¿Una vez fallecido el causante, tiene el hijo derecho a concurrir a la sucesión? Supóngase que el padre ha donado su parte disponible a uno de sus hijos. Posteriormente revoca la donación, por ingratitud, y vuelven los bienes a su poder. ¿Si fallece ab intestato, podrá concurrir el hijo a reclamar su parte en esos bienes?

Algunos autores dicen que no, porque la revocación ha venido a impedir que el presunto heredero de aquella fecha pueda venir a reclamar al fallecimiento del padre los mismos bienes de inc. b). En el mismo sentido Prayones, que fue privado.

Sin embargo, no es así. El padre puede revocar la donación hecha al hijo, por falta de cumplimiento de la condición o por ingratitud, pero no puede despojarlo de la herencia sino por dos razones solamente: indignidad o desheredación. Y para que exista indignidad o desheredación es necesario que haya una de las causas taxativamente enumeradas en la ley.

De manera que si al fallecimiento del que hizo la donación posteriormente revocada, el presunto heredero no es indigno ni es desheredado, puede tomar la parte de los bienes que le correspondan de la donación revocada". (Noc. de Der. Civil, Derecho de Sucesión, Librería Jurídica, Bs. As. 1949, págs. 305y 306).

25. EFECTOS DE LA PARTICIÓN POR ACTOS ENTRE VIVOS

La partición por donación transmite al donatario el dominio, que no obstante es revocable por inejecución de las cargas y las condiciones impuestas por el ascendiente, o por causa de ingratitud. Si hubiere excedente en la parte adjudicada por el donante, si este dispone un lote mayor que los otros, no se tendrá por mejora, aunque así se lo, declare. Esto quiere significar que en la partición por donación no puede haber cláusula de mejora, y si se incluye la misma, no tendrá vigencia (Art. 2556, inc. b). En el mismo sentido Prayones, Borda, Fomeiles, Lafaille). Que el ascendiente puede favorecer a cualquiera de sus descendientes con la porción disponible, lo sostienen Guglianone, Machado, Segovia, De Gásperi y una profusa jurisprudencia, señala Borda. La partición por ascendiente, sea por donación o por testamento, tiene que mantener el principio de igualdad en la distribución de los bienes (Prayones). Se debe respetar la igualdad y proporcionalidad establecida por la ley (Borda).

Aún antes de fallecido el ascendiente, los interesados podrán ejercer los derechos que la partición confiera a los unos respecto de los otros, tal como exigir la garantía por las cosas que integran sus lotes, si hubiere evicción. Interesados en ellos son los beneficiarios, los herederos y los sucesores de estos.

26. DONACIÓN REVOCADA

Revocada la donación por causa de ingratitud y si esta no subsistiere al fallecer el causante, podrá el heredero integrar su legítima

con lo que restare indiviso. No cubierta por este medio, le será permitido al interesado el reintegro contra los demás donatarios, preceptúa el Art. 2557⁶.

Para cierta parte de la jurisprudencia francesa, Demolombe y Réquier, la revocación contra uno de los hijos importaría la nulidad total de la partición ya que ella involucra una preterición. Hay que recordar que la partición es un acto indivisible, congruente: no puede caer en una parte y subsistir en otra (Arias, Der. Suc. Ed. Guillermo Kraft, Ltda., Bs. As, 1950, pág. 557).

Bibiloni, recordando a Laurent (XV, 90) proyecta mantener la partición entre los demás herederos, no obstante, la revocación parcial de algunas donaciones (Art. 3081 del Anteproyecto). El inc. a) del Art. 2556 de nuestro Código, al establecer que: “Si hubiere distintos beneficiarios la revocación solo afectará al que dió motivo a ella”, se inspira en el Anteproyecto de Bibiloni, que mantiene la partición ante los demás herederos, aunque exista revocación parcial respecto de algunas donaciones.

27. LA PARTICIÓN POR TESTAMENTO

La partición por donación es mucho, más compleja que la partición por testamento, que no presenta las dificultades que nacen de aquella. “En el fondo, la partición por testamento no es otra cosa que una autorización que la ley concede al ascendiente para hacer el mismo la división de los bienes, dice Borda y agrega: En cuanto a sus efectos, ella no difiere en lo más mínimo de la partición común y está sujeta a sus reglas legales”.

28. PRINCIPIOS A QUE ESTA SUBORDINADA LA PARTICIÓN POR TESTAMENTO

El Art. 2558 establece los siguientes principios a que se sujetará la partición por testamento. a) Se supedita a la muerte del causante, quién mientras viva, podrá revocarla. Todo testamento, en

⁶ El Art. 2557, no tiene antecedente en el Código Argentino.

vida del testador es revocable; b) si se afectan las legítimas de los interesados por ventas de los bienes comprendidos en la partición, procederá aplicar los principios de la reducción; c) solo aceptando la sucesión pura y simple, los herederos cargarán con todas las obligaciones del testamento, pero siendo a beneficio de inventario como lo presume el Código solo cargarán con las obligaciones hasta el monto de sus hijuelas; d) la partición por testamento tendrá los mismos efectos que las divisiones ordinarias, y las partes mutuamente se obligan a la garantía del lote recibido. Significa entonces, que si después del reparto, el ascendiente vende, por ejemplo, determinados objetos adjudicados a un coheredero, los otros le deberán a este la garantía de tales bienes. Si el heredero, pues, es privado del todo o parte de los bienes que le han correspondido en su lote no está obligado a sufrir la pérdida, y la ley le acuerda la acción de garantía contra los demás copartícipes (Prayones).

29. PARTICIÓN POR DONACIÓN CONJUNTA DE LOS BIENES PROPIOS Y GANANCIALES

Ambos padres la podrán hacer a favor de sus descendientes, y podrá cada uno de ellos, revocarla en caso de ingratitud del o de los herederos, pero la revocación solo afectará a la parte que hubiere valer. De modo que si es solo el padre el que plantea la revocación, la misma se referirá a la partición que el ha hecho respecto del o de los coherederos, pero la efectuada por la madre quedará incólume.

Asimismo, los padres reservarse el usufructo de los bienes, o gravarlos en hipoteca para garantizar una renta vitalicia a su favor. El inc. b) del Art. 2559⁷ sobre la cuestión concuerda con lo previsto en el inc. a) del mismo. Es una, seguridad que la ley facilita a los padres despojados de todo su patrimonio, ante la posibilidad de ingratitud de los hijos. Todo ello explica que muy pocas veces se opte por la partición de donación. Igualmente, ambos padres pueden disponer que el usufructo o la renta beneficien íntegramente al cónyuge supérstite,

⁷ El Art. 2559, no tiene antecedente en el Código Argentino.

siempre que no se lesione la legítima en la sucesión del padre o de la madre causante.

Otra regla referente a la donación conjunta de los padres, dispone que durante la comunidad será necesario el acuerdo de ambos para dividir por donación -es decir en vida- sus bienes propios y gananciales entre sus hijos. Pero cada uno de ellos lo podrá hacer por testamento, que solo operará todos sus efectos luego del fallecimiento del testador(a).

El acuerdo no será necesario si los esposos hubieren hecho separación de bienes, porque entonces ya no existe comunidad de bienes; y tanto la parte de gananciales como los propios, se administran por cada cónyuge, que podrá disponer libremente de ellos.

30. CUANDO QUEDA SIN EFECTO LA PARTICIÓN

La partición quedará sin efecto cuando no comprendiere a todos los hijos que vivan al tiempo de la muerte del causante, porque ninguno de ellos puede ser excluido sino es por desheredación o indignidad; igualmente cuando no comprendiere a los descendientes de los hijos fallecidos que puedan concurrir por representación y también cuando no comprendiere al cónyuge, supérstite. Y cuando la omisión fuere en la distribución de la parte de bienes de un hijo muerto representado por sus descendientes, ese caso la partición quedará sin efecto respecto a esa sola rama, subsistiendo el acto para los demás.

Queda sin efecto también, si con posterioridad a la partición, nace un hijo del ascendiente, aunque sea póstumo. Pero cuando aún omitido un hijo, vivo al tiempo de la partición, muriera sin sucesión antes del causante, no invalidará el acto, por cuanto en tal circunstancia no se lesiona la legítima de ninguno de los coherederos.

31. PARTICIÓN RESUELTA

La partición será pasible de rescisión cuando afectare la legítima de algunos de los herederos. En el caso del heredero perjudicado

podrá promover la acción de rescisión, que solo lo podrá intentar después del fallecimiento del ascendiente, pues solo desde entonces, tiene el título de heredero, es decir, la posesión y calidad hereditarias (Art. 2450). La misma acción de rescisión de la partición, tiene el cónyuge supérstite, si la partición perjudicare la parte que le corresponde (Art. 2561).

32. ACCIÓN DE REDUCCIÓN

Precede a favor de los herederos contra el que hubiere recibido un excedente de la cantidad que la ley permite disponer al testador, porque la disponibilidad de este se halla limitada por la porción disponible, que en nuestro Código no supera la quinta parte del acervo hereditario.

La confirmación expresa o tácita de la partición por el descendiente o cónyuge a los que perjudicare su legítima, no implica una renuncia de la acción de reducción (Art. 2562).

33. EFECTOS DE LA PARTICIÓN

a) Cada heredero tiene el dominio exclusivo de los bienes comprendidos en su hijuela, cuando ellos por su naturaleza deban registrarse, recién a partir de la inscripción de la partición. De manera, pues, que si se le adjudica a un heredero un bien inmueble o un mueble que deba registrarse, (un automotor, un motor industrial, etc.) solo tendrá el dominio exclusivo de ellos una vez inscripta la partición. Una condición expresa y decisiva es la inscripción de la partición ⁸.

⁸ El Art. 2563 de nuestro Código Civil comporta una innovación respecto del Código de Vélez, que adopta el sistema declarativo de la partición (Prayones, Borda, Zannotoni), lo que quiere decir que juzga que cada heredero ha sucedido solo e inmediatamente en los objetos hereditarios que le han correspondido en la partición y que no ha tenido nunca ningún derecho en los que han correspondido a sus coherederos; como también que el derecho a los bienes que le han correspondido por la partición, lo tiene exclusiva e inmediatamente del difunto y no de sus coherederos (Art. 3025).

En cambio, nuestro Código Civil, le confiere a la partición efectos atributivos, en su Art. 3263, siguiendo a Bibiloni, abandona el sistema que atribuye efectos declarativos a la partición y considera a que cada heredero tiene el título a los bienes heredados por haber heredado a la sucesión del causante, no directamente al difunto. Inclinar-se hacia uno u otro sistema adoptándolo, tiene mucha importancia para determinar los efectos de la partición. Así, para el sistema declarativo, ella tiene efectos retroactivos al momento de la defunción del causante. Para el sistema atributivo, en cambio, los efectos comienzan a partir de la partición, no tiene efecto retroactivo al momento del fallecimiento del causante. Otra derivación del sistema declarativo es que los bienes de cada heredero se reputan recibidos directamente del causante en el momento de la muerte y que los coherederos jamás han tenido derecho alguno sobre los bienes que se adjudican a otro de ellos. (Borda).

Por el contrario, el que le da carácter atributivo considera que el dominio de los bienes heredados, por una parte, le viene al heredero del causante y las otras partes de los coherederos, que a su vez la tenían del causante. Los coherederos le transmiten a uno de ellos la propiedad que ellos tenían. Así, ejemplifica, Prayones, si el causante deja cuatro herederos, todos son propietarios de la herencia y cada uno individualmente por un cuarto. Hecha la división, le corresponde a cada uno una parte determinada y material de la herencia. Aquel a quién le ha correspondido un inmueble de quién lo ha adquirido? Los que propician el sistema atributivo dicen: una cuarta parte la ha adquirido del causante y las otras tres cuartas partes de los tres coherederos restantes. El heredero, de este modo, viene a ser sucesor del difunto solo en su cuarta parte; en las demás, hasta completar el todo, es sucesor de sus coherederos. Si la partición es traslativa de dominio, hay que respetar los derechos que los herederos hayan constituido sobre las cosas con relación a su parte indivisa. Si, en cambio, se considera, declarativa, el heredero que recibe la cosa no responde de las cargas que tengan por origen actos de los coherederos. Si uno de estos contrató sobre la cosa una hipoteca, esta se considera nula. Si la partición es traslativa, como acepta nuestro Código, la hipoteca, sobre una casa, por ejemplo, que va a poder de otro heredero en el momento de la partición, queda en pie y sigue a la casa adjudicada al otro coheredero, este debe respetar la hipoteca que grava el bien. Como la hipoteca es indivisible, si el heredero que recibe la casa quiere extinguirla tiene que pagar la deuda por entero; está obligado a satisfacer toda la hipoteca, sin perjuicio de la acción contra aquél que instituyó la hipoteca (Prayones). En cambio, en el sistema declarativo, son nulos los derechos constituidos por uno de los herederos, sobre los bienes que se han adjudicado a otro. También en este sistema los embargos trabados por los no acreedores particulares de los herederos caducarán si el bien sobre el cual recaen se adjudica a otro, salvo el derecho del acreedor de impugnar por fraude la partición. Finalmente se reputa que el heredero adjudicado ha tenido la posesión exclusiva del bien desde el momento de la defunción del causante (Borda).

Producirá el mismo efecto, la inscripción de cualquier acto que pusiere fin a la indivisión y se adjudicare bienes en propiedad exclusiva a un coheredero (Art. 2563).

b) Los coherederos son garantes los unos respecto de los otros de toda evicción de los objetos de su hijuela y de toda turbación en el goce de los mismos, pero la causa de la evicción o turbación debe provenir de una época anterior a la partición. Si se produce durante la partición o posteriormente, los herederos no responden por ninguna garantía al heredero por la pérdida, menoscabo, turbación o perjuicio que sufriera en los bienes de su hijuela (Art. 2564).

c) La garantía de los coherederos es por el valor que tenía la cosa al tiempo de la evicción. Sin embargo, si los coherederos no están de acuerdo porque no les conviene satisfacer dicho valor, pueden exigir una nueva partición, pero en este caso, se hará por el valor actual de los bienes, aunque algunos de ellos ya se hubieren vendido (Art. 2565).

d) Además de la garantía de los coherederos por la evicción, es decir, de la garantía por la pérdida, menoscabo o turbación que sufrieren los bienes de la hijuela del heredero, los coherederos son garantes por los defectos ocultos de los objetos que se adjudicaren. Quiere decir que los coherederos responderán proporcionalmente de sus bienes al heredero por la parte de los bienes que se le ha adjudicado y que ha sufrido pérdida o menoscabo (Art. 3508).

e) Para que la garantía cese se requiere renunciarla en el acto de la partición. Y solo respecto de un bien determinado. Una cláusula general que exonere a todos los herederos será de ningún valor. Aunque el heredero conociere al tiempo de la partición el peligro de evicción del objeto recibido, tiene derecho a exigir la garantía, si se produce la pérdida, menoscabo o turbación, en sus bienes (Art. 2567). La acción de garantía prescribe a los diez años, contados desde el día que se produjo la evicción (Art. 2568).



De la Sociedad de Responsabilidad Limitada

Dr. Elixeno Ayala
Dr. Luis Escobar F ¹

CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

LIBRO III- TÍTULO II- SECC. VI

1. Capital de la S.R.L. número de Socios. Responsabilidad (1160)

1.1. El capital se divide en cuotas iguales por valor de un mil guaraníes o su múltiplo.

1.2. Los socios no serán más de veinte y cinco, y

1.3. Solo responderán por el valor de sus aportes.

2. Denominación. Omisión. Responsabilidad. (1161)

2.1. La denominación social debe contener los términos “sociedad de responsabilidad limitada”, o la sigla “S. R.L.”

2.2. Su omisión hará responsable ilimitada y solidariamente al GERENTE por los actos que celebre en esas condiciones.

3. Prohibiciones (1162)

La S.R.L. no podrá realizar

- operaciones bancarias (véase ley 417)
- de seguro

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 15 -1986.

- de capitalización y ahorro
- ni aquellas para las cuales la ley exija otra forma de sociedad.

4. Suscripción de Capital. Aportes. Cuotas de participación (1163)

4.1. El capital social debe suscribirse integralmente al constituirse la sociedad.

4.2. Los aportes en especie deberán de cubrirse totalmente, justificándose su valor en la forma prescripta para las sociedades anónimas (véase art. 1060 C. civ.p.)

4.3. Las cuotas de participación no pueden ser representadas por títulos negociables.

5. Aportes en Dinero. Plazo. Acreditación disponibilidad de los fondos (1164)

5.1. Los aportes en dinero deben integrarse en un CINCUENTA POR CIENTO como mínimo

5.2. y Completarse en un plazo de dos años.

5.3. Su cumplimiento se acreditará al solicitarse la inscripción con el comprobante de su depósito en un Banco oficial.

5.4. No se podrá disponer de los fondos hasta la presentación del contrato inscripto.

6. Garantía a terceros. Transferencia de cuota. Inoponibilidad. (1165)

6.1. Los socios solo garantizan ilimitada y solidariamente a los terceros, la integración de los aportes en dinero, así como la efectividad y valor asignados a las partes en especie.

6.2. En caso de transferencia de cuota, la garantía subsiste solidariamente con los adquirentes, por las obligaciones sociales contraídas hasta dos años después de inscribirse la cesión.

6.3. Cualquier pacto en contrario no será oponible a terceros.

7.

a) Cesión de cuotas (1166)

7.1. Cesión a extraños

7.1.1. S.R.L. con más de 5 socios.

Las cuotas podrán cederse a extraños mediando el acuerdo de socios que representen tres cuartas partes del capital.

7.1.2. Se requiere unanimidad

7.2. Cesión entre socios

7.2.1. Es libre la cesión de cuotas entre socios salvo

7.2.2. Disposición en contrario

b) Procedimiento (1167)

7.3. El que se proponga ceder sus cuotas, lo comunicará a los demás socios, quienes se pronunciarán en el plazo de quince días

7.4. Se presume el consentimiento si no se notifica la oposición

c) Autorización denegada (1168)

7.5. Denegada la autorización, el que pretenda ceder su cuota podrá ocurrir ante el juez noción del domicilio social, quien con audiencia del opositor y sumariamente, podrá autorizar la transferencia, si no existe justa causa que lo impida.

7.6. Si se juzga infundada la oposición, los socios podrán optar por la compra dentro de diez días de notificados de la autorización judicial.

7.7. Si más de uno ejerce esta preferencia, las cuotas se prorratearán y, no siendo posible, se distribuirán por sorteo.

d) Adquisición de cuotas por la S.R.L. (1169)

7.8. En defecto de los socios, la sociedad podrá adquirir la cuota ofrecida con utilidades líquidas o reduciendo el capital, debiendo ejercer la opción dentro de los diez días de vencido el plazo otorgado al socio.

e) Derecho de preferencia. Impugnación. Pericia Judicial (1170)

7.9. Para el ejercicio del derecho de preferencia el socio o la sociedad podrán impugnar el valor asignado a la cuota en oferta, sometiendo al resultado de la pericia judicial.

7.10 El valor que así se establezca será obligatorio, salvo que resulte superior al pretendido por el cedente o menor que el ofrecido por los impugnantes.

f) Reglamentación de la cesión de cuotas. (1171)

7.11. El contrato social puede reglamentar la cesión de cuotas o

7.12. Fijar normas para determinar el justo precio de transferencia.

7.13 Pero no imposibilitar o prohibir la enajación,

g) Cesión de on cuotas del Socio fallecido (1172)

7.14. Para la transferencia de cuotas del socio fallecido, se aplican las disposiciones que rigen la cesión convencional.

7.15 Pero si el contrato social prevé la continuación de la sociedad con los herederos, el pacto será obligatorio para todos, y la incorporación de los sucesores se hará efectiva acreditándose su calidad.

8. Copropiedad de cuotas. Usufructo. Prenda. Medidas precautorias. (1173)

8.1. Cuando la cuota pertenezca a más de una persona, se aplicarán las reglas establecidas para la copropiedad de acciones en la S.A.

8.2. Asimismo, se aplicarán las normas prescriptas para acciones de estas sociedades en casos de:

- usufructo
- prenda
- otros derechos reales
- embargos y demás medidas precautorias sobre cuotas.

9. Dirección y administración (1174)

9.1. Corresponde a uno o más GERENTES, socios o no, los que tienen los mismos derechos y obligaciones de los directores de la s.a., sin limitación en cuanto al tiempo durante el cual desempeñarán sus funciones.

9.2. Si fuesen varios, se aplicarán las disposiciones sobre el funcionamiento del directorio en la s.a.

10. Órgano de fiscalización. (1175)

10.1. Puede establecerse un órgano de fiscalización compuesto de uno o más síndicos, socios o no, y se..

10.2. Regirá por lo dispuesto para la sindicatura de la s.a., con excepción del plazo máximo de duración del cargo.

11. Deliberación (1176)

11.1. Si el contrato social no determina la forma de deliberación y tomar acuerdos por los socios, se aplicarán las normas sobre asambleas de la S.A.

11.2. Salvo en lo referente al procedimiento para la convocatoria que se notificará personalmente a los socios.

12. Cambio de objeto (1177)

12.1. Se requiere unanimidad de votos para...

- cambio de objeto.
- transformación fusión
- otra modificación que imponga mayor responsabilidad a los socios

12.2. Se requiere mayoría de capital para...

- cualquier otra deliberación social

13. Voto (1178)

Cada cuota da derecho a un voto, rigiendo para el caso las limitaciones de orden personal impuestas a los accionistas de S.A.



Sociedad de Responsabilidad Limitada

Dres. Elixeno Ayala

Luis Escobar F¹

ESTUDIO COMPARADO (ANEXO) DEL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO CON EL DECRETO – LEY N° 10.268/41.

Art: 1160 CC. En la Sociedad de Responsabilidad Limitada el Capital se divide en cuotas iguales por valor de un mil guaraníes o su múltiplo. Los socios no serán más de veinte y cinco, y solo responderán por el valor de sus aportes.

Art. 7° del Decreto. El Capital Social... Estará dividido en cuotas de mil o múltiplos de mil.

Art. 11 del Decreto. El número de socios no podrá exceder de veinticinco.

Punto 2° del “considerando”... que la responsabilidad de los socios está limitada por sus aportes...

Art. 1161 del CC. La denominación debe contener los términos “Sociedad de Responsabilidad Limitada”, o la sigla “S.R.L.”. Su omisión hará responsable ilimitada y solidariamente al Gerente por los actos que celebre en esas condiciones.

Art. 2° del Decreto. Dichas Sociedades deben tener una denominación (formada con el nombre de uno o más de los socios, seguida o no de la adición “y compañía”, o por el objeto de la Sociedad o un nombre de fantasía) precedida o seguida del aditamento “Sociedad de Responsabilidad Limitada”, íntegramente escrito. La designación

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 15 -1986

social, con el aditamiento de referencia y la enunciación del Capital Social, se insertará en todos los documentos, anuncios y publicaciones sociales, so pena de una multa de \$ 20.000 m/n de cl. (Veinte mil pesos moneda nacional de curso legal), por cada vez, que será aplicada por el Ministro de Hacienda.

Art. 1162 del CC. La sociedad de responsabilidad limitada, no podrá realizar operaciones bancarias, de seguro, de capitalización y ahorro, ni aquellas para las cuales la ley exija otra forma de sociedad.

Art. 1163 del CC. El Capital Social debe suscribirse íntegramente al constituirse la Sociedad. Los aportes en especie deberán cubrirse totalmente, justificándose su valor en la forma prescripta para las Sociedades Anónimas.

Las cuotas de participación de los socios no pueden ser representados por títulos negociables. Ver Art. 1060 (CCP)

Art. 3° del Decreto. Las Sociedades de Responsabilidad Limitada... no podrán realizar operaciones de banco, seguro, capitalización y ahorro. (in fine).

Art. 8° del Decreto. Las Sociedades de Responsabilidad Limitada, se constituirán definitivamente solo después de la suscripción de todas las cuotas y de la integración del 50% por lo menos de las cuotas suscritas.

Cuando el aporte consista en bienes que no sean dinero, será integrado totalmente en el acto de constitución o de la sociedad. Si entre ellos se hallan inmuebles o buques, las respectivas escrituras de transferencias serán formalizadas dentro de ocho días, contados desde la fecha de la inscripción del contrato en el Registro Público de Comercio, so pena de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios.

Art. 7° del Decreto. El capital social no podrá estar representado por títulos nominativos o al portador, ni ser menor de \$ 500.000 m/n cl.

Art. 1164 del CC. Los aportes en dinero deben integrarse en un cincuenta por ciento como mínimo y completarse en un plazo de dos años. Su cumplimiento se acreditará al solicitarse la inscripción con el comprobante de su depósito en un Banco Oficial. No se podrá disponer de los fondos hasta la presentación del contrato inscripto.

Art. 8° del Decreto (1a. parte). Las Sociedades de Responsabilidad Limitada se constituirán definitivamente solo después de la suscripción de todas las cuotas y de la integra del 50% por lo menos de las cuotas suscriptas.

(3a. parte) El pago en efectivo se acreditará ante el Juez de Comercio con la Nota de depósito de Banco de la República del Paraguay u otra entidad bancaria de reconocida solvencia; nota que se acompañará con la solicitud de inscripción del contrato.

Art. 1165 del CC. Los socios solo garantizarán ilimitada y solidariamente a los terceros la integración de los aportes en dinero, así como la efectividad y valor asignados a los aportes en especie.

En caso de transferencia de cuota, la garantía subsiste solidariamente con los adquirentes, por las obligaciones sociales contraídas hasta dos años después de inscribirse la cesión. Cualquier pacto en contrario no será oponible a terceros.

Art. 8°. (in fine) del Decreto. Los socios responderán solidaria e ilimitadamente con relación a terceros, por el valor atribuido a los bienes aportados a la sociedad que no sean dinero. (Novedad)

Art. 1166 del CC. Las cuotas no pueden ser cedidas a extraños sino con el acuerdo de socios que representen tres cuartos del capital, cuando la sociedad tenga mas de cinco socios. No siendo más de cinco, se requerirá unanimidad.

La cesión de cuotas es libre entre socios, salvo disposición en contrario del acto constitutivo.

Art. 1167 del CC. El que se proponga ceder sus cuotas, lo comunicará a los demás socios, quienes se pronunciarán en el plazo de quince días.

Se presume el consentimiento si no se notifica la oposición.

Art. 10° del Decreto. Ninguna cuota podrá ser cedida a terceros extraños a la sociedad sino con el voto favorable de la mayoría de los socios que represente las tres cuartas partes del capital, si la sociedad contara con más de 5 socios. Se requerirá la unanimidad de votos si el número de socio no excediere de este número. (Novedad)

Art. 1168 del CC. Denegada la autorización, el que pretenda ceder su cuota podrá ocurrir ante el Juez del domicilio social, quien, con audiencia del opositor y sumariamente, podrá autorizar la transferencia, si no existe justa causa que la impida.

Si se juzga la oposición, los socios podrán optar por la compra dentro de diez días de notificados de la autorización judicial. Si mas de uno de ejerce esta preferencia, las cuotas se prorratarán y no siendo posible, se distribuirá por sorteo.

Art. 10°. (2° párrafo) del Decreto. El socio que no hubiere obtenido la conformidad de la sociedad para la cesión, podrá ser autorizado por el Juez de Comercio a hacerlo, después de oír a las partes en juicio sumario. En este caso, cualquiera de los socios o la sociedad podrá adquirir la cuota de que se trata, en igualdad de condiciones con los terceros, en el plazo que fijará el Juez, y que se hará saber al Apoderado de la Sociedad.

Art. 1169 del CC. En defecto de los socios, la sociedad podrá adquirir la cuota ofrecida con utilidades líquidas o reduciendo el capital, debiendo ejercer la opción dentro de los diez días de vencido el plazo otorgado a los socios.

(Novedad para el Decreto)

Art. 1170 del CC. Para el ejercicio del derecho de preferencia, el socio o la sociedad podrán impugnar el valor asignado a la cuota

en oferta, sometiéndose al resultado de la pericia judicial. El valor que así se establezca será obligatorio, salvo que resulte superior al pretendido por el cedente o menor que el ofrecido por los impugnantes.

(Novedad para el Decreto)

Art. 1171 del CC. El Contrato Social puede reglamentar la cesión de cuotas o fijar normas para determinar el justo precio de transferencia, pero no imposibilitar o prohibir enajenación.

(Novedad para el Decreto)

Art. 1172 del CC. Para la transferencia de cuotas del socio fallecido se aplican las disposiciones que rigen la cesión convencional, pero si el contrato social prevé la continuación de la sociedad con los herederos, el pacto será oblatorio para todos, y la incorporación de los sucesores se hará efectiva acreditando su calidad.

Art. 10° (3er. párrafo) del Decreto. Para la incorporación de herederos o legatarios de un socio se requerirá la misma mayoría del apartado 1o de este artículo, salvo disposición contraria de los Estatutos.

Art. 1173 del CC. “Cuando la cuota pertenezca a más de una persona, se aplicarán las reglas establecidas para la copropiedad de acciones en las Sociedades Anónimas. Rigen también las normas prescriptas para acciones de estas sociedades en los casos de usufructo, prenda u otros derechos reales, embargos y demás medidas precautorias sobre cuotas.

Ver Art. 1063 (CCP).

(Novedad para el Decreto)

Art. 1174 del CC. La dirección, administración y representación de la sociedad corresponde a uno o más gerentes, socios o no, los que

tienen los mismos derechos y obligaciones de los directores de la sociedad anónima, sin limitación en cuanto al tiempo durante el cual desempeñarán sus funciones.

Si fueren varios, se aplicarán las disposiciones sobre el funcionamiento del directorio de la sociedad anónima.

Ver Arts. 1102 al 1116 (CCP).

Regulada por los Arts. 12 al 15 de la Ley 10.268/41.

Art. 1175 del CC. Puede establecerse un órgano de fiscalización, compuesto de uno o más síndicos, socios o no, y se regirá por lo dispuesto para la sindicatura de la sociedad anónima, con excepción del plazo máximo de duración del cargo.

Ver Arts. 1117 al 1126 (CCP).

(Novedad para el Decreto)

Art. 1176 del CC. Si el contrato social no determina la forma de deliberación y tomar acuerdos por los socios, se aplicarán las normas sobre asambleas de la sociedad anónima, salvo en lo referente al procedimiento para la convocatoria, que se notificará personalmente a los socios.

Ver Arts. 1078 al 1101.

(Novedad para el Decreto)

Art. 1177 del CC. El Cambio de objeto, transformación, fusión y toda otra modificación que imponga mayor responsabilidad a los socios, deberá resolverse por unanimidad de votos.

Cualquier otra deliberación social se decidirá por mayoría de capital.

Art. 16 (3er. párrafo) del Decreto. El cambio de objeto de la sociedad y toda modificación del contrato que implique mayor responsabilidad de los socios, solo podrá resolverse por unanimidad de votos.

Art. 16 (1er. párrafo) del Decreto. El contrato social determinará la manera en que se expresará la voluntad de los socios para la aprobación de los balances y demás resoluciones sociales.

Art. 1178 del CC. Cada cuota da derecho a un voto, rigiendo para el caso las limitaciones de orden personal impuestas a los accionistas de las sociedades anónimas.

Ver Art. 1066 (CCP)

Art. 17 del Decreto. Todo socio tendrá derecho a tomar parte en las decisiones de la sociedad. Ninguna cláusula contratual podrá privarle de este derecho. Cada mil pesos de participación dará derecho a un voto.



De las Sociedades en Comanditas por Acciones

Dres. Elixeno Ayala

Luis Escobar F.¹

1.Sociedad en comandita por acciones (1179)

1.1 Socios colectivos: responden por las obligaciones sociales como los socios de las sociedades

1.2 Socios comanditarios: limitan su responsabilidad al capital que se obligan a aportar;

1.3 Sus aportes se representan por ACCIONES.

2. Denominación Social (1180)

2.1 Debe contener la indicación de ser sociedad en comandita por acciones o la sigla S.C.A.

2.2 La omisión de dicha indicación hará responsables ilimitada y solidariamente al ADMINISTRADOR juntamente con LA SOCIEDAD, por los actos que concertare en esas condiciones.

3. Normativa (1181)

3.1. Artículos 1179 al 1185

3.2. Normas relativas a las s.a. en cuanto sean compatibles

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 15 -1986

4. Acto constitutivo (1182)

4.1. Nombre y domicilio de los socios colectivos.

4.2. Los socios colectivos son de derecho, administradores y estarán sujetos a las obligaciones de los administradores de la s.a., excluida la de la caución.

4.3. La administración podrá ser igualmente conferida a terceros.

5. Remoción del socio administrador (1183)

5.1. Salvo disposición contraria de los estatutos, el socio administrador solo puede ser removido con justa causa por juez competente, a requerimiento de la Asamblea de accionistas o de una minoría que represente por lo menos el diez por ciento del capital social integrado.

5.2. Si la asamblea no designa representante especial para la acción, esta será ejercida por el síndico.

5.3. Inscripta la remoción, cesa la responsabilidad personal del socio administrador por las obligaciones sociales que nazcan a partir de ese momento, para lo cual tiene que optar:

- entre el derecho de separarse o de
- transformarse en socio comanditario.

6. Integración de la Asamblea partes de interés de socios colectivos cantidades menores (1184)

6.1. La asamblea se integra con socios de ambas categorías

6.2. Las partes de interés de los socios colectivos se considerarán divididas en fracciones del mismo valor que las acciones, a los efectos del quorum y del voto.

6.3. Las cantidades menores no se computarán

7. Atribuciones del socio administrador (1185)

El socio administrador tiene VOZ, pero no voto, en las asambleas, sin admitirse cláusulas en contrario, en los siguientes asuntos:

- a) Elección y remoción del síndico.
- b) aprobación de la gestión de los administradores y síndicos, o de liberación sobre su responsabilidad; y
- c) remoción del socio administrador.



Algunas reflexiones sobre testimonios entre consanguíneos

Dr. Guillermo Delmás Frescura¹

El tema que nos sirve de acápite constituye una motivación de índole analítica a fin de interpretar, lo más correctamente posible, las disposiciones atinentes al testimonio entre consanguíneos, previstas en el Art. 240 del Cód. P.P.P.

En efecto, el precipitado artículo refiere imperativamente: “NO PODRÁN SER LLAMADOS COMO TESTIGOS: 1) Los cónyuges aún cuando esten legalmente separados; 2) Los ascendientes y descendientes; 3) Los hermanos y demás parientes colaterales hasta el cuarto grado civil; 4) Los afines grado; 5) Los tutores y pupilos”.

Ahora bien; es de suma importancia considerar el grado de parentesco respecto a la víctima o al procesado. Entonces pues, incide el nexo de consanguinidad ora respecto a la víctima, ora al procesado, lo cual genera consecuencias distintas.

El Art. 240 de la ley ritual penal establece las prohibiciones en forma taxativa sobre quienes no podrán testimoniar y, el siguiente Art. 241 establece una condición, al leer se in fine, que: “sobre el cual no se pueda obtener la prueba de otra manera”. Consecuentemente, si las personas indicadas en el Art. 240 fueren oídas, pues la ley refiere una facultad de opción, es más, un derecho en expectativa, una posibilidad eventual la que necesariamente va en nexo estrecho con la condición precitada, en el caso que se trate de un delito grave cometido en perjuicio de algún miembro inmediato de la familia...”, inferimos prima facie que la disposición guarda estrecha relación con

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 15 -1986.

la víctima. No obstante, las disposiciones legales subsiguientes conciben que la relación inmediata no es en exclusividad con la víctima, sino también con el procesado.

En efecto; Art. 243 del prenombrado cuerpo legal es tajante, irrefutable, al señalar: "... En el caso de que se presentase a declarar algunas de las personas comprendidas en el Art. 240 se le hará saber que no puede hacerlo EN CONTRA DEL PROCESADO, PERO QUE SE LE RECIBIRÁN LAS EXPLICACIONES O INDICACIONES FAVORABLES AL MISMO. CUALQUIER MANIFESTACIÓN QUE SE HICIERE POR ESTA PERSONA EN CONTRA DEL PROCESADO NO SE ASENTARA EN EL PROCESO". Por consiguiente, la predicha inserción legal permite apreciar su vínculo admisible también con el procesado. La parte in-fine del precitado artículo habla ya de su efecto al citar: "Cualquier manifestación... no se asentará en el proceso" En caso contrario la defensa debe promover el incidente de oposición en la misma audiencia y suspensión en su caso (con el consiguiente riesgo si se desestima por parte del juzgado de la inapelabilidad, lo que perjudicaría a los intereses de la defensa. La inapelabilidad hallase prevista en el Art. 19, Dto. Ley N° 5778). Ahora bien, en el Art. 242 del Cód. P.P.P., en su parte final, hallase inserta una condición, bajo pena de nulidad, en caso de inobservancia, cuando dispone: "Si el testigo no ha renunciado expresamente al derecho que tiene de excusarse a declarar, su declaración es nula".

Como la ley otorga el derecho de abstenerse a declarar, en caso que así no lo hiciera debe previamente renunciar expresamente a ese derecho, si no se produce la renuncia de abstención y, declara, su testimonio ES NULO. (Este aspecto del Código denota cierta complejidad de interpretación lo cual podría constituir cierta estrategia de la de la defensa en determinadas circunstancias).

En otro orden de consideraciones: el Art. 238, inc. 9, 2° párrafo (Cód. P.P.P.) nos refiere más del valor del testimonio que de otro aspecto, pues al decir "que no pueden ser testigos. SINO PARA SIMPLES INDICACIONES Y AL SOLO EFECTO DE LA INDAGACIÓN SUMARIA", nos da la pauta que no puede darse una testifical plena.

No obstante se debe reconocer que el Código denota incongruencias, pues en un comienzo dice en forma imperativa que no pueden ser testigos...luego establece una condición de efecto al decir que: "...sino para simples indicaciones y al solo objeto de la indagación sumaria...", condición esta que solamente podría cumplirse precisamente al prestar testimonio, lo que a la postre y, como su propio nombre lo indica, tendríamos un testimonio lo cual hay veces puede perjudicar a los intereses de una u otra parte.

El Art. 238, cit. supra, se halla robustecido por expresarlo así, por el siguiente Art. 239 el cual nos refiere de INHABILIDADES DECLARADAS DE PARENTESCO... en cuanto pueden los testigos ser inspirados por su interés u odio.

El segundo párrafo del precitado Art. 239 habla de presunción de parcialidad, existiendo un nexo estrecho con las inhabilidades señaladas en el Art. 238, lo que equivale: si se produce el testimonio de una persona comprendida en uno de los incisos del Art. 238, incurre en presunción de parcialidad generando a lo sumo una nulidad relativa.

INFERENCIAS FINALES

Como se observa, las disposiciones legales señaladas permiten inferir: 1) La incidencia de quien depone en proceso penal denote relación consanguínea con la víctima o con el procesado. Ambos extremos pueden generar el con sabido incidente de oposición a la referida audiencia cuando existen otros medios por virtud de los cuales pueda obtenerse la prueba en un hecho grave; 2) La incongruencia por expresarlo así, o más acertadamente, las contradicciones existentes entre las disposiciones del Art. 240 del Cód. P.P.P. y los enunciados del Art. 238 del mismo cuerpo legal. Las disposiciones del primero prohíben imperativamente las enunciadas deposiciones y, las del segundo, permiten con un valor específico.



Complementación del Código Civil

Raúl R. García Coni¹

Todo ordenamiento (o reordenamiento) jurídico debe comenzar por el Código Civil, pero no puede circunscribirse a este y si no es acompañado enseguida por normas que lo complementen, más tarde o más temprano se producirán dificultades.

A veces tales normas complementarias surten efectos correctores que evitan inmediatas revisiones del nuevo Código.

Esa situación se da especialmente en materia registral en los casos en que el Código Civil regula todo lo concerniente al Registro Público, y con mayor razón todavía cuando no lo hace o lo hace parcialmente.

Del derecho comparado podemos extraer varios ejemplos que abonan nuestro aserto. En el Código Civil Alemán de 1896 (B.G.B.) se incluyen normas registrales básicas que necesitaron preceptos adicionales, virtualmente modificatorios del esquema primigenio. Lo mismo sucedió con el Código Civil Mejicano de 1928 y, en Argentina, con el Anteproyecto Bibolini, del cual la Comisión Reformadora de 1936 desglosó los preceptos registrales, y con la importante reforma civil de 1968 (Ley 17711), que necesitó de inmediato el dictado de la ley registral 17801.

La ley registral española del 8 de febrero de 1862 que se anticipó al Código Civil (demorado por problemas del derecho foral) se inspiró en preceptos que formaban parte del anteproyecto del Código, reordenándolos. El texto resultante sirvió de base durante muchos años para las leyes registrales de Hispanoamérica, las que ahora van

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 16- 1986.
Lic. y Dr. en Derecho Registral.

adquiriendo fisonomía propia a la luz del moderno derecho registral y de las nuevas necesidades del tráfico jurídico.

Dada la tendencia moderna de evitar el enciclopedismo, reduciendo la extensión de los Códigos, como en el caso de la Ley 1183 con 1236 artículos menos que los del Código Civil precedente, es lógico que se tienda al ordenamiento autónomo de las leyes registrales, superándose la concepción primitiva de leyes globales como las argentinas 1144 y 1893, ya derogadas, y la actual ley paraguaya 879, que debe armonizarse con el nuevo Código Civil.

Al suprimirse la publicidad traditiva entre tradente y adquirente (arts. 1931 y 1934 C. Civ.) por desarrollo del “constituto posesorio” (como en el art. 767 del Cód. Civil Uruguayo) y establecer que con respecto a terceros se requiere la inscripción en el Registro Público (“traditio tábula” del art. 1932 C. Civil), se hace imprescindible la urgente modificación, en lo pertinente, de la ley 879 cuya actual redacción –demasiado reglamentarista– no se compadece con el nuevo código y conspira contra el propósito de implantar el Folio Real Unitario, pieza vital para la apetecida modernización del Registro Público.

En rigor la Ley 879 (por lo menos en sus arts. 261 al 359) necesita la mayor de las modificaciones, o sea la sustitución integral por otro cuerpo normativo que sirva de eficiente herramienta jurídica para el quehacer registral.

Aún cuando no mediara un cambio tan trascendente como el de un nuevo Código Civil, de todos modos, la Ley 879 –que ya nació vieja en 1981– necesitaría una profunda revisión legislativa que transforme un sistema vetusto en un procedimiento ágil y moderno que realmente proporcione seguridad jurídica.

Las modificaciones que el nuevo Código Civil introdujo al régimen de las escrituras públicas, aumentando peligrosamente las causas de nulidad (Art. 396 Ley 1183), obligará a una mayor responsabilidad en la función calificadora del registrador, ya que este no puede admitir documentos “contra legem”.

Si bien la nueva ley registral puede indicar los requisitos exigibles en el documento presentado, lo cual sería una manera de mitigar las exageraciones del art. 396 cit., ello no soluciona el problema en los actos no registrables.

Quizá lo que se necesita, además de una ley registral, sea una ley orgánica del notariado que corrija algunas anomalías, como la contradicción que se advierte entre la exigencia “de que los poderes y documentos habilitantes se encuentren en el protocolo del notario que la autoriza (la escritura)”, con la franquicia de que puede el escribano “dar fe de haberlos confrontado con la matriz o el original” (art. 396 inc. d. y 393 inc. d. Cód. Civil, respectivamente).

La inter-relación entre notariado y registro es obvia si se tiene en cuenta que el notario es el ancestro del registrador (“según quantos esta carta vieren” rezaban las viejas escrituras) y que el 80% de lo que se inscribe son escrituras públicas; que el Registro Público tiene responsabilidad “in vigilando” (no de superintendencia) y que en la creación del documento intervienen no solamente universitarios en Derecho sino personas que no lo son (conotariación de los jueces de Paz: art. 389 C. Civil), debiendo todos ellos recibir “personalmente las declaraciones de los interesados...” (art. cit. “in fine”).

El proceso legitimador es acumulativo en ambos personajes (autor documental e inscriptor) y se basa no solo en el derecho positivo, sino también en el prestigio del órgano que lo aplica sucesivamente (notario y registrador), cuyos ordenamientos jurídicos deben ser adecuados a la vida contemporánea.

Las actuales dificultades archivísticas y la inevitable participación de legos en ciertas escrituras, conspiran contra la buena práctica del Estudio de Títulos, por lo cual es aconsejable que el asiento inscriptivo, que en principio no convalida (Legitimación perfeccionadora o presunción “iurus tantum”) se convierta al cabo de pocos años en convalidante (legitimación absoluta o presunción “iuris et de iure”) a través de la figura de la prescripción tabular, siempre más breve que

la civil ya que no se computa desde la posesión sino desde la inscripción.

Que hemos sostenido en la cátedra y el libro, los registros convalidantes no son signo de buena titulación sino síntoma de todo lo contrario (como que constituye una solución remedial propia de la patología), pero pensamos en la conveniencia de un sistema mixto que promedie los intereses individuales con las necesidades del tráfico, a la vez que simplifique el estudio genealógico de los títulos, reduciéndolo a los últimos años y que permita también dar de baja –previa microfilmación– los vetustos asientos registrales (conservándose solo los de valor históricos).

Desde el punto de vista notarial sabemos que el Colegio de Escribanos –prestigiosa institución paraguaya– postula la modificación de su ley orgánica y también que coadyuva con la Comisión Especial que la Excm. Corte Suprema de Justicia ha designado con motivo de la modernización, ya iniciada, de los Registros Públicos, tan necesitados de remozamiento.

La operatoria inscriptiva reclama prontas modificaciones que permitan el advenimiento de la técnica del Folio Real, cuyos estudios de factibilidad ya están hechos para su inicio en el Sector de Propiedad Horizontal.

Hay otras circunstancias que fundamentan el cambio y entre ellas debemos señalar la artificiosa y redundante superposición de tareas (lo que hace que algunas resulten parásitas) como ocurre con la anotación de Inhibiciones que se hace en el Registro de Interdicciones (art. 357 Ley 879) y se repite en cada Sección (Art. 314 id.), y con el asiento de presentación, que se hace en la Mesa de Entradas y luego en cada una de las Secciones correspondientes al inmueble (art. 317 ley cit.). Este trámite llega a la triplicación burocrática en el caso de las solicitudes recibidas por Télex pese a que muchas de estas diligencias pueden resolverse con simples Remitos.

COMPLEMENTACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

Una buena ley para el Registro Público será la que obtenga amplia economía procesal endógena y exógena, o sea para su propia mecánica y para ocupar lo menos posible la atención del poder jurisdiccional, cuya densa tarea es de todos conocida.

Creemos que el anteproyecto en estudio satisface esas legítimas aspiraciones y formulamos votos porque así lo entienda el Honorable Congreso, como responsable del progreso legislativo.

Setiembre 8 de 1986.



Los principios generales del derecho en el nuevo Código Civil

**CONFERENCIA DADA POR INVITACIÓN DEL
COLEGIO DE ESCRIBANOS DEL PARAGUAY
EL 19 DE AGOSTO DE 1986**

Juan Carlos Mendonca¹

Creo que se debe entrar al examen de los principios particulares –inviolabilidad de la defensa, irretroactividad de la ley, etc.-, sin un estudio previo de las bases teóricas de los principios jurídicos generales, así como sin plantear si los principios jurídicos generales son derecho. Solo después corresponderá el análisis de los particulares, uno por uno, tratando de establecer inclusive cuales son entre ellos fundamentales, y cuáles no.

Estas cuestiones están en verdad estrechamente vinculadas con la teoría del derecho y para darles respuesta no se basta a sí mismo el derecho civil.

Dentro de una concepción jusnaturalista se admite sin reservas la existencia de principios jurídicos, incluso de algunos que están al lado o encima del derecho positivo, como el principio de justicia, en virtud del cual enjuicia todo el derecho positivo. Al punto que únicamente es derecho, el derecho “justo”. Para el iusnaturalismo “llámanse principios generales del derecho aquellas que la razón humana deduce de la naturaleza de las cosas y de sus mutuas relaciones; y todo derecho positivo, aun sin una declaración expresa del legislador, encuentra su verdadero complemento en el Derecho natural que reúne en grado sumo el doble carácter de unidad y universalidad”.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 16- 1986.

dad”, de manera que los principios generales constituyen “los verdaderos fundamentos del derecho en general”, o, como expresa Del Vecchio, “las verdades supremas del derecho in genere, o sea aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos”.

El positivismo jurídico niega esta concepción, al sostener que los principios generales del derecho son históricamente contingentes y pueden ser caracterizados como aquellos que han inspirado u orientado una determinada legislación, se hallen o no expresamente consagrados en la misma. Para la determinación de los implícitos, deberá acudirse a los métodos de integración. Pero de cualquier modo responderán a las aspiraciones y exigencias de la conciencia colectiva en un momento histórico, aunque se presenten como ligados a la naturaleza de las cosas y a la naturaleza de los hombres, dando la impresión de una cierta estabilidad en el tiempo. Los positivistas admiten, pues, la existencia de tales principios generales, aunque no los conciben como universales y eternos –según la concepción iusnaturalista-, sino como históricos y contingentes.

Para Kelsen y los seguidores de la teoría pura, el derecho es un orden coactivo y la regla de derecho es una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción. De manera que solo es derecho ese sistema de normas coactivas, caracterizadas del modo que acabamos de ver. Por eso no es tan claro que la teoría pura del derecho admita la existencia de principios jurídicos o, en todo caso, que los reconozca como derecho. Cuestión que también debe examinarse.

Pienso, sin embargo, que es legítimo admitir su existencia, dejando de lado, por el momento, el problema de si son derecho, o no; lo cual dependerá, para la teoría pura –e inclusive para el positivismo- de que sean aplicables con eficacia coactiva a la solución de conflictos jurídicos, es decir, de que sean válidos, porque la existencia de la regla jurídica es igual a su validez. Una regla existe, si es válida; no existe, si no lo es.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL

Por ahora nos limitamos a admitir como jurídicos, simplemente, aquellos principios que hacen referencia a cuestiones jurídicas. Que es una acepción permitida de lo jurídico.

Decía que es legítimo admitir la existencia de tales principios, por lo menos en nuestro ordenamiento positivo, porque su validez está expresamente reconocida por el derecho positivo vigente. El art. 11 de la Constitución Nacional dice que “los principios, garantías, derecho y obligaciones consagrados por esta Constitución, no pueden ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio”. También se refieren a ellos otras disposiciones constitucionales, como el Art. 9°, según el cual “la República admite los principios del Derecho Internacional”. Obviamente cuando la Constitución consagra a favor de la Corte Suprema de Justicia la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes (Art. 200), la Corte puede hacerlo si atentan contra específicos principios consagrados por ella, como ser el de independencia de los Poderes (art. 202).

También los admite el nuevo Código Civil, al prescribir en su Art. 6°: “Los jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes. Si una cuestión no puede resolverse por las palabras de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas, y en su defecto, se aducirá a los principios generales del derecho”. Los Cód. Civiles de Francia, Italia, España, etc., así como el Código Albertino, tienen una remisión similar a los principios generales del derecho, y el Código Civil austríaco, al remitirse a ellos, llega a calificarlos como principios del Derecho Natural.

Por su parte, el C.P.C. y C. establece: “cuando ocurra negocio que no pueda resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se acudirá a los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de estos, a los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso” (Art. 68). Este mismo Código prevé sanción para el Juez que se niegue a fallar, so pretexto de silencio, obscuridad o deficiencia de la ley,

haciendo por consiguiente coactiva la aplicación de los principios jurídicos (Art. 59 y 62). Además, fulmina de nulidad la resolución (definitiva o interlocutoria) que no se hubiese ajustado a su cumplimiento, es decir que, en las condiciones de insuficiencia previstas por la ley, no hubiese aplicado los principios para resolver la cuestión (art. 64). De manera que nuestro derecho previene dos tipos de sanciones a la infracción: de responsabilidad personal respecto del Juez y de nulidad respecto de la resolución.

El jurista, pues, no puede negar, en nuestro caso, y el de legislaciones similares, ese reconocimiento de la existencia o validez de principios jurídicos, porque las normas que los reconocen también son derecho positivo; de modo que las normas positivas les dan a los principios jurídicos generales vigor de normas positivas, con la misma función práctica de resolver conflictos. Principios que, aunque no vengan formulados ordinariamente como normas, pueden ser reconducidos a esa estructura formal: la de un juicio lógico hipotético, por virtud del cual a una condición se imputa una consecuencia coactivamente ejecutable.

Todo lo cual nos permite decir que en nuestro ordenamiento los principios jurídicos son derecho; ya que reúnen las condiciones exigidas para que deban ser considerados como parte del sistema coactivo definido como tal. Esencialmente consisten, en una primera acepción, en proposiciones jurídicas que sirven para completar otras proposiciones jurídicas, permitiendo comprender la plenitud de su sentido o suplir su insuficiencia.

Queda, pues, así, demostrado que, en nuestro ordenamiento, sea que se asuma una posición adicta al derecho natural, al positivismo o a la teoría pura, los principios generales están reconocidos como derecho, y por tanto son de aplicación obligatoria bajo las condiciones que la ley prevé.

Es posible distinguir dos familias de principios jurídicos: los que están expresamente consagrados por alguna norma positiva –

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL
DERECHO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL

inviolabilidad de la defensa, irretroactividad de la ley, libertad jurídica, etc.- y los que, no estando expresamente consagrados por norma jurídica alguna, se hallan implícitos o incardinados en nuestro sistema positivo y pueden ser inferidos de distintas normas. Así, por ejemplo:

Hay una norma que establece que el que mata a otro para heredarle, no hereda.

Hay una norma que establece que la nulidad no puede ser alegada por quien conocía o debía conocer el vicio.

Estas y otras normas de derecho material, permiten inferir el principio según el cual el transgresor de una norma jurídica no puede sacar provecho o beneficio de su transgresión. Así, pues, este principio no viene enunciado por norma alguna, sino que es inferido de ciertas normas que tienen el mismo fundamento.

La Constitución Nacional, a través de su Art. 80 permite concluir que admite estos principios implícitos en su propio seno, ya que declara que la enunciación de derechos que hace “no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella”.

Por otro lado, de acuerdo con los términos de la ley procesal (Art. 63) también es posible distinguir entre los principios propios de una rama determinada del derecho (civil, administrativo, etc.) y los principios generales del derecho, que se suponen aplicables a cualquier esfera del ordenamiento jurídico, siempre que no contradigan uno específico –como sería el solve et repete del derecho administrativo o el de la retroactividad de la ley en materia penal, cuando ella es más favorable al encausado-.

Qué utilidad o valor práctico puede tener la formulación de estos principios, dependerá de su aplicabilidad a situaciones que no estén expresamente resueltas por la ley.

Cuando se trata de principios expresos, de acuerdo con la conclusión arribada, ellos deben ser aplicados como cualquier norma positiva. Y lo mismo debe ocurrir con los principios implícitos. Pero siempre y cuando la cuestión no esté resuelta por una norma específica y, además, no pueda resolverse recurriendo a la analogía; de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 6° del nuevo Código Civil.

Acabamos de dejar consignado que la utilidad o valor práctico de los principios jurídicos está dada por su aplicabilidad para la solución de casos no expresamente resueltos por normas específicas y que, por tanto, deban serlo por aplicación de tales principios. El reconocimiento de su existencia y de su condición de derecho positivo y vigente no constituye una mera conclusión teórica, sino que tiene una incidencia práctica incuestionable: se vincula al principio de plenitud hermética del derecho o completitud.

Respecto de él, siguiendo a Del Vecchio, Recansens Siches sostiene que “se trata de un principio esencial y necesario de todo ordenamiento jurídico, lo mismo si se haya formulado explícitamente, como si no lo está. Es una necesidad absoluta de todo orden jurídico; es un principio esencial que condiciona la posibilidad de todo derecho positivo”. A lo cual agrega: “Y tiene necesariamente que ser así. Porque el Derecho es esencialmente una relación de seguridad social, impuesta autárquica o inexorablemente; y, por eso, cuando surge un conflicto interhumano, el Derecho ha de pronunciar forzosamente una decisión...se trata de una decisión que impuesta inexorablemente y que desvanece la incertidumbre y que suprime la inseguridad implicadas por el conflicto planteado. Las dudas pueden persistir largo tiempo en el campo de la teoría; per la vida jurídica práctica no admite suspensión ni dilación. Para cualquier problema jurídico debe darse una decisión, la cual teóricamente podrá no ser infalible, pero que prácticamente tiene que ser definitiva y ejecutiva. Así lo exige el sentido radical del Derecho, que consiste en crear una situación práctica de certeza y seguridad en la vida social”. Podemos decir, en suma, que todo conflicto jurídico deberá necesariamente ser resuelto y que la solución se halla dentro del propio derecho. Principio este

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL
DERECHO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL

que estaba consagrado por nuestro derecho positivo expresamente, en el Art. 16 del C.C. substituido, en el 63 del C. Pr. C. y C. y ahora en el Art. 6° del nuevo Código Civil, con una mejor redacción.

“No es permitido a los Jueces negarse a administrar justicia, ni retardarla, ni separarse del orden de la ley establece, siendo responsables, hacia los individuos, de toda transgresión a este respecto, dice el Art. 59 del C.P.C. y C. A lo cual agrega el Art. 62 del mismo Código: “El Juez que se niegue a fallar, so pretexto de silencio, obscuridad o deficiencia de la ley, incurre en responsabilidad del artículo 59”. Faltar a este deber está, por otro lado, sancionado con la nulidad de la resolución respectiva (Art. 64). Este deber absoluto exige y presupone la capacidad absoluta del derecho para brindar una solución, siempre que haya conflicto. Se trata, pues, del principio de la plenitud hermética del derecho, explicitado en nuestro ordenamiento positivo, también por virtud del Art. 6° del nuevo Código Civil.

La hipótesis admitida por la ley en estos casos es que no existe una norma específica que brinde la solución directa de la cuestión; o, dicho de otro modo, es la del vacío legal, en cuanto este vacío consiste en la insuficiencia de normas específicas. Pues conforme al principio de plenitud hermética del derecho, este vacío solo puede tener ese sentido, porque el juez podrá –y deberá– encontrar la solución, recurriendo en tales casos a los principios jurídicos.

Para ello usará en primer término el principio de analogía, que está expresamente consagrado en la citada disposición del nuevo Código civil –e implícitamente en la citada del Código Procesal–, en vinculación indisoluble con el principio de plenitud hermética, desde que este se hace efectivo a través de aquel y de los demás principios generales. Según el principio de analogía, aplicará a la situación B, la norma que resuelve la situación análoga A, y si no existe tal norma, aplicará un principio de carácter general explícito o inferido de diversas normas, y aun del sistema total de normas. Así, por ejemplo, aplicará el principio de que “nadie puede obtener beneficios de la transgresión del derecho”, en todos los casos en que esta situación se dé y no exista una norma específica que impute una consecuencia a la

transgresión. En síntesis, se le negará al transgresor el beneficio que hubiera podido reportarle su transgresión, cualquiera sea ese beneficio.

La analogía se funda en la identidad del motivo de la norma, no en la identidad de los hechos; por medio de ella se establece que dos situaciones suscitan análogas valoraciones –la misma *ratio legis* vale igualmente para ambas-, y entonces emplea en una de ellas (la no prevista explícitamente) la norma o el principio que gobierna a otra; pues la comparación entre las dos, muestra que debe haber un mismo criterio de valoración.

Su fundamento reside, por tanto, en que, si el motivo de la ley es el mismo del caso no previsto, debe darse a este la misma solución que al caso previsto. *Ubi eadem legis ratio, eadem est legis dispositio*.

Desde otro punto de vista, asumido por la teoría pura del derecho, no pude hablarse de vacío en tanto y en cuanto haya algún principio que resuelva la cuestión no resuelta por la norma, ya que cuando el juez resuelve un caso aplicando los principios, dicho juez actúa del mismo modo que cuando resuelve un caso aplicando una norma específica. El vacío se producirá cuando no exista tal principio. Pero entonces, lógicamente, tampoco puede hablarse de vacío, por virtud del principio de la libertad jurídica: si el derecho positivo no impone a la conducta consecuencia jurídica alguna –mandato que se haga algo o que se omita algo, so pena de una sanción-, la cuestión no interesa al derecho, es jurídicamente irrelevante. El juez sencillamente deberá absolver, ya que el deber del juez de fallar en todos los casos no equivale al deber de condenar en todos los casos. El principio de la libertad viene, pues, a excluir toda posibilidad lógica de vacío puesto que el mismo derecho positivo expresa, a través de ese principio, que la cuestión está fuera del derecho.

Kelsen explicó esta hipótesis del siguiente modo: “No hay ninguna norma aplicable al caso, no hay reglas de clausura y el juez decide rechazar la demanda fundándose en que el derecho existente no establece la obligación que el actor le atribuye al demandado. En

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL

este último caso el juez aplica la “regla negativa de que nadie puede ser obligado a observar una conducta no prescripta legalmente”. Esta conclusión, normalmente admitida por los juristas, ha sido sin embargo descalificada por cierta parte de la doctrina y reputada como un error. El error se basa en que no hay diferencia alguna entre la sentencia de condena (que admite la demanda) y la sentencia denegatoria (que rechaza la demanda), porque en ambos casos el juez tiene que llenar previamente la laguna. Si no llena la laguna y rechaza la demanda, su sentencia carece de fundamento, del mismo modo que si hiciera lugar a la misma. Si no hay norma alguna que obliga al demandado a hacer algo, el juez no está obligado a condenarlo; pero tampoco está obligado a rechazar la demanda, si no hay norma alguna que permita no hacer algo. El mero hecho de que no haya una norma que obliga al demandado no justifica el rechazo de la demanda. En tal caso el juez no informa sobre la solución que corresponde al caso –de acuerdo con una norma preexistente-, sino que da una solución, dictando una norma, que es la sentencia.

Sea como fuere, admitiéndose o rechazándose la existencia de lagunas en el derecho –que el juez resuelve el caso en virtud de una norma del sistema, como es la de la libertad jurídica, o creando una norma con la cual integra el sistema-, es lo cierto que tiene el deber de juzgar y todo conflicto tiene que ser resuelto. La esencia de la jurisdicción es el juzgamiento y para ese juzgamiento cabe la aplicación de los principios generales como derecho válido. Si la cuestión no puede ser resuelta por una norma específica o por medio de la analogía, aquellos son de aplicación obligatoria.

Generalmente se trata el problema de la aplicación de los principios como un caso de integración del derecho, lo que significa que se incorpora al derecho algo que no estaba en él; se lo completa, con una parte que faltaba. Lo cual es aceptable si admitimos, como ya vimos que debe admitirse, que los principios forman parte del derecho positivo, porque le ha sido dada por el legislador una propia y verdadera sanción de orden positivo. Lo cual sigue siendo cierto en el nuevo Código Civil.

El problema ha de ser tratado como de aplicación de los principios, que son derecho enteramente válido. Al respecto la ley establece una prelación, que debe ser respetada –bajo pena de nulidad- cuando se va a proceder a esa aplicación. Para la ley, lo primero que debe ser aplicado a la solución del conflicto es la norma específica que lo resuelve. Y existiendo esta, nada puede excusarle al juez de resolver conforme a ella. Que es también consecuencia del principio de legalidad, consagrado por el Art. 204 de C.N. y por el Art. 60 del C. Pr. (el juez debe siempre resolver según la ley”, y la ley le impone la prelación), en concordancia con el de plenitud. Le está terminantemente vedado negarse a ello; no puede siquiera enjuiciarla, para decidir a posteriori, como resultado de ese juicio, si la aplica o no. El citado Art. 60 del C.P. prescribe: “Nunca le es permitido –al juez- juzgar del valor intrínseco o de la equidad de la ley”.

Si no existe la norma concreta que resuelve el caso, es decir, siempre que no sea posible resolver una controversia aplicando una disposición precisa de la ley, el paso siguiente consiste en recurrir a la analogía. Merced a ella el ámbito de aplicación de las normas se extiende más allá del repertorio de casos originariamente previstos, con tal que se trate de supuestos similares o afines a aquellos, y siempre que la ratio legis valga igualmente para los unos y para los otros. Por lo cual la analogía debe detenerse allí donde daría lugar a la creación de una norma substancialmente nueva y distinta. Se halla limitada por la afinidad del hecho y la identidad de razón. Del Vecchio explica convincentemente que ella solo puede ir de lo particular a lo particular coordinado, y no de lo particular a lo general. Lo que significa que lógica y jurídicamente no sería lícito construir una verdad general por medio de la analogía. Encuentra también su limitación cuando la ley le excluye expresamente (como ocurre en materia penal) o implícitamente, como ocurre cuando la ley declara ciertas normas de aplicación restrictiva o cuando se trata de normas que coartan el ejercicio de los derechos.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL
DERECHO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL

Si la solución del caso permanece todavía dudosa, porque la analogía no basta para resolverlo, el paso siguiente es el de la aplicación de los principios generales. Respecto de lo cual el derecho positivo nos plantea un problema: por un lado, el Art. 6° del nuevo Código Civil prescribe que “si la cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas, y en su defecto, se acudirá a los principios generales del derecho”.

La analogía, pues, está explícita en la prelación, así como la remisión, en último término, a los principios generales del derecho. Por otro lado, el Art. 63 del C.P.C. y C. prescribe que si el negocio (o cuestión) no puede resolverse mediante la ley específica, se acudirá a los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de estos, a los principios generales del derecho. Obviamente, ambas disposiciones son coincidentes en su primera y tercera partes: la ley específica, principios generales del derecho. No hay coincidencia literal, sin embargo, en la redacción de la segunda, porque la disposición civil se remite a los principios de leyes análogas, mientras la procesal se remite a los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva. Considero, empero, que la analogía está implícita en esta última, dado que solamente por medio de ella se puede llegar a la aplicación de otros principios contenidos en la misma legislación, so pena de incurrir en una arbitrariedad, es decir, en una aplicación irracional del derecho. Por donde ha de concluirse que la coincidencia es completa en el orden de aplicación establecido por las dos leyes, y, de todos modos, que el nuevo Código Civil debe primar sobre el Procesal Civil, por ser ley posterior. Es incuestionable, por lo demás, que regulando el nuevo Código no solo la materia civil, sino también la comercial, el mandato dirigido al juez es igualmente válido en esta última. Sin perjuicio de que la disposición valga para todo el ámbito del derecho, en el sentido de que configura una regla de carácter general, que ha de ser admitida supletoriamente en las otras ramas de la legislación, en tanto y en cuanto no se encuentre excepcionada en alguna de ellas.

Debemos aceptar, pues, que los principios jurídicos resuelven situaciones distintas a las contempladas por las normas jurídicas, como ocurre respecto de estas entre sí, en cuanto han sido creadas para resolver diferentes cuestiones. Si tal cosa no se admitiera, carecería de sentido recurrir a los principios a falta de normas específicas para resolver conflictos no contemplados por estas. La existencia de la ley es, precisamente, que estas falten o sean insuficientes, para que resulte lícito recurrir a aquellos.

Lo que lleva a la necesidad de que los principios que se usen para la solución sean congruentes con las normas o, más aún, con todo el sistema jurídico. De manera que no será lícito acudir a un principio que no está en congruencia lógica y jurídica con todo el sistema.

De igual modo que no pueden coexistir dentro de un mismo sistema dos normas contradictorias, porque ambas se excluyen y anulan recíprocamente, no puede considerarse como principio válido aquel que está en contradicción con normas específicas o con el sistema mismo.

El propósito de la ley no es el de facultar al juez para la creación arbitraria de una solución, sino para dar una solución en armonía con el sistema; el fin no es que el juez cambie el sistema, sino que aplique a la solución del caso no previsto una que sea compatible con él. En tal sentido debe advertirse que, entre los principios explícitos e implícitos, el nuevo Código, en correspondencia con nuestro derecho público, se encuentran muchos que son principios del iusnaturalismo. Ello se explica porque nuestro derecho privado deriva importantemente del romano, que era esencialmente iusnaturalista; y nuestro derecho público, especialmente el constitucional, deriva de los bills of rights ingleses, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de la Revolución Francesa y de la Constitución Norteamericana, también esencialmente iusnaturalistas, así como de la Declaración de Derechos humanos. Una interpretación y aplicación adecuada de nuestro sistema positivo no podría, en consecuencia, desestimar esos principios enteramente coherentes con él, que se hallan

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL
DERECHO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL

en su base de sustentación, ni rehusar su aplicación en nombre de concepciones filosóficas, prejuicios políticos o preferencias teóricas contrarias al iusnaturalismo. Tal postura haría traicionar al intérprete la realidad fáctica del sistema, substituyendo esa realidad por predilecciones personales, políticas, teóricas o científicas. Le gusten o no, los apruebe o no, esos principios deberán ser aplicados por el juez, so pena de no ser fiel a nuestro derecho tal como es. Debe admitir, pues, que todo hombre es persona jurídica por el solo hecho de ser hombre; que existe racionalidad en el derecho —es decir, que no puede ser contrario a la razón humana, en el sentido de la arbitrariedad; que el derecho debe ser justo; que el derecho tiene contenido ético, según surge de sus remisiones a la moral, a las buenas costumbres, a la buena fe, etc.; que el hombre es un ser libre y las restricciones a su libertad solo pueden venir de un mandato de la ley, es decir, de la universalidad de ese mandato, por su aplicación legal para todos; que la ley es irretroactiva, como garantía para evitar el peligro de la arbitrariedad de los órganos judiciales y ejecutivos, etc., etc. Para el jurista, esta fidelidad al sistema es inexcusable, porque ese sistema es el único válido, efectivamente coactivo, cualquiera sea su inspiración. El juez será responsable ante los individuos y su resolución será nula, si ignora o contraviene tales principios, que son derecho positivo para nosotros (Art. 6° del nuevo C.C.; Arts. 59,60,62,63 y 64 C. Pr. C. y C.).

Del mismo modo deberá respetar los principios procedentes del positivismo, incorporados al sistema en plena compatibilidad con él, como es el de la coercibilidad inexcusable de la norma, expresado desde el derecho romano con el aforismo *dura lex sed lex*, o el de acudir a las costumbres cuando la ley les reconoce aplicabilidad vicaria, atendiendo a que las mismas sean las vigentes en nuestra sociedad, en el momento histórico de que se trata y, por tanto, reconociendo su carácter contingente. Así también el principio de que el único derecho vigente es el creado o admitido por el Estado (de legalidad).

De allí que deberá interpretar y aplicar el derecho objetivamente y no bajo la inspiración de su ideología, como sería el caso de

un juez totalitario o marxista. Esta garantía del juez puro fue históricamente asumida precisamente para evitar tal peligro, ante la posibilidad de que no compartiese los principios del legislador, como ocurría en la época de la codificación napoleónica, cuando la administración de justicia estaba entregada a jueces aristócratas, en momentos en que la aristocracia era desplazada del poder y el derecho se volvía democrático. Se ha tratado de probar, con bastante éxito, que cuando se presenta un problema de obscuridad significativa de una norma, el protagonista del juego jurídico intenta un proceso de recreación significativa, que le permite encuadrar el sentido de su resolución dentro del marco ideológicamente querido (L. A. Warat). Frente a lo cual la prevención consiste en llevar al máximo la exigencia de que el juez no puede cuestionar el modelo impuesto por el legislador.

Tal exigencia de armonía surge del orden de prelación establecido por la ley: norma, primero; analogía fundada en la norma, segundo; por último, los principios, en armonía con las normas. Además, como acabamos de decir, surge del sistema de legalidad aceptado por nosotros, según el cual el legislador está antes que el juez; es el legislador quien crea la ley, la deroga o la abroga, siendo el juez quien la aplica. Si el juez utilizara un principio contrario al sistema lo estaría modificando o derogando y, consecuentemente, usurpando una facultad que no le ha sido asignada por el derecho positivo, sino, todo lo contrario, le ha sido negada por él. Y ello también como garantía de igualdad ante el derecho y de repudio a la arbitrariedad judicial. Todo lo cual forma parte de las bases racionales del sistema vigente.

Cumple todavía decir que hay principios cuya aplicación depende de otros principios, al igual que la aplicación de ciertas normas depende de otras. Tal sería el caso, en todo el ámbito del derecho, de aquel principio inferido de normas materiales civiles, según el cual el transgresor de la ley no puede sacar beneficio de su transgresión. En efecto, la aplicación de este principio depende del principio de

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL

analogía, aceptado en las diversas ramas del derecho, aunque repudiado en materia penal. Además, también depende del efecto jurídico que se reconoce a la sentencia, conocido con el nombre de cosa juzgada (requerida por la seguridad de las relaciones jurídicas). De manera que aquel principio puede traerse del derecho civil al derecho en general por vía analógica, pero encontrará su límite en la cosa juzgada. Lo que demuestra también la necesidad de congruencia dentro de cada rama del derecho.

Cabe todavía un comentario final sobre el orden de aplicación de los principios: hemos dicho que la norma específica prevalece sobre el principio general, aunque esté excepcionándolo, porque en ella es donde se encuentra inequívocamente expresada la voluntad del Estado, que no permite pasar a la analogía ni recurrir a los principios generales si la norma específica resuelve la cuestión controvertida.

Pero esto no ocurre respecto de los principios constitucionales –y los reputados fundamentales dentro del sistema–, porque respecto de ellos la voluntad del Estado ha sido expresada de un modo absoluto e inverso, en el sentido de que prevalecen sobre las normas particulares, sin admitir excepciones. Estos principios no pueden ser contradecidos por la legislación ordinaria bajo condición alguna, sino que esta debe acomodarse a los mismos.

De lo cual surge una segunda acepción de los principios generales: ellos sirven también para establecer la validez de las normas particulares. Es decir, no solo para llenar el vacío que ellas dejan eventualmente dentro del sistema, sino también para garantizar la armonía del sistema total, invalidando las disposiciones que los transgreden. Esta función la cumplen fungiendo como reglas de admisión o de rechazo de las normas particulares: si están de acuerdo con ellos, pasan a formar parte del sistema; si no lo están, quedan excluidos del mismo.

Entre los principales principios de esta índole se encuentra el de supremacía, el de jerarquía (o prelación), el de derogación, el de inviolabilidad de la defensa, el de irretroactividad de la ley, el de la

obligatoriedad de su conocimiento, el de la legalidad, y otros cuya enumeración y estudio ya no es propio de esta charla. Su examen deberá quedar, necesariamente, para otra ocasión, si la hay, por su riqueza e importancia.

Ahora solo he querido poner de manifiesto que las bases teóricas de los principios generales del derecho están adecuadamente sentadas en nuestro nuevo Código Civil. Para lo cual he tenido que estudiar –como Uds. habrán advertido- tres principios inseparables de esas bases teóricas: el principio de plenitud hermética del derecho, o completitud, el principio de analogía y el principio de prelación o jerarquía en la aplicación de los principios generales, con relación a las normas particulares y a la analogía.



La Sociedad de Responsabilidad Limitada conforme a las disposiciones del nuevo Código Civil Paraguayo

Exposición del Escribano Alejandro Doldán Insfrán en el marco de las sesiones de estudio del Nuevo Código Civil Paraguayo, organizado por el Colegio de Escribanos del Paraguay, los días Martes de cada semana¹

El origen de este tipo de sociedades y conocidas como de responsabilidad limitada, lo hallamos a mediados del Siglo XIX, más precisamente en el año 1862, en Inglaterra.

Alemania los incorpora en 1898; Portugal en 1901; Austria-Hungría en 1906; en 1917 la aceptó Rusia; Brasil en 1919; Francia en 1925; en 1932 la República Argentina la adopta por Ley N° 11.645; y nuestro país por Decreto-Ley N° 10.268 del 29 de diciembre de 1941, durante la presidencia del General Higinio Morínigo, Decreto-Ley hasta hoy vigente.

El Código de Comercio no legisló en el Título III (De las Compañías o Sociedades), con respecto a las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Ante tal omisión y la necesidad de incorporar a este tipo de Sociedades a nuestra legislación, se dicta el mencionado Decreto-Ley, en cuyo CONSIDERANDO leemos: Que, las sociedades de Responsabilidad Limitada constituyen un nuevo tipo de Sociedad que se ha incorporado definitivamente el Derecho Positivo moderno.

Que, dicha forma de Sociedad ofrece ventajas evidentes sobre las otras previstas en el Código de Comercio vigente facilitando la formación de entidades en que LA RESPONSABILIDAD DE LOS

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 16- 1986.

SOCIOS ESTÁ LIMITADA POR SUS APORTES y acercando el Capital al Trabajo sin necesidad de recurrir a la forma anónima, ni a la colectiva, cuyos inconvenientes han sido puntualizados por la doctrina.

Que, la nueva forma de Sociedad es la más propicia para las épocas de profunda crisis económica, frecuentemente determinadas por circunstancias que no pueden preverse o que previstas no han podido evitarse.

Que, las “asociaciones de Responsabilidad Limitada” han venido a sustituir a las SOCIEDADES ANÓNIMAS FICTICIAS, a que suele echarse mano para no comprometer en la empresa la totalidad de los patrimonios.

Que, al facilitar la formación de Sociedades, sin descuidar en ningún momento los intereses generales, debe redundar sin género de dudas, en beneficio manifiesto para la economía nacional; pues lo que no puede hacer una persona es posible que lo hagan varias, aunando capacidades y esfuerzos.

Que, tales Sociedades no ofrecen el peligro de la mera aglomeración de capitales, en que se desconocen, o poco menos, los nombres de los asociados, desapareciendo así, real o virtualmente, el elemento personal en las vinculaciones jurídicas.

Tal los considerandos de una de las leyes nacionales más claras y concisas y de fácil aplicación e inspirada en la Ley Argentina N° 11.645 cuya fuente la encontramos en leyes austríacas y francesas.

Múltiples son las definiciones que se han formulado para este tipo de Sociedades, definiciones que muchas veces contemplan determinadas características de las mismas, pero adoptemos una definición que nos propone el Profesor JORGE H. ESCOBAR EN SU LIBRO “RÉGIMEN LEGAL DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA”, que dice:

“Sociedad de Responsabilidad Limitada es aquella Sociedad mercantil de capital mínimo, dividido en cuotas de igual valor, de

LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA CONFORME A LAS
DISPOSICIONES DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

negociabilidad restringida, no representables por títulos, que gira bajo una denominación formada por su objeto, de un nombre de fantasía o del patronímico de los Socios, que responde de las obligaciones sociales a terceros hasta el monto de sus cuotas”.

El nuevo Código Civil Paraguayo entra en vigencia el 1° de enero de 1987 y “deroga las disposiciones que sean contrarias del Decreto-Ley 10.268/1941 sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada”, así lo prescribe el Art. 2810 del nuevo cuerpo legal.

La materia es tratada en la Sección VI, del Capítulo XI. De la Sociedad- Título II “De los contratos en particular” del LIBRO III – De los Contratos y otras fuentes de las obligaciones”.

Lo trata en 19 artículos, del 1.160 al 1.178 y expondremos un resumen, en especial de las innovaciones:

NUMERO DE SOCIOS: El Art. 1.160 solo habla del número máximo de Socios “que no serán más de 25”, pero el Art. 959 al decir: “Por el contrato de Sociedad DOS O MAS PERSONAS, creando un sujeto de derecho, se obligan a realizar aportes para producir bienes o servicios, en forma organizada, participando de los beneficios y soportando las pérdidas” y esto se aplica a cualquier tipo de Sociedad.

DENOMINACIÓN: el art. 1.161 dice: “La denominación social debe contener los términos “SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA” o la sigla “S.R.L.”. Su omisión hará responsable ilimitada y solidariamente al Gerente por los actos que celebre en esas condiciones”.

En el Decreto-Ley se exige la denominación totalmente escrita y precedida o seguida del aditamento “SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA” íntegramente escrita y la enunciación del Capital, su omisión es penada con una multa equivalente a Gs. 200.

CAPITAL SOCIAL: El capital Social se divide en cuotas iguales por valor de un mil guaraníes o su múltiplo y debe suscribirse íntegramente al constituirse la Sociedad (Art. 1160 y 1163).

Los aportes en dinero deben integrarse en un 50% como mínimo y deberá completarse en un plazo de dos años. Su cumplimiento se acreditará al solicitarse la inscripción con el comprobante de su depósito en un BANCO OFICIAL y no ya en cualquier Banco como ocurría con la vieja Ley-Art. 1164.

En cuanto a los aportes en especie, deberán cubrirse totalmente y su valor se justifica en la forma prescripta para las Sociedades Anónimas (Art. 1060 y 1163).

Las cuotas de participación de los Socios no pueden ser representados por títulos negociables. Art. 1163 – 2da. parte.

Los socios solo garantizan ilimitada y solidariamente a los terceros la integración de los aportes en dinero, igual que la efectividad y valor asignados a los aportes en especie. Art. 1165 – 1ra. parte.

TRANSFERENCIA DE CUOTAS: Cuando un Socio transfiera su cuota, la garantía subsiste solidariamente con los adquirentes, por las obligaciones sociales contraídas hasta dos años después de inscribirse la cesión y no será oponible a terceros cualquier pacto en contrario. Art. 1165 – 2da. parte.

Las cuotas no pueden ser cedidas a terceros sino con el acuerdo de Socios que representen tres cuartos de capital, cuando la Sociedad tenga más de cinco Socios. No siendo más de cinco se requerirá unanimidad. Art. 1166.

La ley establece un procedimiento, para el que se proponga ceder sus cuotas, deberá comunicar a los demás Socios, y estos deberán pronunciarse en el plazo de quince días y se presumirá el consentimiento si no se notifica la oposición. Art. 1167.

En caso de autorización denegada, el que pretenda ceder su cuota recurrirá ante el Juez del domicilio social, quien con audiencia del opositor y sumariamente, podrá autorizar la transferencia, siempre que no exista justa causa que lo impida. Art. 1168 – 1ra. parte.

LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA CONFORME A LAS
DISPOSICIONES DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

Se establece un procedimiento en caso de oposición infundada, los Socios podrán optar por la compra dentro de los diez días de la notificación judicial. Si hubiere más de un Socio que ejerciera esta preferencia, las cuotas se prorratearán y si esto no fuera posible se distribuirán por sorteo. Art. 1168 2da. parte.

En defecto de los Socios, la Sociedad podrá adquirir la cuota ofrecida con utilidades líquidas o reduciendo el Capital, pero esta opción debe ejercerse dentro de los diez días de vencido el plazo otorgado a los Socios. Art. 1169.

La cesión es libre entre los Socios, salvo disposición contraria del contrato social. Art. 1166 – 2da. parte.

Para ejercer el derecho de preferencia, el Socio o la Sociedad podrán impugnar el valor asignado a la cuota ofertada, sometiéndose al resultado de la pericia judicial; el valor establecido será obligatorio, siempre que no resulte superior al pretendido por el cedente o menor que el ofrecido por los impugnantes. Art. 1170.

Además, el contrato social puede reglamentar la cesión de cuotas, o fijar normas para determinar el justo precio de transferencia, pero en ningún caso imposibilitar o prohibir la enajenación. Art. 1171.

En caso de transferencia de cuotas del Socio fallecido se aplican las normas que rigen la cesión convencional, pero si el contrato prevé la continuación de la Sociedad con los herederos, el pacto será obligatorio para todos, y la incorporación de los sucesores se hará efectiva acreditando su calidad. Art. 1172.

Se prevé la copropiedad de cuotas, y cuando esta pertenezca a más de una persona, se aplicarán establecidas para la copropiedad de acciones en las Sociedades Anónimas, ver Art. 1063 – Art. 1173.

En los casos de usufructo, prenda u otros derechos reales, embargos y de más medidas precautorias, rigen también las normas

prescriptas para acciones de Sociedades Anónimas, sobre cuotas. Ver Art. 1068 – Art. 1174 2do. párrafo.

ÓRGANOS SOCIALES: La Dirección, Administración y representación de la Sociedad corresponde a uno o más Gerentes, Socios o no, y estos tienen los mismos derechos y obligaciones de los Directores de las Sociedades Anónimas, es claro que sin limitación en cuanto al tiempo durante el cual desempeñarán sus funciones. Art. 1174 1a. parte.

El nuevo Código prevé la pluralidad de gerentes y en este caso se aplicarán las disposiciones sobre el funcionamiento del Directorio de la Sociedad Anónima. Ver. Art. 1102 al 1116. Art. 1174.

La fiscalización es facultativa o mejor optativa y estará a cargo de uno o más Síndicos, Socios o no. Se aplicará lo dispuesto para la Sindicatura de la Sociedad Anónima, con excepción del término máximo de duración del cargo. Ver Arts. 1117 al 1126 – Art. 1175.

FORMA DE DELIBERACIÓN DE LOS SOCIOS: Si en el contrato social no se determina la forma de deliberación y tomar acuerdo por los Socios, se aplicarán las normas sobre Asambleas de Sociedades Anónimas, salvo en lo referente al procedimiento para la convocatoria, que deberá ser notificado personalmente a los Socios. Ver Arts. 1078 al 1101. Art. 1176.

El cambio de objeto, transformación, fusión y toda otra modificación que imponga mayor responsabilidad a los Socios, deberá resolverse por unanimidad de votos. Cualquier otra deliberación se decidirá por mayoría de Capital. Art. 1177.

Cada cuota da derecho a un voto, rigiendo para este caso las limitaciones de orden personal impuestas a los Accionistas de las Sociedades Anónimas, Ver. Art. 1066 – Art. 1178.

Concluimos que el nuevo Código trasiega las disposiciones de la Ley 10268/41 con mínimas modificaciones de detalle, impuestas por las innovaciones propuestas en materia de Sociedades Anónimas; se establece la aplicación subsidiaria de normas reguladoras de la

LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA CONFORME A LAS
DISPOSICIONES DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

Sociedad Anónima a la Sociedad de Responsabilidad Limitada en casos no previstos por el Contrato Constitutivo; tal la Sindicatura operativa; la pluralidad de Gerentes y la manera de asentar los acuerdos entre los Socios, como así lo leemos en la exposición de motivos del Nuevo Código Civil Paraguayo.



Sobre el artículo 1731 del Código Civil Paraguayo

Prof. Dr. Raúl Sapena Pastor¹

El Panel n° 8 del SIMPOSIO SOBRE EL ESTUDIO DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL ha propuesto la modificación del Art. 1731 en el sentido de que sea suprimido el adverbio “no” en la frase que dice:

“En todos los casos el Banco no podrá exigir de portador la firma de un recibo”.

La frase figura como tercera parte del segundo párrafo del art. 1731 publicado en la edición de la Corte Suprema de Justicia, y se refiere a los casos de pago parcial de un cheque por no existir en el Banco una provisión suficiente de fondos para el pago total del mismo.

Siendo tan lógica y convincente la propuesta del Panel N° 8, nos ha preocupado saber porqué el adverbio mencionado figura en dicha frase, y cuales sería las razones que el legislador habría podido tener para concebir la frase en términos negativos, en lugar de conceder al Banco –positiva y ciertamente- la facultad de exigir al portador del cheque un recibo en los casos de pago parcial.

La gestación y proceso legislativo del art. 1731 de la Ley N° 1.183 “que aprueba el Código Civil” fue la siguiente: El Art. 2390 del Anteproyecto del Prof. De Gásperi, en su tercer párrafo, refiriéndose al pago parcial de un cheque bancario, decía: “En caso de pago parcial, el girado puede exigir que se haga mención de ello en el cheque, y que un recibo le sea otorgado”.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 16- 1986.

Esta disposición del Anteproyecto, pues, estaba redactada en términos positivos, y confería al Banco que hacía un pago parcial del cheque la facultad de exigir un recibo. No figuraba en ella el adverbio “no”.

2º- El Art. 2390 del Anteproyecto del Prof. De Gásperi fue trasladado al Proyecto de la Comisión Nacional de Legislación como Art. 1732, y la redacción del párrafo que nos interesa fue exactamente la misma, a saber: “En caso de pago parcial, el girado puede exigir que se haga mención de ello en el cheque, y que le sea otorgado un recibo”.

Vemos así, por segunda vez, que la redacción era positiva en el sentido de conceder al Banco la facultad de exigir un recibo.

3º- El Proyecto de la Comisión Nacional de Codificación fue remitido al Congreso Nacional con los Mensajes del P.E. N° 85 del 20 de julio de 1984 y N° 156 del 9 de Abril de 1985, y el Art. 1732 fue modificado por el Honorable Senado en oportunidad de su primera consideración, en Agosto de 1985; pero, la parte que nos interesa continuó siendo esencialmente la misma. Dijo: “En este caso el Banco devolverá el cheque al portador, dejando constancia en el mismo de la suma abonada. En todos los casos el Banco podrá exigir al portador la firma de un recibo”.

Nuevamente observamos que, en la redacción del Senado, el Banco tiene la facultad de exigir al portador un recibo firmado por la suma abonada en concepto de pago parcial del cheque.

4º- La enmienda de la Cámara de Senadores fue aprobada por la Cámara de Diputados con la sola supresión de otro adverbio “no” que por error de copia figuraba en la segunda línea del artículo. (Véase el Dictamen de la Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados publicado en “Fuentes Próximas del Código Civil”, por RSP, Anexo II, pág. 667).

Esta supresión fue aceptada por la Cámara de Senadores en su segunda consideración del Proyecto, y así el Art. 1732 quedó definitivamente sancionado.

5° En virtud de los arreglos finales hechos por la Cámara de Diputados en su segunda consideración, el Art. 1732 del Proyecto pasó a ser el Art. 1731 de la Ley N° 1183/85.

CONCLUSIÓN: El adverbio “no” cuya supresión ha propugnado tan acertadamente el Panel N° 8 del Simposio, nunca existió en el Anteproyecto del Prof. De Gásperi, ni en el Proyecto de la Comisión Nacional de Codificación, ni en las enmiendas de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados introducidas durante la sanción legislativa. La disposición sancionada por el Congreso como Art. 1731 no incluye el adverbio “no”, que por primera vez aparece en la única edición, no oficial del Código Civil.

No hemos tenido oportunidad de examinar la copia autenticada de la ley, que sirvió para la impresión del Código y que debe estar archivada en la Corte Suprema de Justicia. Puede tratarse, tal vez, de un error en la misma.

En todo caso, no es procedente dictar una ley “de erratas” ni aclaración. Bastará con no repetir el error cuando se haga una edición oficial del Código, que esperamos sea hecha antes del 1° de enero de 1987.



La Tradición como requisito formal para adquirir la propiedad inmueble

SU PLENA VIGENCIA EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ Y SU SUPRESIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL (N.C.C.)

Escribano Público Samuel P. Melgarejo¹

CONCEPTO - DEFINICIÓN

La voz TRADICIÓN expresa el acto de la entrega de una cosa por una persona a otra, cualquiera sea el título en virtud del cual se hace (Baldana). Ambos Códigos la definen casi en forma similar, tomemos la definición del N.C.C., el art. 1927 dice: “Habrá tradición cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa y la otra la recibiere del mismo modo.

EXIGENCIA DE LA TRADICIÓN PARA ADQUIRIR EL DOMINIO EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ

En nuestro Código Civil vigente expresamente se exige la tradición en los arts. 2524-2601-3; 3265; 1816 y su nota; 577 y su nota; 1141, etc. Así el art. 2524 en su inc. 3º) dice: “EL DOMINIO SE ADQUIERE...3º) POR LA TRADICIÓN...”. También el art. 2609 expresa: “Se pierde igualmente el dominio por enajenación de la cosa, cuando otro adquiere el dominio de ella por la tradición en las cosas muebles, y en los inmuebles después de firmado el instrumento público de enajenación, seguido de la tradición.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 16- 1986.

SUPRESIÓN DEL REQUISITO DE LA TRADICIÓN EN EL N.C.C. p/ ADQUIRIR LA PROPIEDAD

Al respecto el art. 1966 expresa claramente “ADQUIERERESE LA PROPIEDAD DE BIENES INMUEBLES por: a) Contrato; b) Acceso; c) Usucapión y d) Sucesión hereditaria”. Asimismo, el art. 1968 dice en su primera parte “La propiedad de bienes inmuebles se transmite POR CONTRATO...”. Cabe consignar, que normalmente un contrato se perfecciona existiendo estos dos requisitos LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN que establecen dos o más personas sea verbalmente o por escrito. El N.C.C. estipula en el art. 715: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que está expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas”, y el art. 716 in fine, concluye: “...Que el contrato produce efecto (o sea se perfecciona) entre las partes desde que el consentimiento se haya manifestado legítimamente”. Pongamos como ejemplo una escritura de compraventa de un inmueble, en el cual se suele transcribir el siguiente texto: “...Enterados los comparecientes (o el adquirente) de los términos de la presente escritura, manifiestan su conformidad y aceptación en todas sus partes...” esto implica –conforme al nuevo texto legal- que la aceptación inmediata, y por consiguiente el acto jurídico quedó perfeccionado al suscribirse la escritura de transmisión de dominio.

Para el N.C.C. lo fundamental es el CONSENTIMIENTO o acuerdo de partes, haya o no tradición, lo cual significa: Que si se estipula en el contrato de venta: que el comprador adquiere el dominio (o propiedad) desde el momento que da su conformidad al firmarse el contrato: PASA A SER PROPIETARIO LEGÍTIMO del inmueble, sin que sea necesario el requisito de LA TRADICIÓN; y si por ejemplo, se estipula en el contrato: Que la compraventa solo se perfeccionará cumplido el requisito de la tradición, es fundamental la entrega material del inmueble al adquirente. Como se puede colegir, los actos jurídicos de esta naturaleza se rigen por LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, libertad de pactar y una vez convenido

“ELLAS OBLIGAN A LO QUE ESTÁ EXPRESADO” (Art. 715 in fine).

OTROS COMENTARIOS SOBRE EL TEMA DE LA TRADICIÓN

a) **CONCLUSIÓN DEL PANEL. N° 5** (Del simposio organizado por la Corte Suprema de Justicia) (año 1986) (citado en la pág. 736 del Libro Código Civ. Coment. Del Dr. Pangrazio)-**SUPRESIÓN DE LA TRADICIÓN COMO REQUISITO PARA LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS REALES.**

La tradición ya no es requisito para perfeccionar la transmisión de los derechos reales como lo era en el Código de Vélez y también en el Anteproyecto del Profesor De Gásperi. En ese sentido, el nuevo Código Civil sigue la orientación del Código Civil Francés de 1804 y se aparta de la línea romanista del Código de Vélez y del Anteproyecto de De Gásperi. Los artículos 716, 1966 y 1968, son los que determinan la supresión de la tradición como requisito para la transmisión de los derechos reales.

b) **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL N.C.C. EN LA CAMARA DE DIPUTADOS** – Presentadas por el Dr. Martínez Miltos (Transcriptos en el APÉNDICE II (Pág. 104-105 del Libro Cód. Civ. Edición de la Corte Suprema de Justicia).

“...Con las excepciones citadas, se mantiene la regla fundamental de que **EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES**, cuya trascendencia es indudable. Y en materia contractual hay una innovación importante, que guarda también relación con los derechos reales: **LA TRADICIÓN** no es ya un requisito para la adquisición del dominio y otros derechos reales. La transmisión del derecho se produce en virtud del mero consentimiento de los contratantes. Se otorga así eficacia decisiva al poder de la voluntad manifestada en un contrato válido y se abandona el requisito de **LA TRADICIÓN**, esencial en el Derecho Romano y en los ordenamientos jurídicos ins-

pirados en este. En el contrato de compraventa, por ejemplo, la convención no se limita a crear obligaciones, SINO QUE TRANSMITE EL DOMINIO DE LA COSA VENDIDA.



De los Hechos y Actos Jurídicos

Director: Exc. Pco. Carlos A. Alfieri¹

Con el singular aporte de estudiosos de las ciencias jurídicas, de Magistrados, de Abogados y, muy especialmente del gremio de Notarios –porque este Panel N° 3 reunió la mayor cantidad de fedatarios entendiendo que estas jornadas constituyen una primera mirada al texto legal a incorporarse en el ordenamiento positivo, se ha cubierto el análisis de casi todas las disposiciones relativas a los HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS, que corresponden al Libro Segundo, Título I.

Nos ajustamos a las pautas fijadas por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de potenciar al máximo nuestra faena, con entusiasmo y empeño, de manera que al final contabilicemos una labor intelectual fecunda y seria. Por encima de todas las observaciones, se ha llegado a la conclusión que en líneas generaes, siempre dentro del Capítulo de HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS, se han simplificado las normas, recogiendo las conclusiones positivas de la doctrina y de los proyectos de Bibiloni y del Anteproyecto Argentino del 36. Quizá no sea aconsejable aún dar posiciones definitivas sobre las bondades o deficiencias apuntadas en la materia examinada. No obstante ello, existen puntos de total coincidencia entre los panelistas respecto de algunas normas que necesariamente deben ser reconsideradas para lograr que el nuevo instrumento legal se convierta realmente en un medio eficaz de regulación jurídica. Se ha enfocado el tema de las nulidades con la debida atención, arribándose, en principio a la conclusión de que el tema ha sido simplificado en nuestro Código, en razón de la supresión de la antigua clasificación de nulidades absolutas y relativas, dejándolas en nulos y anulables.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 16- 1986.

Posteriormente, sin embargo, ese criterio fue decreciendo anotándose algunas discrepancias con las bondades de la clasificación establecida en el Código, muy especialmente en lo relativo a la nulidad de las Escrituras Públicas.

Se ha podido constatar la aparición de nuevas causas de nulidad de las escrituras. Así, el omitir consignar la fe de conocimiento, el omitir consignar que el fedante ha recibido personalmente la manifestación de los otorgantes, el omitir que el escribano haya leído la escritura a los contratantes y testigos, la constancia de haber presenciado las entregas que, según la escritura, se hubieren hecho en el acto.

Estas causales hasta hoy están contenidas entre los deberes del Notario. De ahí que el documento notarial puede verse expuesto a situaciones de invalidez sumamente perjudiciales para las partes contratantes.

Conviene tener en cuenta que además de profesionales universitarios ejercitan la fe notarial jueces de paz, que muchas veces carecen de la suficiente idoneidad para alcanzar la plena comprensión de las exigencias que deben observarse para la validez del documento notarial.

Y las cosas empeoran, observando que el margen para confirmación de los documentos notariales es muy escaso, pues solamente pueden confirmarse los actos ANULABLES. No pueden confirmarse los NULOS. Y se ha señalado que entre estos han sido incluidas causales que, indiscutiblemente, no justifican tan grave sanción al instrumento. Lo aconsejable sería mantenerlos entre los deberes del Notario. O, en última instancia, sancionarlos con la pena de la anulabilidad lo que daría margen a su confirmación.

Se ha observado, en cuanto a los instrumentos privados, que han dejado de lado la posibilidad de la intervención en tales tipos de instrumentos de personas que no sepan o no puedan firmar, pues los instrumentos privados al exigir como requisito esencial de validez la

firma del otorgante, impide que se suscriba a ruego o que se deje la impresión digital.

El punto que ha despertado la atención de los panelistas es lo relativo a los Instrumentos Públicos, específicamente las Escrituras Públicas.

Interesantes y fructíferos fueron los debates que sobre el tema se han suscitado en el panel.

Se ha tenido la presencia y la intervención permanente de Notarios de todo el país. Una de las charlas estuvo a cargo de la Escribana de Villarrica, Gladys C. Talavera de Ayala.

De todo ello se advierte que se han expuesto argumentos que merecen consideración y llaman a la reflexión, en el sentido de desembocar en la ley de los documentos notariales que reúna en un solo cuerpo legal y en el apoyo de las modernas conclusiones del derecho notarial, todo lo que haga relación con la labor del Notario Público en la elaboración de los documentos notariales que aparte de las Escrituras Públicas comprenden las actas notariales, los cargos judiciales, las notas protocolares y extra protocolares, las certificaciones de firmas y certificaciones fundamentales de instrumentos públicos, nueva creación atendiendo al Inc. h) del Art. 375 del nuevo Código.

Hemos creído oportuno también indicar que el capítulo referido a Escrituras Públicas sea reconsiderado. Entendemos que en su elaboración deben intervenir, en forma inexcusable, el Colegio de Escribanos del Paraguay y el Instituto de Derecho Notarial, a fin de aportar ideas tendientes a la clarificación de términos que en algunos casos son impropios y, fundamentalmente, de volcar en el cuerpo legal la vivencia de sus diarias experiencias en el ejercicio de la función notarial.

Oportunamente se elaborarán las conclusiones finales, donde se anotará algunas imperfecciones de redacción y donde se sugerirá de una inmediata interpretación, como por ejemplo, el sistema que

debe regir para la corrección de la escritura pública, pues al disponer el inciso b) del Art. 378 que los instrumentos públicos son anulables siempre que no se salvasen antes de las firmas las enmiendas, entrelíneas y demás correcciones.

También esta Panel recomienda el examen minucioso del Art. 2810, respecto de las derogaciones, en función a posibilidad de considerar derogadas una ley explícita o implícitamente, tal como lo apuntaba el Art. 7°.

Finalmente repetimos aquí lo expresado por Felipe Osterling P. en el acto de la presentación del nuevo Código Civil Peruano: “Los tiempos cambian y las instituciones jurídicas tienen que remozarse. Es por ello que un anhelo de justicia determina la necesidad del cambio. He aquí un caso típico en que es necesario cambiar para progresar”.



Conferencia dictada en el seminario sobre Derecho Procesal Civil que organiza la Corte Suprema de Justicia

Prof. Dr. Juan Carlos Mendonca¹

La Excma. Corte Suprema de Justicia, y en especial su ilustre Presidente, Prof. Luis María Argaña, ha querido que yo iniciase este ciclo de conferencias sobre el “Anteproyecto de Código Procesal Civil”, en mi carácter de autor del Anteproyecto que sirvió de base a la Comisión Nacional de Codificación. Por eso el objeto declarado de esta primera conferencia se relaciona con la filosofía que inspira el Proyecto y con los principios directores en los cuales se asienta; ya que el más indicado para hablar de esos temas parece ser quien tuvo a su cargo la concepción y autoría de la obra básica.

Creo innecesario decir que tal labor puede hacerse en una frase, que por generalizar mucho nada diría, o en centenares de páginas, que por particularizar excesivamente, dejará un saldo confuso.

Razón por la cual he escogido una actitud intermedia para el desarrollo de esta charla, que espero satisfaga su finalidad. En la certidumbre, sin embargo, de que reclamaré del auditorio mayor paciencia de aquella que podría considerarse razonable. Estimo que la cuestión lo justifica, ya que, si acaso se convirtiera en ley el Anteproyecto, sería un instrumento de uso diario, indispensable e importantísimo para la justicia.

No quiero entrar en materia sin antes agradecer a la Excma. Corte Suprema, el honor de ocupar esta tribuna; como tampoco sin dejar manifiesta mi admiración por la iniciativa que hoy empieza a

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 18-1987.

concretarse; la que, juntamente con otras anteriores, deja inequívocamente sentado el espíritu científico y académico que caracteriza a nuestro más alto Tribunal y el superior interés que tiene por todo lo que es relevante en la vida jurídica de nuestra patria.

La oportunidad del Seminario no requiere ser destacada, porque él viene a realizarse antes de que el Parlamento Nacional estudie el Anteproyecto, dando así ocasión de que aquél tenga presentes las sugerencias que puedan hacerse, para ampliarlo, enmendarlo o mejorarlo. Pues si bien el Anteproyecto ha sido calificado como “joya legislativa” por uno de nuestros juristas más conspicuos y como “excelente”, entre otros, por un procesalista de la talla del Profesor Adolfo Alvarado Velloso, en su reciente libro “EL JUEZ. SUS FACULTADES Y DEBERES”, publicado en 1982, y quien ha lamentado que ya no estuviera en vigencia, como toda obra humana no solo es seguro que padece errores sino, además, que es susceptible de perfeccionamiento. Siquiera sea porque pueden darse puntos de vistas diferentes sobre una misma institución, aunque no necesariamente equivocados.

Acaso valga la pena recordar que -debido a que el destino y la vocación así lo quisieron- profesé como abogado durante 23 años y ejercí como juez durante 10, llevando simultáneamente 22 en el desempeño de la cátedra de Derecho Procesal. Lo que me ha permitido usar la experiencia que dan las tres perspectivas desde las cuales puede verse un código de esta naturaleza: la del profesional, la del magistrado y la del docente; disminuyendo, a mi criterio, el riesgo de una visión parcializada, por un lado, y el peligro de una concepción muy pragmática o muy teórica del proceso, por otro lado.

Lo cual está dicho solamente para significar, como introducción definitoria, que el Anteproyecto trata de representar un equilibrio entre las necesidades reales y los requerimientos de la ciencia, y un acuerdo entre los intereses de los litigantes y las funciones del juez. Que, quizás, resumen desde ya su filosofía. Pretende, en fin, lograr una colaboración leal entre los particulares y el Estado, para que este cumpla de la mejor manera su promesa de justicia.

SISTEMA DE LEGALIDAD Y JUEZ DE DERECHO

Prescribe nuestra Constitución Nacional en su art. 61 que “nadie podrá hacerse justicia por sí mismo, ni reclamar su derecho por la violencia”. Al prohibir así el Estado la autodefensa del derecho, se obliga a tutelarlos si este es violado, y, lo que es más, al asumir el monopolio de la jurisdicción, prometiendo amparar el derecho en caso de violación, en el fondo también asume el deber de formular el derecho, en el sentido de crearlo, de establecerlo, porque los particulares no podrían saber cuándo estarían facultados para recurrir al órgano jurisdiccional en demanda de tutela, si el derecho no estuviese preestablecido. En definitiva, si supieran cuáles son sus derechos. Conocerlos sería un juego de adivinanza enteramente irracional. Lo que hace que en el Estado moderno el legislador sea anterior al juez, o, dicho con otras palabras, que la ley sea anterior a la sentencia, y esta sea la aplicación de aquélla.

Es evidente que en esto hay una hipérbole, en dado históricamente un cuanto se derechos, cuando en realidad lo crea principalmente para suponer que el Estado crea el orden jurídico para consagrar regular conductas, para emitir mandatos a los cuales deben ajustarse los miembros de la sociedad, so pena de sufrir una sanción. Lo cual, lógicamente, conlleva una necesaria consagración de derechos, pues, aunque sea concebible, no hay ordenamiento jurídico que solo estipulase deberes.

Un Estado donde el derecho no estuviera formulado de antemano, sería con seguridad un Estado arbitrario; nadie sabría a ciencia cierta cuándo realiza un acto lícito o comete un acto ilícito, cuándo será protegido y cuándo será sancionado. Faltaría lo que es básico en la vida de las sociedades y constituye características esenciales del orden jurídico: la certeza, que permite un mínimo de predictibilidad en su aplicación, recurriendo a reglas de razón.

Esta certeza y esta racionalidad, que posibilitan la observancia del derecho por los particulares y hacen predecible su aplicación por

el Poder Judicial, son exigencias que hoy día podemos considerar indispensables en todo sistema jurídico; tanto que, sin ellas, no nos resulta posible concebirlo como tal.

Por eso es que Alf Ross -uno de los más grandes juristas de nuestro tiempo- afirma que la idea de la supremacía del derecho nos hace reaccionar contra la tendencia de Estados totalitarios a autorizar al juez a decidir, dejando de lado todas las reglas establecidas, según la “sana conciencia jurídica el pueblo” o “los intereses del proletariado”, y aun de los Estados democráticos a nombre de la “justicia”, porque nadie podría predecir qué otorgar dicha facultad sería considerado justo por cada juez.

Obviamente, fórmulas como estas aniquilan aquellas condiciones, consagrando la arbitrariedad. Basta, así, una sola norma de esta naturaleza, dentro de un sistema jurídico, para lesión letal a lo que debe entenderse por derecho. Desde una medida tan grande, que sentimos tales normas como una que quede irremediablemente inficionado. Por lo menos en luego sería imposible una ciencia jurídica que mereciera ese nombre, si la jurisdicción -cualquier juez- pudiera dejar de lado las leyes, imponiendo sobre ellas su propio arbitrio, con fundamento en fórmulas tan laxas.

De tal circunstancia deriva el “sistema de legalidad”; el cual está consagrado en nuestro ordenamiento por el llamado principio de la libertad jurídica, según el cual “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”. La ley es, pues, la única que obliga, y lo que no está contemplado por ella, como mandato o como prohibición, no tiene relevancia jurídica. Todo mandato prohibición solo puede derivar de ella y nada más que de ella. Principio enfatizado por el art. 204 de la Constitución, según el cual “toda sentencia judicial estará fundada en esta Constitución y en la ley”; que se ve reforzado, entre otros, por su art. 41 al prescribir: “Las autoridades superiores, los funcionarios y los empleados públicos ajustarán siempre sus actos a las disposiciones de esta Constitución y de las leyes. Ejercerán conforme a ellas las atribuciones de su compe-

tencia...”. El círculo se cierra inexorablemente, no solo por la obligatoriedad de la ley y de su aplicación, sino, además, por la obligatoriedad de su conocimiento, que es una ficción inexcusable merced a la cual nadie puede escapar a su cumplimiento. Así lo prescribe el art. 8° del nuevo Código la línea del anterior Civil, siguiendo la cuando dice: ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento...”.

Y bien: el Anteproyecto de Código Procesal Civil se ajusta estrictamente a este sistema, respetuoso del ordenamiento jurídico general y del constitucional en particular, sobre el cual aquél se asienta. De modo que dispone, en su art. 15, inc. b): “Son deberes de los jueces, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Organización Judicial: fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias, en la Constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y, al principio de congruencia, bajo pena de nulidad”. Artículo este que en su inc. c) le exige, para desvanecer toda duda, “resolver siempre según la ley, sin que le sea permitido juzgar el valor intrínseco o la equidad de ella”. Agregando, en su párrafo final, que “la infracción de estos deberes causará la nulidad de las resoluciones y actuaciones”. El juez debe, consiguientemente, juzgar según la ley, y le está vedado en forma absoluta juzgar la ley. Si opta, pues, por el fallo “secundum im” y se rechaza el de “bono et aliquo”.

Es más: el artículo siguiente prescribe: “El incumplimiento de los deberes o el ejercicio irregular de las facultades que las leyes imponen u otorgan a los jueces, los hará incurrir en responsabilidad civil. La cosa juzgada o la preclusión no obstan a la demanda de responsabilidad”.

Este sistema, por el cual se consagra el principio de legalidad juntamente con el principio del juez de derecho, ha recibido últimamente, en fallos memorables, el apoyo de la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, al introducir la Corte Suprema de Justicia la declaración de inconstitucionalidad por arbitrariedad de las sentencias contrarias a derecho.

Es patente, por tanto, y no hace falta recalcarlo, que el Anteproyecto quiere consagrar el imperio de la ley, la figura del juez de derecho y la eliminación de la arbitrariedad judicial. Desde ya anticipo que las facultades que el Anteproyecto concede al órgano jurisdiccional, bajo ningún concepto atentan o socavan este propósito. Puedo asegurar que se ha puesto mucho cuidado en ello y que allí donde pareció que podía darse cabida al capricho judicial, se la eliminó tajantemente la posibilidad.

En suma, antes que nada, el Anteproyecto está inspirado por el propósito de representar una garantía de la debida aplicación del orden jurídico y de los hombres que viven bajo su amparo, siendo esta una de sus directrices capitales. Lo cual es imposible si el juez no está obligado a la estricta observancia y aplicación de la ley. No se trata de desconfianza hacia él, sino de fidelidad al sistema que nos rige, y que es, sin duda, el más racional y plausible.

PUREZA DE CONTENIDO

El sistema de la legalidad significa, pues, que el Estado establece, para regular la conducta de la comunidad y ejercer su función de administrar justicia, las normas de fondo, materiales, y también las normas instrumentales o procesales. Las que consagran los derechos y las que permiten ampararlos en caso de violación; las que dicen cuáles son los derechos y las que dicen cómo debe procederse para que esos derechos sean protegidos, en caso de que se los lesione. Bajo este aspecto, es obvio que las normas procesales efectivizan la vigencia de los materiales; son, en un sentido constitucional, la garantía de los derechos.

Así, pues, el sistema de la legalidad se presenta bajo dos aspectos necesariamente complementarios: el Estado asume la responsabilidad de formular el sistema de normas jurídicas con el objeto de que los particulares sepan a qué atenerse, conozcan cuál es la conducta que deben observar, tanto para no incurrir en violación del derecho, como para lograr la protección del derecho; tanto para conocer cuáles son sus derechos, como para conocer la forma de ampararlos;

tanto para saber qué protección pueden esperar, como para saber qué sanción pueden recibir.

El Anteproyecto ha tenido cuidadosamente en cuenta esta distinción para no invadir la esfera de competencia de las leyes materiales, usurpando temas que le pertenecen en exclusividad. Para ello ha aplicado con máximo rigor del criterio técnico mediante el cual se las distingue.

Al efecto, y para lograr esa mayor pureza de contenido, no se partió de la estructura lógica de la norma procesal, porque desde este punto de vista puede afirmarse que la estructura de ambos tipos de normas no difiere, desde que asumen la forma de un juicio hipotético o condicional. La norma material dice: “Si A es deudor de B, entonces deberá pagarle”. La norma procesal dice: “Si A promueve una demanda contra B, entonces deberá corrersele traslado de la misma”.

La diferencia entre unas y otras está dada por su distinto contenido y finalidad. En cuanto a su contenido, las normas procesales son aquellas que organizan los tribunales y su competencia, y regulan la conducta de las partes, del juez y de los terceros en el proceso. En cuanto su finalidad, puede decirse que persiguen, directa o indirectamente, hacer efectivas las consecuencias jurídicas previstas en normas, dentro de la relación creada por el proceso. Las normas materiales son coercibles, las procesales son coercitivas; las primeras pueden ser coercidas, las segundas coaccionan.

El Anteproyecto ha sido concebido con plena conciencia de que la norma material imputa una consecuencia a la condición (Si A es deudor de B (condición), entonces debe pagarle (consecuencia); la norma procesal hace efectiva esa consecuencia imputada a la condición por la norma material). Pero es fácil advertir que el fenómeno es más complejo de lo que parece, porque no basta una sola norma procesal para hacer efectiva esa consecuencia. En una sociedad jurídicamente organizada, en la que se prohíbe de modo absoluto la autotutela del derecho, para lograr esa coactividad deben cumplirse determinadas conductas también establecidas por normas. Si el deudor

debe pagar su deuda y no lo hace, entonces el acreedor debe promover acción para que, a través del proceso, la jurisdicción obligue al deudor a hacer efectivo el pago. Viendo más de cerca el fenómeno se pone de manifiesto que hay normas que regulan el ejercicio acción, normas que regulan el ejercicio de la jurisdicción y normas que regulan el desarrollo del proceso. De manera que lograr la ejecución forzada de bienes -en el ejemplo utilizado-, para que el deudor pague, requiere el cumplimiento de un complejo múltiple de normas procesales. Lo cual se repite en todos los casos en que hay que acatar la voluntad normas procesales funcionan complejamente y de modo plural norma material. En otros términos, las normas procesales funcionan complejamente y de modo plural para que se haga efectiva la voluntad de la ley dentro de la relación creada por el proceso.

Por esta razón el Anteproyecto se funda en la mejor regulación posible de los tres institutos básicos del derecho procesal: la jurisdicción, la acción y el proceso, procurando, en todos los casos, el más armónico ensamblaje de los mismos, para que cada uno cumpla, con la mayor eficacia equilibrio, su finalidad específica.

Con ese objeto inclusive ha tenido el cuidado riguroso de no incorporar normas que corresponden a lo que se denomina técnicamente la parte “estática” del derecho procesal; o sea a la organización de los tribunales y su competencia, que es materia que pertenece al Código de Organización Judicial. De manera que no se encontrará en el Anteproyecto normas materiales ni normas de estática procesal, sino exclusivamente normas pertenecientes a la parte procesal “dinámica”, evitándose el fenómeno anómalo que teníamos -y que todavía tenemos- de normas que regulan simultáneamente la misma cuestión en el código de procedimientos, en de procedimientos, en las leyes de fondo y en el Cód. de Organización Judicial. El Anteproyecto se armoniza con estos, pero no repite ni usurpa su contenido.

INICIATIVA PÚBLICA Y PRIVADA PARA LA OBSERVANCIA DEL DERECHO

Normalmente los hombres observan el derecho, porque esta es la vocación profunda del ser humano: actuar conforme a cánones e ideales de razón, de acuerdo a un orden social e institucional que se halla en concordancia con ciertas valoraciones de su tiempo y de su comunidad, en respuesta a la necesidad fundamenta de convivir dentro de ella. Lo que podría traducirse en los ideales de justicia vigentes. Los hombres viven dentro de un clima jurídico y lo común es que se conduzcan conformándose a él. La norma jurídica es una regla de conducta, pero no arbitraria o absurda, sino racional y adecuada a la naturaleza humana, propia del tiempo y de las circunstancias para las cuales se emite. Siendo las normas jurídicas reglas establecidas en función del deber de conducta que los hombres reconocen espontáneamente para con sus semejantes, ordinariamente no se violan esas normas. El principio, es, pues, el de la observancia espontánea del derecho. El caso de excepción, patológico, es el de la violación de la norma jurídica. Pero esto puede ocurrir. De hecho, la experiencia enseña que ocurre. Y para este caso existe la jurisdicción; solo para el caso de inobservancia del derecho.

Sin embargo, aun cuando haya inobservancia del derecho, regularmente el Estado espera la solicitud del particular para intervenir; deja que el afectado en cuyo interés está dado el derecho, decida pedir el amparo que le ofrece. Tal es el principio de iniciativa privada, según el cual el órgano jurisdiccional no interviene sino a petición de parte.

Frente al principio de iniciativa privada, o a su lado, está el principio de oficiosidad. De acuerdo con el primero, los órganos jurisdiccionales solo se mueven a solicitud de la parte interesada para dar a cada uno lo suyo, en caso de violación de una norma jurídica. De acuerdo con el segundo, actúan espontáneamente; y ello ocurre cuando hay violación de una norma jurídica de tal gravedad, que se justifica, a juicio del Estado, que no aguarde la petición privada. En

el primer caso, hay predominantemente un interés particular afectado; en el segundo, predominantemente un interés de orden público afectado.

El Anteproyecto de Código Procesal Civil está regido por el principio de iniciativa privada; o sea que el Estado siempre deberá aguardar que el particular solicite la tutela jurídica para mover el aparato jurisdiccional. Su art. 101 prescribe expresamente: “Petición de tutela jurisdiccional. Ningún juez dará tutela jurisdiccional sino cuando parte interesada lo requiriere, en los casos y formas legales”. Ello debe ser así porque los casos en que se aplica el derecho procesal civil son aquéllos en que está afectado el interés privado. Y el Estado ha de ser respetuoso de la libertad individual; ha de dejar que el particular decida sobre sus propios intereses, al no verse lesionado el orden público, la moral o las buenas costumbres. A la inversa, cuando estos se ven lesionados, no debe aguardar petición alguna; como ocurre con el derecho procesal penal. No hay necesidad de ver ahora, cuándo no lo hace en casos penales; como no hay necesidad de ver ahora, cuando lo hace en casos civiles.

Así es como el Anteproyecto rechaza claramente, erigiendo este rechazo en principio rector, la penalización del proceso civil. Su aspecto publicístico, atentamente meditado, solo puede verse a través del aumento imprescindible de algunas facultades del órgano jurisdiccional, que la prudencia hizo que fuera mitigado por su sujeción a la ley; que no le permite convertirse en amo del proceso, sino solamente en su director, como lo tiene consagrado la moderna ciencia procesal.

DEFENSA Y CELERIDAD

Nuestra Constitución Nacional prescribe en su art. 62 que “la defensa en juicio de la persona y de los derechos es inviolable”, consagrando, así, uno de los más peraltados derechos, al más alto nivel del ordenamiento jurídico. El cual se halla estrechísimamente ligado al llamado “debido proceso legal”; desde que un juicio en el cual se

violara aquél derecho estaría irremediablemente afectado por inconstitucionalidad. Es a la ley procesal -que regula los juicios- a la que corresponde materializarlo, dándole vida efectiva de manera que este principio se convirtió en una de las directrices básicas del Anteproyecto.

El derecho de defensa tiene su materialización en el proceso a través de dos principios que le gobiernan: el de bilateralidad y el de igualdad, que pueden ser aniquilados directamente por la ley o indirectamente por facultades que aquélla conceda al órgano jurisdiccional. Directamente por la ley, cuando ella limita las defensas de modo tal que las hace ilusorias; indirectamente, a través de facultades que ella ha establecido a favor del órgano jurisdiccional, que también permitan su cercenamiento haciéndolas igualmente ilusorias.

El Anteproyecto ha sido elaborado de modo tal que ninguna de las dos cosas puede ocurrir. La bilateralidad rige todo el cuerpo legal, asegurando que cada acto tenga la posibilidad de su contra-acto. La demanda debe necesariamente dar lugar a la posibilidad de su contestación, al igual que la reconvención; la promoción del incidente o de la excepción, exige su traslado; la fundamentación de los recursos, obligará a que se asegure la oportunidad de su réplica, y así en todos los casos concretos. Por lo demás, ninguna facultad está concebida al juez que le autorice a eliminar o disminuir esa bilateralidad consagrada por la ley, previniéndose, para el caso de que ello ocurra, los mecanismos efectivos de corrección, merced a los recursos instituidos y a las nulidades. La bilateralidad, por su carácter complejo, es un principio que se infiere de toda la economía del Anteproyecto.

La igualdad, que básicamente consiste en que todos los litigantes tengan las mismas oportunidades para realizar actos procesales, en las mismas condiciones, está inclusive expresamente consagrada y convertida la obligatoriedad de su vigencia en un deber del órgano jurisdiccional. El art. 15 del Anteproyecto, en su inc. f), número 3), dispone: "Son deberes de los jueces, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Organización Judicial: mantener la igualdad de las par-

tes en el proceso”. Este principio se incursa también a través de múltiples disposiciones dentro del sistema del proceso, y es obvio que no solo no se faculta al órgano jurisdiccional a anularlo, disminuirlo o malograrlo, sino que se le obliga a “mantenerlo”.

Sin embargo, consagrado el derecho de defensa de modo absoluto, fundamentalmente a través de los dos principios indicados, el Anteproyecto se plantea la necesidad de que ese derecho haga fracasar la celeridad del proceso, en atención al ideal de la justicia rápida y al hecho reconocido de que en la mayoría de los casos la justicia tardía deja de ser justicia, o pierde gran parte de su contenido.

Era, pues, necesario compatibilizar esos ideales, haciendo que el uno no sacrificase al otro, y el Anteproyecto se propuso conseguirlo -estimamos que con buen éxito-.

En un proceso de tipo estrictamente privatístico -como puede decirse- sé que es el que nos rige hoy día, la celeridad depende casi exclusivamente de la actividad de las partes, permitiendo que baste la mala fe de una sola de ellas para que cualquier proceso se dilate de modo impredecible. La experiencia centenaria que tenemos, muestra claramente la necesidad de corregir ese virio, recurriendo al otro modo de imprimir celeridad a la tramitación procesal, como es el de aumentar las facultades de los jueces en tal sentido, “respetando el derecho de las partes o de terceros”, según expresa el art. 18, inc. b) del Anteproyecto. Lo que se hizo, principalmente a través de los deberes que se le imponen y de las facultades ordenatorias e instructorias que se le conceden.

Teniendo en cuenta, empero, que estas facultades podrían representar un peligro, por ser abusivamente utilizadas, el Anteproyecto prefirió mantenerlas dentro de límites sumamente circunspectos, casi todos vinculados con el principio de concentración.

En virtud de ello decidió recurrir al tercer medio conocido para asegurar la celeridad procesal, dado por la propia ley. Así estableció en su art. 145, relativo a los plazos procesales: “Carácter. Los plazos legales y judiciales son perentorios e improrrogables para las partes”.

Agregando que “vencido un plazo procesal, el juez dictará la resolución que corresponda”. Esta regla, además, fue extendida a los funcionarios públicos por el art. 151, que dispone: “El ministerio Público y los funcionarios que a cualquier título intervinieren en el proceso, estarán sometidos a las reglas precedentes, debiendo expedirse o ejercer sus derechos dentro de los plazos fijados”.

Disposiciones que, para su mayor eficacia, fueron fortalecidas por el art. 103, que consagra expresamente el principio de preclusión. En efecto, este dispone: “Clausurada una etapa procesal, no es posible renovarla, aunque haya acuerdo de partes. Por la cosa juzgada se opera la preclusión del proceso”.

Este tercer medio, que hace que los plazos decaigan o fenezcan de pleno derecho, sin posibilidad de prórrogas, y que no pueda ser renovada una etapa procesal preclusa, es, a nuestro juicio, el más insospechable y neutral de todos, porque se afirma en la garantía de la absoluta imparcialidad de la ley, rigiendo para todos los intervinientes por igual.

Se da, por tanto, que el Anteproyecto promueve la celeridad de los juicios utilizando para el efecto los tres medios procesalmente conocidos: por iniciativa de las propias partes, por iniciativa del juez y por imperio de la ley misma. Este último, posiblemente, el más eficaz y el más incuestionable.

Amén de ello, el Anteproyecto utiliza otros recursos, como ser la reducción de algunos plazos -v. gr. el de la caducidad de la instancia, que rebaja de dos años a seis meses-, y la imposición de la buena fe y el ejercicio regular de los derechos como deberes de las partes. Los que, previamente caracterizados, sanciona cuando son objeto de violación. El Anteproyecto puede exhibir de este modo, como conquista sobresaliente, la sanción de la mala fe y del ejercicio abusivo del derecho en materia procesal, procurando desterrar los más frecuentes vicios que desmedran nuestro proceso.

Las enunciadas se encuentran, quizás, entre las directrices más importantes del Anteproyecto, convirtiéndose casi en divisas del mismo.

ORALIDAD Y ESCRITURA

No creemos que sea esta la ocasión de exponer los argumentos en pro y en contra del proceso civil oral o escrito, que sería, por lo demás, caer en una vieja polémica en que se ha concluido que tanto la aplicación pura del principio de la oralidad como del principio de la escritura no tiene la virtud de traer, por sí misma, la verdad y la justicia al proceso. Alternativamente una y otra forma procesal ha predominado históricamente sobre la otra, y así la una ha sucedido a su contraria en las reformas derecho romano y del alemán. Hay todavía, sin duda, quienes reformas procesales del son acérrimos partidarios de un sistema y consecuentemente acérrimos enemigos del otro, y copiosa es la literatura que existe al respecto; como hay quienes después de las últimas experiencias se ha pasado al bando contrario.

Para ubicar científica y legislativamente nuestra reforma en el momento que vivimos, conviene decir, sin embargo, que la oralidad tuvo a fin de siglo su triunfo legislativo, que culminó con la promulgación del código austríaco (1895), proyectado y defendido largamente por Francisco Klein, y en tiempos más recientes con la promulgación del código brasileño de 1939, proyectado por Pedro Batista Martins, y el código italiano de 1940, ambos de gran nombradía y reconocido valor científico. La ha defendido con pasión de apóstol Giuseppe Chiovenda, que la consagró en su Proyecto de 1920, juntamente con el principio de “concentración”, que convirtió en las divisas de la reforma procesal civil. Su tradición fue seguida por su eminente discípulo Piero Calamandrei. Simultáneamente, sin embargo, procesalistas de la nueva escuela, con la talla de Redenti, se mostraron antioralistas, como lo prueba su Proyecto de 1936, y entre nosotros, los americanos, Podetti, Oderigo y Alsina, quien declaró en carta di-

rigida en 1938 a Vélez Mariconde: “No soy partidario del procedimiento oral en materia civil, cuyas deficiencias he comprobado recientemente en algunos tribunales europeos”. Carnelutti, en cambio, auspició un oralismo menos acentuado, que llevó a su Proyecto de 1926, y Couture trató de combinar ambos sistemas en su Proyecto de 1945, declarando que “en tanto la actividad de la propaganda en favor del proceso oral crece cada día, la opinión general parece mantenerse escéptica al respecto”. Proclamó, consecuentemente, como fórmula de transacción -reconociendo bondades a uno y otro sistema- que la conducta del legislador debe ser aconsejada por el buen sentido: “implantar la oralidad para los juicios que reclaman una solución urgente y una comunicación directa del Juez con las partes; y reservar la escritura para aquellos asuntos en los que la reflexión tiene un lugar principal y en los cuales la seguridad de los pasos andados ahorra inútiles esfuerzos y alocadas improvisaciones”. Solución que contó con la aprobación unánime del Congreso de Ciencias Procesales celebrado en Córdoba (Argentina) en 1939, a pesar de ser “eufóricamente oralista”, al decir de Oderigo. Así, su labor fue dirigida a hacer de los pocos juicios orales que consagra su Proyecto, juicios verdaderamente orales, en que la escritura no devora la palabra, y a mantener como esqueleto principal el método escrito. Lo cual es, a nuestro parecer, la solución adecuada y prudente que se impone para el Paraguay tras fundamentales experiencias, como son la del Código brasileño, que tuvo que renunciar, aun manteniendo el método oral, nada menos que “al principio irrecusable de la instancia única”, y la del código italiano, en que la fase instructoria del proceso civil ha tenido que retroceder “cada vez más hacia la forma del proceso escrito, debido a la repugnancia contra la oralidad, en la cual se encuentran de acuerdo abogados y jueces”, según propia declaración de Calamandrei. Así también la experiencia del código de procedimiento en lo criminal de la provincia de Buenos Aires -preparado por Jofré-, en el cual, dándose opción al procesado para que escoja entre el método oral y el escrito, reveló la sorpresa de que optó desde el principio y sigue optando por el último, sin que llegara propiamente a funcionar la oralidad.

Con esta realidad a la vista, y atendiendo a nuestras circunstancias, así como a nuestra tradición y formación jurídicas, consideramos que el nuevo código debe mantener la línea fundamental del viejo, aunque acentúe y garantice la oralidad de ciertos juicios y procedimientos consagrados como tales. Y poner énfasis en ella cuando se trate, principalmente, de instituciones que funcionan en relación directa con el principio de inmediación, como son las referentes a pruebas, o a la vista de las causas en las cuestiones relativas a la defensa de la posesión.

Tal es la línea seguida por el Anteproyecto.

OTROS PRINCIPIOS

Atendiendo a las dimensiones que adquirió esta conferencia, solo me limitaré a citar someramente, sin comentarios, otros principios que consagra el Anteproyecto, aunque ellos son, sin duda, de innegable transcendencia.

1) Principio de adaptación del proceso a la naturaleza de la causa. En virtud del mismo se reconoce que no todas las causas (ejecución forzada -en sus diversas variedades-, desalojo, interdictos, alimentos provisionales, sucesiones, etc.) pueden o deben seguir el mismo trámite procesal. De allí que se les dio uno específico en cada caso, en concordancia con la naturaleza de la relación substancial en juego, procurando que no exista, sin embargo, una excesiva proliferación de juicios distintos, para lograr la máxima simplificación del nuevo Código y un razonable equilibrio impuesto por la necesidad o la conveniencia evidentes.

2) Inmediación. Fue expresamente consagrado por el art. 15, inc. e), como deber del juez, sancionando su incumplimiento con la nulidad. La disposición incluye entre aquellos deberes el de “asistir a las audiencias de prueba y realizar personalmente las diligencias que este Código u otras leyes ponen a su cargo, con excepción de aquéllas en que la delegación estuviere autorizada”.

3) Concentración. El citado art. 15, en su inc. f), número 1) previene también que el juez debe “concentrar, en lo posible en un mismo acto o audiencia, todas las diligencias que sea menester realizar”. Se halla previsto, por lo demás, en otras disposiciones, como ser el art. 252, que, si bien está ubicado dentro del proceso de conocimiento ordinario, es de aplicación general, por tratar la materia de las pruebas. Sobre el particular estatuye: “Fijación y concentración de las audiencias. Las audiencias deberán señalarse dentro del período de prueba y, en lo posible, simultáneamente en ambos cuadernos. Se concentrarán en la misma fecha o en días sucesivos, teniendo en cuenta la naturaleza de las pruebas”.

4) Economía. El mismo art. 15, inc. f), número 2) le crea al juez el deber de “vigilar que en la tramitación de la causa se obtenga la mayor economía procesal”. Principio que además tiene expresiones particulares con relación a distintos institutos, como ser la acumulación objetiva (art. 100) y subjetiva (art. 101) de acciones; la acumulación de procesos (art. 121 y sgtes.); la deducción simultánea de todas las excepciones (art. 223), y otros.

5) El principio de dirección del proceso fue explicitado en el mismo art. 15, inc. f) y tiene también su aplicación en diversas normas del Anteproyecto, debiendo ser ejercido “dentro de los límites expresamente establecidos por este Código”. Con lo cual queda dilucidado por la propia norma que se trata de consagrar la figura del juez “director” y no la del juez “dictador” del proceso, al obligarle a ajustar su intervención dentro de los límites fijados por la ley.

6) Principio según el cual el juez debe pronunciarse necesaria y únicamente, sobre lo que sea objeto de petición. En virtud de la primera parte, el juez no puede absolver el proceso, la instancia o la cuestión incidental, negándose a dictar resolución bajo alegación alguna, sea la laguna, la insuficiencia o la obscuridad de la ley. En virtud de la segunda parte, el juez no puede dictar un fallo “ultra” o “extra petita”, sino que debe resolver exclusivamente sobre lo que hubiese sido objeto de petición. Principios con los cuales se halla en

armonía el de congruencia, sentado por el art. 15, inc. b), que parte de la base de que la sentencia debe responder a los términos en que quedó trabada la litis y de que, siendo un silogismo, su conclusión debe estar conforme con sus premisas, es decir, con la norma aplicable y con los hechos demostrados.

7) Principio de intangibilidad de la cosa juzgada. Tal principio está implícito en el sistema del Anteproyecto, sobre todo en la regulación de los medios de impugnación; pero además se encuentra explícito en el art. 103, que consagra la preclusión y prescribe imperativamente: “Clausurada una etapa procesal, no es posible renovarla, aunque haya acuerdo de partes. Por la cosa juzgada se opera la preclusión del proceso”. Por otra parte, se lo ve emerger definidamente del art. 114, que prescribe que las “nulidades quedan subsanadas... por la cosa juzgada, aun en los casos en que la nulidad afecte al orden público”. Es legítimo sostener dentro de una interpretación amplia, como debe ser la constitucional, que el art. 64 de la Constitución lo afirma, al disponer que “nadie puede ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiera sido juzgado anteriormente”. Entre las excepciones previstas por el Anteproyecto en su art. 204, figura expresamente “la cosa juzgada” en el proceso de conocimiento ordinario, y lo mismo ocurre en el proceso de ejecución, al ser incorporada como excepción oponible.

El instituto de la cosa juzgada no es el resultado de una ligera innovación legislativa, sino el producto de cientos de años de experiencia jurídica, elaborada por los pueblos más civilizados. Es la garantía de la paz y del orden, del progreso y de los derechos subjetivos; el freno a la arbitrariedad y a la anarquía y quizás la más efectiva protección jurídica que puede obtener el hombre por parte del Estado. Por eso al elaborarse el Anteproyecto no se puso la preocupación en buscar los medios para aniquilarla o debilitarla -como hubiera sido admitir la acción o el incidente de nulidad contra sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada-, sino en perfeccionar los mecanismos del proceso para que sirva cada vez mejor a la justicia, de

manera que no pueda ser usado con fines fraudulentos, encaminados a provocar la indefensión.

CONSIDERACIÓN FINAL

Esta exposición patentiza que para comprender acabadamente la reforma no basta atender solo a los factores que la acompañan (históricos, doctrinales y legislativos) sino que es imprescindible encuadrarla en el régimen constitucional en vigor en el Paraguay. Este régimen tiene que servir como marco necesario al nuevo Código, que deberá reforzar, en lo posible, algunos principios supremos como son la imparcialidad e independencia de la justicia, la amplia libertad de defensa mediante la tutela jurisdiccional de los derechos individuales y la función reguladora de la ley. Por lo que habrá de llevarse hasta su límite máximo los institutos procesales que garantizan la subsistencia democrática del ordenamiento civil, en consonancia con nuestro orden institucional.

Para comprender la reforma del derecho procesal paraguayo también habrá que tener en cuenta que al proyectarla se ha atendido muy objetivamente a nuestras condiciones de vida y, principalmente, a la calidad de nuestros profesionales y de nuestra magistratura judicial, como a las circunstancias que rodean su desenvolvimiento. Pues tal reforma no es solo una cuestión teórica, y toda innovación debe ser bien medida en un país donde la aplicación del derecho civil y comercial está en manos de unos pocos jueces unipersonales de primera instancia y todavía menos tribunales colegiados de alzada. Ninguna reforma es buena abstractamente, por puro virtuosismo dogmático, sino de acuerdo con las necesidades vivas del derecho. Ninguna reforma es útil para siempre y para toda sociedad, desde que, indudablemente, la relación en que se encuentran libertad y autoridad, ley y magistratura judicial, abogados y derecho cambia de tiempo en tiempo y de sociedad a sociedad.

Creemos, con plena convicción, que la reforma proyectada es aceptable por nuestro país indiscutiblemente necesaria.

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Además, y aunque sea dicho por parte comprometida, creemos que es realmente buena.

Muchas gracias.

Asunción, 10 de Marzo de 1987



Procedimiento en la Convocación de Acreedores

Carlos Camp Ausina

Julio Blas Noe¹

CONVOCACIÓN DE ACREEDORES Cuadro Sinóptico:

A- SOLICITUD DEL DEUDOR

ART. 10

- 1) Causas de su insolvencia.
- 2) Balance general, con cuadro demostrativo de pérdidas y ganancias.
- 3) Nómina de acreedores.
- 4) Inventario de bienes.
- 5) Nómina de Socios (en la sociedad de responsabilidad ilimitada)
- 6) Poner a disposición libros y papeles.
- 7) Certificado del Registro General de Quiebras.
- 8) Inscripción en el Registro Público de Comercio.
- 9) Autorización de los socios o accionistas.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 18-1987.

B-AUTO DE APERTURA:

ART. 11

Disposiciones:

- 1) Designación del Síndico.
- 2) Determinación si es o no comerciante.
- 3) Plazo de verificación de créditos (no mayor de 40 días ni menor de 20 días).
- 4) Comunicación al Registro General de Quiebras.
- 5) Intervención del Ministerio Público.
- 6) Publicación de edictos.

C-PUBLICACIÓN:

ART. 19

En un diario de gran circulación de la Capital por 5 veces.

D-EFECTOS JURÍDICOS DE LA APERTURA:

ARTS. 21 AL 31

- 1) El deudor conserva la libre administración de sus bienes.

Restricciones: actos a título gratuito, hipoteca, prenda, anticresis y cualesquiera otros que alteren la situación de sus acreedores.

- 2) Inventario de bienes por el Síndico: Investigación sobre libros y papeles, vigilancia sobre las operaciones. Art. 22.

- 3) Suspensión de pedido de quiebra formulado por acreedores. Art. 25.

- 4) Suspensión de ejecuciones individuales, con excepción de los créditos con garantía real o del trabajador. Art. 26.

5) Vencimiento anticipado de las obligaciones del deudor, con descuento de intereses. Art. 27.

6) Desaparece la condición en los créditos con condición resolutoria. Art. 28.

7) Suspensión de la prescripción de los créditos, por auto de apertura y la interrupción de la prescripción por el pedido de verificación del crédito. Art. 29.

8) Ejercicio de las acciones de separación y restitución. Art. 30.

9) Concurrencia del acreedor en los juicios de sus coobligados. Art. 31.

E-VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS

ARTS. 32 AL 38

1) Todos los acreedores, inclusive los que tuviesen garantía real o con privilegios, excepto los derechos de los trabajadores, están obligados a presentarse en juicio a hacer verificar sus créditos. Art. 32.

2) Para todas las actuaciones, si no intervinieren personalmente los acreedores podrán hacerse representar por profesionales matriculados, a través de una simple Carta-Poder. Art. 33.

3) Las presentaciones se harán saber al deudor y al Síndico. El deudor podrá presentar observaciones a los créditos. Art. 34.

4) El Síndico preparará una lista de todos los créditos presentados en tiempos, expresando monto, graduación y un dictamen sobre ellos, con constancia de las observaciones. Esta lista quedará de manifiesto en Secretaría por 10 días. Art. 35.

5) Cualquiera de los acreedores comprendidos en la lista podrá observar los que figuren en ella en cuanto al monto, legitimidad o graduación. Art. 35.

6) El Juez se expedirá en un plazo no mayor de 15 días y dispondrá: a) la admisión de los créditos no observados; b) el reconocimiento o rechazo de los créditos observados. Deberá pronunciarse, igualmente, sobre los privilegios. Art. 36.

7) No habrá recurso contra la resolución que admita los créditos no impugnados, salvo dolo o fraude. Art. 36.

8) La que reconozca créditos observados podrá ser apelada por el impugnante o el Síndico y o parcialmente podrá la que rechace total ser apelada por el titular. Art. 37.

9) La resolución del Juzgado que admita o rechace la graduación será siempre apelable. Art. 37.

F-CONSTITUCIÓN JUNTA DE ACREEDORES

ART. 38

1) La junta de acreedores se constituye con los admitidos y reconocidos por el Juez, no obstante, la interposición de recursos, o la modificación del Tribunal Superior.

2) Los acreedores que se presenten vencido el plazo fijado por el Juez para la verificación de crédito, podrán hacerlo por la vía del incidente.

G-REUNIÓN DE LA JUNTA DE ACREEDORES Y VOTACIÓN DEL CONCORDATO: ARTS. 39 AL 46

1) El deudor debe presentar la propuesta del concordato dentro del plazo de presentación de créditos. No haciéndolo, el Juez revocará el auto de admisión y declarará la quiebra. Art. 39.

2) El Juez convocará a una reunión a la junta de acreedores, dentro de los diez días de haberse constituido. Asistirán el deudor y los funcionarios del juicio. Art. 40.

3) En el día y la hora señalados se reunirá la junta, presidida por el Juez, con cualquier número de acreedores. Si el deudor no presenta por motivos justificados, podrá hacerse representar por mandatario con amplios poderes. Si así no lo hiciere y no asistiere personalmente el Juez podrá tenerlo por desistido y declarar su quiebra. Art. 41.

4) Las deliberaciones comenzarán con la lectura por el Síndico de informe que contendrá: a) El estado del activo y pasivo; b) La conducta patrimonial, y c) Una opinión sobre el concordato. Art. 42.

5) Acto seguido, será leída la propuesta del concordato. La misma será sometida a discusión y los acreedores podrán proponer modificaciones. El deudor podrá mejorar la propuesta o mantener la inicial. El Juzgado pondrá a votación las propuestas o podrá suspender la audiencia hasta dentro de tres días. Art. 42.

6) Podrán votar los acreedores quirografarios. Los privilegiados o con garantías reales, podrán igualmente votar, pero ello ocasionará la pérdida del privilegio o garantía. Podrán renunciar a un monto mínimo del 25% y votar por ese importe. Cuando la garantía, fianza o aval hubiese sido dada por un tercero, el acreedor podrá votar por la totalidad. El tercero que hubiese otorgado garantía, con derecho de repetir, podrá votar en ausencia y representación del acreedor principal. Art. 43.

7) No podrán votar el concordato el cónyuge, ni dos sus cesionarios que hubieran adquirido sus derechos en los doce meses antes de la junta.

8) Para la aceptación deben votar a favor dos tercios de acreedores presentes que representen el 75% de los créditos verificados y viceversa. Art. 43.

9) Puede constituir concordato cualquier acuerdo, no importa su modalidad y que no contravenga directa o indirectamente a la Ley, o no libere al deudor por adjudicación de bienes. Las cláusulas deben ser igualitarias. Art. 45.

10) La quita del concordato puede ser hasta el 50%, si el plazo no excede de dos años. Si el plazo fuese mayor, hasta cuatro años, la quita no excederá del 30%. Para deudores comerciantes con giro regular de 20 años, la quita puede ser del 75% y el plazo no mayor de cuatro años. Art. 46.

H-IMPUGNACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DEL CONCORDATO:

ARTS. 47 AL 50

1) Dentro de 8 días de aprobado, cualquier acreedor ausente o disidente, o titular de crédito observado podrá impugnar. (a) Defectos esenciales en la junta; b) Error en el cómputo de la mayoría; c) Defectos substanciales; d) Falta de personalidad o representación cuando el voto decidió mayoría; e) Confabulación entre deudor y acreedor; f) Exageración de créditos; g) Exageración u ocultación de bienes. Art. 47.

2) El Juez podrá rechazar el concordato basados estas causales o en interés público o si el deudor no ha llevado conducta honesta. Art. 48.

3) Si no hay impugnación o se rechazó la misma (impugnación), el Juez homologará el concordato. En caso contrario se quiebra. Art. 49.

I-EFECTOS JURÍDICOS DEL CONCORDATO

ARTS. 51 AL 60

1) Las cláusulas son obligatorias para todos los acreedores con títulos anteriores al auto de admisión. Art. 51.

2) El concordato libera al deudor respecto de codeudores y fiadores por el monto de la quita. Art. 51.

3) Los embargos o medidas de seguridad serán levantados por el Juzgado. Art. 52.

PROCEDIMIENTO EN LA CONVOCACIÓN DE ACREEDORES

4) Los créditos quedan extinguidos por la parte remitida, salvo acuerdo en contrario, y supeditado al cumplimiento total. Art. 53.

5) En las sociedades de responsabilidad ilimitada, los acreedores podrán acceder bienes propios únicamente cuando la sociedad no cumpla el acuerdo. Art. 54.

6) La remisión del concordato no aprovechará a los codeudores en ningún caso. Excepción: Art. 43 párrafo 2º Art. 55.

7) Toda modificación a favor de cualquier acreedor que acuerde privilegios o concesiones especiales, no tendrá valor alguno. Art. 56.

8) En el ejercicio de las acciones individuales deben respetarse las cláusulas del concordato. Art. 57.

9) Los acreedores morosos solo podrán concurrir sobre los dividendos a repartirse, manteniendo el derecho de reclamar al deudor los dividendos impagos luego de satisfechos totalmente los demás. Art. 58.

10) El Síndico continúa con sus funciones hasta el pago total. Art. 59.

11) El deudor no puede realizar actos ajenos a su industria o comercio sin autorización del Síndico. Este debe proveer cualquier pedido dentro de los ocho días. Si guarda silencio la autorización es tácita. Art. 60.

12) Cuando se realizó un acto no autorizado y el perjudicial, el Juez previa audiencia al deudor podrá declarar su quiebra. Art. 60.

J-NULIDAD Y RESCISIÓN DEL CONCORDATO

ARTS. 61 AL 62

1) Si hubiere dolo o fraude por ocultación de bienes o exageración del pasivo, cualquier acreedor quirografario podrá pedir la nulidad del concordato, hasta un año después de homologado. La anulación producirá la quiebra del deudor. Art. 61.

2) En caso de incumplimiento del concordato cualquier acreedor quirografario podrá pedir la rescisión, que irá acompañada de la declaración de quiebra, con previa interpolación al deudor. Art. 62.

I -CONVOCACIÓN DE ACREEDORES- PROCEDIMIENTO

1. Del pedido:

Todo deudor comerciante que haya llegado al estado de insolvencia, deberá presentarse ante el Juzgado competente pidiendo la convocación de sus acreedores o su quiebra. El pedido de convocación de acreedores llevará implícito el de la quiebra (Art. 9).

1.1. Requisitos exigidos en la solicitud: Deudor comerciante

1) La enunciación de las causas que hubiesen producido su insolvencia; 2) Un balance general de sus negocios y el cuadro demostrativo de sus pérdidas y ganancias, tomadas con antelación no mayor de diez días a la fecha de su presentación; 3) La nómina de todos sus acreedores, con indicación de sus domicilios, determinación de las sumas adeudadas, fecha de vencimiento de las obligaciones y garantías especiales, si las hubiere; 4) Un inventario completo de sus bienes, descriptivo y estimativo en determinación de los valores de costos y negociabilidad y los gravámenes que pesen sobre ellos; 5) Si se tratare de una sociedad con socios de responsabilidad ilimitada, la nómina de estos socios con indicación de sus domicilios; 6) La manifestación de que pone a disposición del Juzgado sus libros y papeles; 7) Una certificación del Registro General de Quiebras, en la que conste: a) Si ha solicitado o no, con anterioridad, la convocación de sus acreedores o su quiebra y, en su caso, los desistimientos respectivos, con la fecha de los autos que los admitieron; b) Si celebró concordato, la fecha de su homologación y, en su caso, la de su cumplimiento, rescisión o nulidad; 8) El certificado de la inscripción del contrato social en de Comercio, y; 9) La autorización prevista en el Art. 15. (Art. 10).

1.2. Requisitos exigidos en la solicitud deudor no comerciante:

Observación: Los requisitos mencionados corresponden al deudor comerciante. Para el deudor no comerciante no rigen los incs. 2, 5, 6 y 8 del Art.10.

2. Plazo

2.1. Plazo para completar la información:

2.2. Facultad del Juzgado Sociedades y Coop.

El Juzgado, a solicitud fundada del peticionante podrá concederle un plazo de hasta 8 días (perentorio) contados desde el día de la presentación, para completar la información exigida, salvo la autorización prevista en el inc. 9, por el Art. 15. (Art. 10 2da. parte).

3. Plazo para la admisión del pedido

El Juzgado dentro del plazo máximo de veinte y cinco días, resolverá la admisión de la convocatoria de acreedores o la declaración de Quiebras. El plazo en días se computa días hábiles (Art. 12).

4.1 y 4.2 Alternativas.

Estas alternativas tomamos en consideración que de acuerdo a lo expresado en párrafo anterior, vemos que el Juzgado:

4.1. Admite la convocatoria, dicta el A.I. de Admisión con lo cual se inicia otro ESTADIO PROCESAL.

4.2. No admite la convocatoria y decreta la Quiebra de conformidad a la última parte del Art. 9; Art. 11; o por no dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el Art. 10.

4.2.1. Admisión y rechazo del pedido: Deudor comerciante

El Juzgado admitirá la convocatoria solicitada si ya no hubiese pedido la quiebra del deudor, o si este pedido hubiese sido rechazado. No admitirá la convocatoria y declarará quiebra, si el deudor se halla en alguno de los siguientes casos: 1) Si ha ejercido el comercio contrariamente a su estatuto profesional o alguna interdicción prevista en la ley; en el caso de sociedades si no estuviesen constituidas regu-

larmente; 2) Si no ha llevado una contabilidad conforme a las exigencias de la ley y a los usos de su profesión, habida en cuenta la importancia de su negocio; 3) Si ha ocultado su contabilidad dado otro destino a su parte de su activo o si lo hubiese disimulado; si de sus libros balances activo u otros documentos se deduce que ha abultado dolosamente su pasivo; 4) Si estuviere pendiente de cumplimiento un concordato homologado; 5) Si ya hubiere sido declarado en quiebra en los diez años anteriores; 6) Si se hallare oculto o fugado, o; 7) Si hubiere omitido el cumplimiento de alguno de los requisitos exigidos en el Art. 10. (Art. 11).

3.1. Estudio del pedido. Facultades

A la vista de la presentación del deudor, el Juzgado estudiará las circunstancias expuestas en la solicitud así como todas las que deriven de sus libros y papeles o de otras fuentes que llegaren a su conocimiento, y fueren reveladoras de su situación y conducta.

Podrá, asimismo, pedir cualquier clase de información y citar al deudor para requerirle las explicaciones que considere pertinentes. Podrá dar intervención a la Sindicatura General de Quiebras. (Art. 12).

4.2.2. Deudor no comerciante. Casos de rechazo

Como causas para denegar la convocación solamente se considerarán las expresadas en los casos previstos en los incs. 4, 5, 6 y 7 del Art. 11, y la ocultación del activo o exageración dolosa del pasivo. (Art. 13).

3.2. Sociedades y Asociaciones:

La solicitud de convocación de acreedores o de declaración de quiebra, de las sociedades y de las asociaciones será formulada por intermedio de sus representantes legales y autorizados en los casos de asociaciones, sociedades anónimas, cooperativas y de responsabilidad limitada, por asamblea de asociados, accionistas o socios. (Art. 15).

3.3. Medidas de seguridad:

Al recibir la presentación del deudor, el Juzgado podrá proveer las medidas de seguridad que estimare convenientes sobre los bienes del mismo incluso del embargo de todos o parte de ellos y la inhibición general del deudor. Podrá también designar un funcionario de la Sindicatura General de Quiebras para que vigile la actuación del deudor. (Art. 16).

4.1. Apertura del juicio:

El auto que admita la convocación de acreedores será fundado y dispondrá: 1) La designación del Síndico; 2) La determinación de si el deudor es o no Comerciante; 3) El señalamiento de un plazo no menor de veinte días, ni mayor de cuarenta, para que los acreedores presenten en la secretaría de Juzgado los títulos justificativos de sus créditos o, a falta de ellos, la manifestación firmada con expresión del monto exacto del crédito, origen o causa y el privilegio que pretendiesen tener. Dicho plazo comenzará a computarse desde el día siguiente al de la última publicación del edicto; 4) La comunicación al Registro General de Quiebras; 5) La intervención del Ministerio Público; y 6) La publicación del edicto, forma prevista en el artículo siguiente (Art. 18).

5.1. Publicación

5.1.1. Pública y 5.1.2. No Pública.

Un extracto del auto que admita la convocación se hará saber mediante edicto publicado por cinco días en un diario de gran circulación de la capital. El deudor iniciará las publicaciones dentro de los tres días de notificado el auto que admita la convocación, so pena de dársele por desistido de la convocación y de declararse su quiebra (Art. 19).

5.1. Notificación.

El Síndico transcribirá a cada uno de los acreedores, en carta certificada o telegrama colacionado, el extracto indicado en el artículo anterior. La falta de remisión o recepción de este aviso no producirá la nulidad del procedimiento (Art. 20).

Funciones del Síndico, admitida la convocación:

El Síndico estudiará la situación del deudor, investigará sus libros y papeles, vigilará la contabilidad y todas las operaciones que efectuase, levantará el inventario general de sus bienes y los comparará con el presentado por el deudor al efectuar su pedido (Art. 22).

El Síndico está autorizado para realizar investigaciones en el domicilio del deudor. Este está obligado a permitirle la inspección de sus libros y papeles y suministrarle, juntamente con sus empleados todos los datos e informaciones que solicite (Art. 23).

6. Verificación de créditos.

Dictado el auto que admita la convocación, todos los acreedores, inclusive los que tuvieren créditos con garantía real o con privilegios, salvo el derecho de los trabajadores previstos en las leyes laborales, estarán obligados a presentar en la secretaria donde radique el juicio y dentro del plazo fijado en el auto judicial respectivo los documentos justificativos de sus créditos o a falta de ellos, una manifestación firmada con expresión del monto, su origen o causa y privilegio que pretendiese tener. A pedido de parte, el Juez podrá disponer que el secretario saque copia de los títulos presentados o reciba fotocopia de los mismos y restituya los originales al acreedor, con a constancia de haber sido presentados en tiempo oportuno y certificación de autenticidad de la copia o fotocopia (Art. 32).

6.1. Representación

Para todas las actuaciones del juicio de convocación o de quiebra, los acreedores podrán hacerse representar por profesionales de la matrícula. Para acreditar su representación bastará una carta-poder con facultades para tomar parte en todas las tramitaciones de aquel y en las deliberaciones y resoluciones de la junta de acreedores.

En caso de duda sobre la autenticidad de la firma del mandante, el juzgado podrá exigir una comprobación ulterior (Art. 33).

7. Observaciones. Lista de créditos.

Las presentaciones hechas por los acreedores se harán saber al deudor y al Síndico. El deudor podrá presentar todas las observaciones que estimase convenientes. El Síndico las examinará y podrá pedir al deudor y a los acreedores respectivos cuantas explicaciones juzgare necesarias. El Síndico preparará luego una lista de todos los créditos cuyos titulares se hubiesen presentado en tiempo, con expresión del monto y graduación reclamados así como un dictamen sobre cada uno de ellos, con constancia de las observaciones formuladas por el deudor. Dicha lista se pondrá de manifiesto en secretaría ocho días después del cierre del plazo fijado para la presentación de los créditos (Art. 34).

8. Observación de los Acreedores.

Durante el plazo de diez días, cualquiera de los acreedores comprendidos en esa lista podrá observar los créditos que en ella figuren, en cuanto a su legitimidad, monto o graduación. En su presentación al Juzgado acompañará los documentos probatorios de sus pretensiones o indicará los hechos en que se funde. Transcurrido el plazo indicado el Secretario dejará constancia de su cierre y elevará de inmediato los autos al Juez (Art. 35).

9. De la admisión, reconocimiento o rechazo de los créditos:

El Juez se expedirá dentro de un plazo no mayor de 15 días y dispondrá: La admisión, sin más trámite, de los créditos no observados por el Síndico, el deudor o los acreedores y el reconocimiento o rechazo de los créditos observados, previo traslado por 3 días de la impugnación respectiva al titular del crédito. En ambos casos, el Juez expedirá, además, sobre los privilegios invocados. (Art. 36).

9.1. Recursos:

No cabrá recurso contra la resolución del Juez que admita los créditos no impugnados. La misma causará ejecutoria, excepto en los casos de dolo o fraude que deberán ventilarse por vía de acción.

La resolución que reconozca los créditos observados podrá ser apelada por el impugnante o por el Síndico y la que lo rechace total o parcialmente podrá ser apelada por el titular del crédito.

En el primer caso, la no promoción del recurso producirá el mismo efecto previsto en el párrafo anterior.

Si se tratare de un crédito rechazado, el interesado podrá iniciar reclamación ulterior aun cuando no hubiese interpuesto el recurso de apelación.

La resolución del Juzgado que admita o rechace la graduación solicitada será siempre apelable. (Art. 37).

10.1 Constitución de la Junta de Acreedores

La junta de acreedores se declarará constituida con los admitidos y los reconocidos por el Juez, sin que para ellos obsten los recursos de apelación que se hubiesen promovido contra las resoluciones que reconozcan o rechacen créditos o preferencias innovados. La resolución que recayese en la apelación deducida, modificando la decisión del Juzgado sobre reconocimiento o rechazo de un crédito o preferencia invocada, no influirá sobre las resoluciones de la junta de acreedores. (Art. 38).

10.2. Presentación de la propuesta de concordato

El deudor deberá presentar su propuesta de concordato dentro del plazo fijado por el Juzgado para la presentación de los créditos.

No habiéndolo hecho dentro de dicho plazo, el Juez revocará el auto que si admitió y declarará la quiebra del deudor (Art. 39).

10.3. Convocación a la reunión:

Constituida la junta de acreedores, el Juzgado convocará al deudor, los acreedores admitidos y a los reconocidos y a los funcionarios del juicio una reunión que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes. (Art. 40).

10.3.1. Reunión de la junta de acreedores.

En el día y a la hora señalada se reunirá la junta, presidida por el Juez, con cualquier número de acreedores presente y con asistencia de las personas mencionadas en el Art. anterior. El deudor podrá hacerse representar en caso de imposibilidad debidamente justificada, por mandatario con amplios poderes. (Art. 41).

10.3.2. Incomparecencia:

Si el deudor no compareciere personalmente o conforme a lo dispuesto en el párrafo precedente, el Juez podrá tenerlo por desistido de la convocación y declarar su quiebra. (Art. 41).

10.4. Las deliberaciones de la asamblea. Informe del Síndico. Lectura de la propuesta del concordato.

10.4.1. Votación del concordato.

10.4.2. Suspensión deliberaciones.

Las deliberaciones comenzarán con la lectura por el Síndico de un informe sobre las causas de la insolvencia del deudor, las condiciones en que haya encontrado la contabilidad si la hubiere, el estado del activo y pasivo y la conducta patrimonial del mismo. Dará igualmente su opinión sobre el concordato ofrecido por el deudor. Acto seguido, será leída la propuesta del concordato presentada por el deudor. Dicha propuesta será sometida a discusión y los acreedores podrán proponer modificaciones. El deudor podrá formular nueva propuesta en vista del debate o mantener la que hubiese presentado inicialmente. El juzgado pondrá de inmediato a votación las propuestas que correspondan. Si no resolviere suspender la reunión hasta otra audiencia la que deberá celebrarse dentro del tercer día. La resolución del Juzgado servirá de suficiente citación (Art. 42).

10.5. Votación del concordato:

Podrán votar el concordato solamente los acreedores quirografarios. Si en la votación participaren los acreedores privilegiados o con garantía reales, ello producirá la pérdida de sus privilegios o garantías. Podrán, sin embargo, renunciar a una parte del privilegio o garantía no inferior al 25% de su crédito y votar por ese importe como quirografarios. En ningún caso podrán recuperar el privilegio o garantía perdido o renunciado. Cuando la garantía real, fianza o aval hubiese sido dada por un tercero, el acreedor podrá concurrir a la junta y votar por la totalidad de su crédito, pero en tal caso, la remisión parcial de la deuda otorgada en el concordato, liberará al tercer garante hasta la concurrencia de la parte remitida. Si el tercero que hubiese otorgado garantía real o de otra clase tiene derecho a repetir contra el concordatario el pago que haga, podrá recurrir a la junta y votar en ausencia y representación del acreedor principal.

No podrá el concordato el cónyuge ni sus cesionarios que hubiesen adquirido sus créditos dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la reunión de la junta, con excepción de lo que prevengan de endosos de documentos a la orden (Art. 43).

10.6. Aprobación del concordato:

Para que el concordato se considere aceptado, se requiere que voten por su aceptación dos tercios de acreedores presentes que representen por lo menos el 75% de los créditos verificados o viceversa. Se labrará Acta detallada de las actuaciones y la firmarán el Juez, los funcionarios del juicio, el deudor y los acreedores que deseen hacerlos (Art. 44).

11.1. De la impugnación y homologación del concordato

Dentro del plazo de ocho días de aprobado el concordato, cualquier acreedor que no hubiese concurrido a la reunión de la junta en la que se aprobó el concordato o que hubiese disentido del voto de la mayoría y los titulares de créditos observados pendientes de trámite

o resolución judicial, podrán impugnar el concordato aceptado, fundándose en algunas de las causas siguientes: 1) Defectos en las formas esenciales prescriptas para la convocación, celebración y deliberación de la junta, error en el cómputo de las mayorías requeridas por la Ley, o defectos substanciales en la celebración del concordato; 2) Falta de personalidad o falsa representación de algunos de los votantes siempre que su voto hubiera decidido la mayoría en acreedores o en capital; 3) Confabulación entre el deudor y uno o más acreedores; 4) Exageración de créditos para lograr mayoría; 5) Exageración u ocultación u ocultación de bienes (Art. 47).

11.2. Rechazo Judicial

Aun cuando ningún acreedor impugne el concordato, el Juez podrá rechazarlo en las causales del artículo anterior o cuando a su criterio existan motivos de interés público o fundado en el interés de los acreedores de naturaleza y gravedad tales que impidan su homologación. Igualmente podrá hacerlo si comprobare que el deudor no ha llevado una conducta honesta y prudente en sus relaciones patrimoniales. (Art. 48).

11.3. Homologación

Si transcurrido el plazo de ocho días no se hubiese impugnado el concordato, o si impugnado y substanciado el procedimiento respectivo se hubiera rechazado la impugnación, el Juez lo homologará. (Art. 49).

Falta de aceptación u homologación

Si los acreedores no aceptasen el concordato o el Juez no lo homologare, se declarará la quiebra del deudor. El Síndico de la convocación será el de la quiebra (Art. 50).

Embargos y otras medidas de seguridad:

Los embargos y otras medidas de seguridad que los acreedores quirografarios hubiesen obtenido sobre los bienes del deudor antes

de la admisión de la convocatoria serán levantados por el Juzgado. (Art. 52).

Funciones del Síndico

El Síndico continuará en sus funciones hasta el cumplimiento total del concordato. (Art. 59).

Actos ajenos a la naturaleza del negocio

Homologado el concordato y hasta su total cumplimiento, el deudor no podrá realizar actos ajenos a la naturaleza de su negocio o industria sin autorización del Síndico. Este se pronunciará sobre el pedido del concordatario dentro de los ocho días y en caso de no hacerlo se considerará concedida la autorización. (Art. 60).

Actos no autorizados

El Síndico informará al Juzgado de cualquier acto del concordatorio que él no hubiese autorizado y que estimare perjudicial a los intereses de los acreedores o que hubiese sido realizado en fraude de los mismos. En caso de ocurrir algunos de los actos previsto en este artículo se tendrá por producida la insolvencia y previa audiencia del deudor concordatario, podrá declarar su quiebra. (Art. 60).

12.1. Nulidad del concordato.

Si dentro del año de homologado el se descubriere dolo fraude por parte del deudor que consistiera en ocultación del activo o exageración del pasivo, cualquier acreedor quirografario podrá pedir la nulidad del concordato en lo que se refiera a las ventajas que el deudor concordatario hubiere recibido. Probada la causa de nulidad, el Juez la declarará y dictará la quiebra del deudor (Art. 61).

12.2 Rescisión del concordato

Si por culpa imputable al deudor o a los fiadores del concordato no se cumpliesen las estipulaciones del mismo, cualquier acreedor quirografario podrá pedir al Juzgado la rescisión del concordato, previa interpelación al deudor. La rescisión deberá ir acompañada de la declaración de quiebra del deudor. (Art. 62).

PROCEDIMIENTO EN LA CONVOCACIÓN DE ACREEDORES



Cheque Post-Datado

Dr. Jorge H. Escobar¹

El tema propuesto -el del cheque post-datado- es de contenido muy complejo y requiere no solo la exégesis del texto legal (Art. 1725 del C. Civil) sino el detenido examen de sus causas y efectos, la confrontación comparativa con el contenido de leyes especiales y la historia de sus antecedentes legislativos, nacionales y foráneos.

El tema, en realidad, por amplio, parece inagotable. Lo abordamos con el propósito confesado, de que otras voces y opiniones se sumen a la nuestra, pues todos debemos compartir la común tarea del quehacer jurídico nacional, e ir echando luces sobre los problemas que vayan surgiendo en la aplicación de nuestro nuevo Código Civil.

Dos observaciones previas nos parecen necesarias. En primer lugar, que hay discrepancias en el tratamiento y solución del problema.

En segundo lugar, que esta discrepancia recae más en el área doctrinaria y puramente económica que en el área legislativa, en el que, como veremos, existe un amplio consenso por el pago a la vista de los cheques post-datados. Pero, dice Bonfanti, se puede explicar la solución legal y no acertar la solución real de la vida del comerciante.

Planteemos, pues, el problema. Prescribe el Art. 1725 de nuestro C. Civil, en la Sección IV (Capítulo XXVI) titulada “De la presentación y del Pago” (subrayo, adrede, la frase “De la presentación”...):

“El cheque es pagadero a la vista. TODA disposición contraria se tiene por no escrita”.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 19-1987.
Miembro del Consejo Asesor de Gaceta Judicial.

El tiempo es fundamental en el nacimiento y ejercicio de un derecho. El momento en que nace el derecho a cobrar un cheque, es el de su presentación (a ello se refiere el título de la Sección IV) pues el cheque ES pagadero a la vista:

A la vista quiere, precisamente, decir “a su presentación”. La presentación para el pago hace vencer inmediatamente el cheque (Messineo-IV-349). Es que el cheque es una orden perentoria de pago (Malagarriga).

El cheque “es pagadero a su primera presentación, y toda cláusula contraria se reputa no escrita...” No puede retardarse el pago insertando en el título una fecha posterior a la de la emisión, pues el cheque pago antes del día indicado como fecha de emisión, es pagadero el mismo día de su presentación. (Ripert. D. Comercial, III Pág. 287).

El cheque, repetimos, es pagadero a la vista. “Es”, es esencia o naturaleza.

Es lo que es. Es un modo de ser. Ser es un verbo substantivo que afirma del sujeto la cualidad expresada por el atributo (Diccionario de la lengua). Todo cheque tiene como cualidad substantiva el ser a la vista. Corresponde, pues, a su naturaleza legal ser pagadero a la vista.

¿Qué son los cheques post-datados?

Son aquellos en los cuales el librador pone una fecha posterior a la fecha en que lo emite. Ejemplo: a un cheque emitido el 15 de abril de 1987 se le pone como fecha el 1° de junio de 1987.

¿Los cheques post-datados son pagaderos a la vista? Estimamos que sí, pues “el cheque es pagadero a la vista”

Antes de ahondar en el examen de la solución dada por nuestra ley en el recordado Art. 1725, veamos sus causas económicas y sociales y examinamos sus efectos en el sistema monetario y crediticio.

El cheque post-datado “es un fenómeno actual y permanente de nuestro comercio” y de nuestra sociedad. Y no nos referimos a nuestro país solamente, sino a los del mundo contemporáneo en general, incluyendo países europeos.

Hay autores que condenan al cheque post-datado; lo condenan objetivamente, llevados de preconceptos y prevenciones, sin ahondar en su problemática.

Fontanarrosa sostiene que aceptar la plena eficacia del pactum de non petendo, comprendido en la pos datación, significa estimular la emisión de cheques sin provisión de fondos, pues la ley no obliga a respetar los acuerdos celebrados entre el emisor y el portador.

Varias y diversas son las situaciones en que se post- datan los cheques.

Hay comerciantes que libran cheques criterios y pautas administrativas bien estrictas, pre- postdata dos conveniendo su pago escalonado, en base a depósitos ya hechos o a hacerse, sobre la base de acuerdos de buena voluntad (*Gentlement agreement*).

El incumplimiento del acuerdo, por parte de algún acreedor origina desajustes y el desencadenamiento de situaciones y desequilibrios muy perturbadores y dolorosos.

Quienes dan los cheques de esta manera -comenta Zavala Rodríguez- son pequeños comerciantes o empresarios ahorcados por la crisis, la inflación, los impuestos, las moratorias y planes mensuales de pago, la recesión de las ventas; pero no los comerciantes o personas de mala fe, que entregan cheques sin fondos, casi siempre para cometer una estafa” (Op. cit. -V- 510). (En igual sentido: Malagarriga, op. cit. t. II, pág. 783).

La verdad es -y la estadística lo comprueba- que el número de estos cheques postdatados en circulación es muy alto y que devienen verdaderos instrumentos de créditos, o medios artificiosos de garantizar créditos y obligaciones.

La ley busca evitar esa situación, considerándola una irregularidad que se debe suprimir pues, de admitirse tal práctica, se favorecería la emisión de cheques que, mismo tiempo de su libranza no contarían con la provisión correspondiente.... (De Semo).

Hay otras razones que también gravitan en la consideración de este problema: se afirma que el cheque es una orden de pago, no un título de crédito como lo es la letra de cambio: quien entrega hoy un cheque entiende realizar un pago hoy, ahora, porque se supone- tiene fondos disponibles, y entrega un valor real.

No aceptar este criterio es desnaturalizar el cheque, convirtiéndolo en un documento de crédito, sin la seguridad que -como medio de pago- el cheque representa.

En ciertas circunstancias, el emisor cree tener probabilidades muy razonables de contar, en breves días, con dineros o disponibilidades, girando confiado, datados, sin propósito doloso alguno. Lo hace bajo la presión de circunstancias ajenas a su voluntad.

Rodríguez Rodríguez señala la hipótesis del que entrega cheques postdatados -aunque tenga provisión- con el propósito de disfrutar de un plazo para el pago: Como se ve, hay situaciones y situaciones.

Sistemas legales de solución de los cheques postdatados.

Desde la Convención de La Haya, de 1912, el punto que estamos examinando fue objeto de extensas consideraciones, planteándose dos soluciones:

a) Declarar la nulidad del cheque post datado. Este sistema sacrifica los derechos del portador de buena fe y fue considerado inconveniente y poco práctico;

b) Declarar válido el cheque, con la posibilidad de pago, a su presentación.

Después de intensos debates, la Conferencia de Ginebra siguió este último sistema, declarando que el cheque es pagadero a la vista,

declaración esta que consagra la solución de nuestro problema, solución seguida por casi todos los países. Se buscó -dicen Bonfanti y Garrone- no tanto erradicar el cheque postdatado sino desalentar su empleo o restringirlo al máximo posible (Op. cit. pág. 165) Nuestro Art. 1725:

El Art. 28 de la Ley Uniforme sobre cheques fuente directa de nuestro Art. 1725, establece textualmente: “El cheque es pagadero a la vista. Toda mención contraria se reputa no escrita.

El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de emisión es pagadero el día de su presentación”.

Nuestro Art. 1725 suprimió la segunda parte -parte subrayada del texto ginebrino que le sirvió de fuente.

De ello parecería desprenderse -según algunos colegas- que los cheques postdatados no son pagaderos a la vista, y que en su consecuencia de ser presentados antes de la fecha en que aparecen emitidos -fecha postdatada- deberían ser rechazados.

No estamos de acuerdo con esta interpretación, por las siguientes razones:

1º) El Principio fundamental del Art. 28 de la Ley Uniforme es que el cheque es pagadero a la vista.

La cuestión discutida desde La Haya (1912) y resulta en Ginebra (1931) giró en torno al principio de que la fecha de presentación al banco girado; para el cobro del cheque, vale como fecha de libramiento, si esta última fue- se anterior a aquélla (Bonfanti y Garrone, op. cit. pág. 163).

El cheque es siempre pagadero a la vista: hay que mantener esta incolumidad legal, dice Díez Mieres.

La característica de los cheques -reitera Zavala Rodríguez- es que sean pagaderos a la vista, cualquiera sea la fecha de presentación.

2º) La segunda parte del Art. 28 de la Ley Uniforme de Ginebra es solamente desarrollo de la primera parte, indicativo de la situación de los cheques postdatados. Con esta segunda parte se aclara definitivamente el carácter de pagadero a la vista del cheque, despejándose cualquier duda.

De esta suerte, la circunstancia de que ella (esa segunda parte) no se haya reproducido en nuestro Art. 1725 no significa, de ninguna manera, que haya sido propósito de nuestro legislador restar validez al principio universalmente consagrado de que el cheque es pagadero a la vista, sino no reproducir una norma innecesaria, meramente ejemplificativa.

En Ginebra no se acogió el sistema de la nulidad del cheque postdatado.

No se aceptó tampoco el sistema que da eficacia plena a los cheques postdatados como tales, es decir, no se admitió la eficacia del tenor del título, sino que -para combatir su uso y abuso- se puso un agregado aclaratorio de que también es pagadero a la vista, es decir, a su presentación, aunque tenga fecha de emisión posterior. Se trata de una sanción indirecta de derecho substancial, ya puesta de manifiesto por Messineo (VI-pág. 400).

3º) Aceptar lo contrario es negar que los cheques sean considerados a la vista, al momento de su presentación.

Automáticamente los cheques postdatados de fechas no sinceras y meramente ficticias quedarían legitimados en Su uso y aplicación, y no podrían ser pagados a su presentación.

Con ello se distorsiona completamente el régimen general de los términos, del tiempo, de las fechas, de que deben ser reales y no ficticios.

En efecto -sostiene Messineo- la presentación es la prueba de que el cheque ha sido librado, en realidad, antes de la fecha indicada en el título, y se da fe a tal hecho, no a la fecha en el título (Op. cit. VI -pág. 400).

4°) El cheque postdatado no es nulo sino irregular (Colla- grosso y Molle: *Diretto Bancario*, pág. 209). La ley intenta, busca ir obstaculizando su expansión creciente que indiscutiblemente- representa un grave problema económico y financiero, y altera la estructura legal del cheque (Collagrosso y Molle).

5°) El pactum de non petendo, acordado entre el librador y el tomador, no está prohibido por la ley (Malagarriga, Giraldi, Bonfanti y Garrone – Ver Jurisprudencia señalada por Zavala Rodríguez - T.V. - pág. 511), pero este pacto no puede ser invocado en cuanto presentación, que es de orden público, lo cual significa que la ley -en aras del interés general- confiere al que recibió el cheque postdatado solamente la facultad de no valerse del plazo de vencimiento convenido (Ver Giraldi, op. cit. pág. 222-3).

La postdatación -agrega este autor- no impide la presentación de cheque con sus naturales consecuencias, pago o rechazo... pero el incumplimiento de la obligación traída por quien lo recibió, dará lugar a una indemnización según las reglas del derecho común. Solución esta justa, pues de lo contrario se prohijaría la mala fe.

Las vicisitudes del cheque postdatado:

Uno de los argumentos invocados por un distinguido colega para no aceptar la interpretación que es la de que los terceros, eventualmente, podrían impugnar el pago del cheque postdatado hecho por el Banco.

Hay aquí una confusión. En efecto: los terceros –es decir los que no son partes de la relación cambiaria de cheque- carecen de acción contra el Banco. Este responde solamente al librador, de quien -en la relación de cheque- es dice De Gásperi (pág. 738 Com. Art. 2355) un mero encargado de pagar, como lo es un cajero, y no un obligado a pagar, pues el Banco no puede “aceptar” cheques (Art. 1699).

Si en el cheque, no es obligado directo, no lo comprende la solidaridad que establece la ley en el Art. 40 (equivalente a nuestro Art.

1746), y en consecuencia tampoco está obligado a la acción de regreso (Zavala Rodríguez op. cit. V -pág. 520).

¿Y si en hipótesis los terceros se subrogaran en los derechos del librador? Tampoco funcionaría la objeción que estamos comentando, pues el librador en la hipótesis de cheque postdatado no podría invocar ante el Banco su propia irregularidad o culpa.

Los cheques postdatados y la Ley 941:

Esta Ley tiene por objeto los cheques sin fondo, cheques cuya emisión castiga, de darse las circunstancias previstas en sus artículos 1º y 4º.

El hecho castigado es la emisión de cheques sin fondos, fenómeno que no es el que estamos estudiando.

“Se vuelve, así a confundir la situación de los deudores que dan cheques sin fondos, con la de los deudores que entregan cheques de pago diferido” (Zavala Rodríguez -V- 514).

En ninguna de las prescripciones de la Ley 941 se sanciona al Banco que pague cheques adelantados, pero sí se castiga a quien exija o acepte a sabiendas un cheque con fecha adelantada y sin fondos.

El delito en este último caso requiere una doble concurrencia para que el tomador del cheque (no el banco pagador:) incurra en sanción:

- a) exija o acepte cheques postdatados;
- b) que los exija a sabiendas de que los cheques carecen de fondos.

Ninguno de los hechos señalados por la Ley 941 como presupuestos del delito de emisión de cheques sin fondos podría ser imputado a un Banco, ni guarda relación con el pago de cheques postdatados.

CHEQUE POST-DATADO

La Ley sanciona a los bancos (sanción administrativa) solo en los casos en que dejan de “certificar” la razón por la cual no se hace efectivo el cheque y no les comuniquen a la superintendencia de Bancos, lo cual no guarda ninguna relación con nuestro tema.

En resumen: la ley 941 tiene como objeto el castigo de la emisión de cheques sin fondos, sea que los cheques se emitan con fecha adelantada o no: No se propone la sanción de la emisión de un cheque con fecha adelantada: Ítem más: esta sanción recae -lógico:- en el emisor del cheque, no en el Banco.



Puede introducir modificaciones en su nombre la Mujer Casada

Prof. Dr. Antonio Colmán Rodríguez¹

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Como breve antecedente legislativo se puede indicar que el Código Civil de Vélez no reglamentó, específicamente, el nombre de la persona física.

Nuestra ley de Registro Civil del año 1880 reguló lo relacionado con el registro de nacimiento, casamiento y defunción, pero no lo relacionado con el nombre.

CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO.

Hoy, puede decirse que ya existe un régimen consagrado en la ley sobre el nombre y apellido, porque sobre ellos regula extensamente nuestro flamante Código Civil.

Es así como en el Art. 42, consagra el derecho a un nombre y a un apellido que deben ser inscriptos en el Registro del Estado Civil. Como se ve, establece imperativamente que el nombre y apellido, elemento constitutivo del atributo de la persona humana, debe inscribirse en el Registro respectivo. Más adelante, mismo artículo, al disponer la invariabilidad del nombre y apellido, consagra, evidentemente, su inmutabilidad, porque, la excepción, de que algún nombre o algún apellido podría cambiar, se hará siempre que el Juez hallase justa la motivación y solamente él, será la autoridad competente para disponerlo.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 19-1987.

LA MUJER CASADA Y SU APELLIDO, SEGÚN LEY 236.

La mujer casada, según la ley 236 (De los Derechos La Mujer, Art. 17), al contraer matrimonio, toma el apellido de su esposo. Es decir, Carmen Martínez, contrae matrimonio con Juan González. Por efecto del matrimonio, su nombre pasará a ser Carmen González. De esto resulta que la mujer por consecuencia del matrimonio, pierde su apellido porque toma el de su marido sin alterar ese suyo inscripto en el Registro del Estado Civil. El Prof. Luis de Gásperi, al comentar el caso afirma que cuando la mujer pierde el apellido de su marido, por divorcio, recobra el de su familia. “De la Igualdad Civil de los Sexos en el Derecho Comparado” -pág. 159.

LA MUJER CASADA Y SU APELLIDO, SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL.

Actualmente, por el Art. 49 del Código Civil, la mujer, que contrae matrimonio, deberá AGREGAR a su apellido, el de su marido. Según nuestro ejemplo anterior, Carmen Martínez, casada con Juan González, se llamará Carmen Martínez González. Acotemos que esa generalizada se llamará manera de distinguir a una mujer casada, por su declaración o por su documento, agregado a su apellido el de su marido, pero precedido de la preposición DE, o inmediatamente luego de su nombre de pila, es solamente una costumbre que tendría su origen en la parábola en que se indicaba así: “Carmen Martínez, esposa de Juan González”. Con el transcurso del tiempo, se suprimieron en la esposa y el prenombre del marido y quedó simplemente, Carmen de González.

Resultaría, entonces, que la mujer por el hecho de contraer matrimonio, sin alterar su nombre y apellido anotados en el Registro del Estado Civil, cambia, pero mediante la adición al suyo, el de su esposo.

OPCIÓN A QUE TIENE DERECHO LA MUJER CASADA O VIUDA.

El mismo Art. 49, comentado, le permite, a su opción, no obstante, su matrimonio, continuar con su apellido de soltera, cuando se trata de proteger por razones profesionales o artísticas, la fama ganada con su apellido de soltera.

A la misma excepción incura la viuda. Aquí también debe comentarse que, por el texto de la norma, es dable entenderse que una mujer casada que, por la misma razón dicha, conservó su apellido de soltera enviuda. Siendo del estado tal, puede continuar con su apellido de soltera aun habiendo estado casada y ahora viuda. Esta mujer conservó su apellido de soltera cuando casada y aún después habiendo enviudado. Pero es posible imaginar, también, el caso de la mujer que agregó al suyo, el apellido de su marido, y enviuda, contrae nuevas nupcias, como dice la norma. En el caso, la Martínez González, de nuestro ejemplo: contrae matrimonio nuevamente. Por esta ley, podrá seguir con su nombre de casada porque con este ganó fama. Debe tomarse nota que, así como se reguló en la ley, en la 236 como en el Código Civil, el apellido difícilmente denunciará el estado civil de la mujer, porque, al demostrarse que la preposición DE antes del apellido del marido es una costumbre a la que no se ha referido la ley, como quiere el Art. 6º, último apartado, del Código Civil o lo dispuesto en el Art. 50, ídem, según el cual el hijo matrimonial llevará el apellido paterno, PUDIENDO AGREGAR a este el de la madre. Si optó por lo último, llevará el apellido paterno y el materno. Su nombre será Carmen Martínez Ramírez o si se tratare de hijo extramatrimonial, según el Art. siguiente, llevará el apellido del que lo haya reconocido. Si por ambos -padre y madre- llevará, de consiguiente, ambos apellidos: El ejemplo sirve para ilustrar que el apellido o los apellidos no identifican ni el estado civil ni la calidad de la filiación.

LA MUJER DIVORCIADA Y SU APELLIDO.

En caso de la mujer divorciada se tipifica. Según el Art. 49, último apartado, si ella no es culpable del divorcio, podrá conservar el

apellido de su marido. Evidentemente es una opción fundada en la autonomía de la voluntad. Sin embargo, aquella sentenciada, culpable del divorcio, será privada del apellido del esposo, siempre que este así lo haya solicitado al Juez.

CAMBIO O ADICIÓN DEL NOMBRE DE LA MUJER

El apellido de la mujer cambiará o se adicionará, por imperio de la ley, en algún caso, de manera automática, pero, insistimos, no se modificará su nombre de soltera en el Registro Civil. Vale decir, que no se requerirá de un fallo judicial, sino que directamente “ministerio legis”, cuando contrae matrimonio. En este caso, agregará a su apellido, el de su esposo. Del mismo modo, siendo del resorte de su voluntad no proceder a ese agregado, cuando con su apellido de soltera tiene ella, fama ganada. En otro caso, si bien es cierto que la ley consagra el cambio, ello ocurrirá solamente cuando el Juez hallase justa causa para disponerlo o cuando, como en el caso de la mujer divorciada culpable, al privársele del apellido del marido, a pedido de este.

Si para privar a la mujer divorciada del apellido marital se requiere resolución Judicial, entendemos que eso se podrá lograr si en la misma demanda de divorcio, se alega la conducta deshonrosa de la mujer; el Juez al dictar su fallo, haciendo lugar al divorcio por culpa exclusiva de ella, dispondrá también que le está privado llevar el apellido del actor. O sea, el del apellido del marido. Si no se hizo, podrá hacerlo después, separadamente. No procederá si la causal no fuera el que no configurase lo indicado precedentemente. La mujer divorciada, aunque por culpa suya, continuará con el apellido marital, si la causal admitida no fue de aquella que deshonra al marido.

Tiene lógica que la mujer casada conserve el apellido marital aun cuando se haya divorciado, por la perpetuidad del vínculo. Según nuestra legislación, el divorcio no produce más efecto que la separación de cuerpos. No desaparece por el divorcio, el vínculo matrimonial, desde que ninguno de los dos es habilitado a contraer otro matrimonio válido.

RENUNCIA DE LA MUJER CASADA AL APELLIDO MARITAL (LEY 236).

Por la ley 236, bastaba la declaración de la mujer casada ante un Notario Público de su deseo de conservar su apellido de soltera, para llenar la disposición legal. Por el Art. 17 de esta ley, la mujer, al contraer matrimonio, TOMA EL APELLIDO DE SU MARIDO. Y consagra que ella PODRÁ RENUNCIAR de hecho al cambio por etc. Más adelante dispone que “Cualquier alteración del nombre de la mujer casada, viuda o divorciada se hará constar en acta notarial...”. Esa actuación ante Notario Público será después del matrimonio. Luego de enviudar o de haber sido declarada divorciada. Parecería que Carmen González, casada, o tomó el apellido de su marido, González, casada, renuncia al apellido marital, porque quiere VOLVER a llamarse Carmen Martínez. Se da la situación prevista en la ley. Hace constar en acta notarial esa renuncia para su registración en el Registro (Art. 50- Ley 236).

EXIMICIÓN DE LA MUJER CASADA DE SU OBLIGACIÓN -ART. 49 C.C.

Nuestro Código Civil establece claramente en el Art. 49 que la mujer casada, luego del acto, naturalmente, AGREGARÁ, a su apellido, el de su esposo. Es ella la que deberá proceder a agregar al suyo, el apellido marital. Esto lo hará sin formalidad alguna.

Le exime de esta obligación, a la de agregar a su apellido el de su esposo, “si...etc...etc.”. El Código Civil omite establecer si cuando opta por la exención, el acto deberá constar o no en documento fehaciente, como lo había establecido la ley 236. Plantea esto preguntarse, si continúa vigente la obligación de inscribir en el Registro creado por el Art. 50 de la ley 236. Además, como habíamos razonado, por virtud de esta ley, lo que se inscribe es la renuncia de la mujer casada que tomó el apellido del marido, para recuperar su apellido familiar. Aquí en el Código Civil, parecería que cuando ella se eximió de la obligación, no alteró su nombre porque no llegó a agregar al suyo, el del marido. El registro creado por el Art. 50, no se eliminó

por la Ley 879 (C.O.J.) y por la seriedad de la cuestión parece necesario aconsejar que cuando la mujer opta por no agregar el apellido de su marido al suyo, debe dejar constancia de ello por acto auténtico. Es decir, en acta notarial y porque para su inscripción es requisito formal el instrumento público, por aplicación extensiva del Art. 271 del C.O.J. Vigente el Código Civil y puesto que el casamiento es la culminación de un proceso de ajustes múltiples entre los futuros esposos, tiene que entenderse que cuando la mujer no agregará al suyo el apellido del marido es resultado de un acuerdo y por lo tanto, cuando deba formalizarse sería muy conveniente la comparecencia del marido. Esto deberá ser así porque existen fallos que han declarado que es a un agravio para el marido el hecho de que la mujer no haya agregado el apellido marital al suyo y por tanto, causal legítima para declarar el divorcio de ambos por culpa de la esposa.

CAMBIO O ADICIONES EN EL NOMBRE

Finalmente, la regla establecida en la última parte del Art. 42 del Código Civil se aplicará solo si se tratase de CAMBIOS O DE ADICIONES en el nombre y apellido, inscriptos en el Registro del Estado Civil.

CONCLUSIÓN

La mujer casada que quiere eximirse de la obligación de agregar al suyo el apellido de su marido, deberá declarar su voluntad en acta notarial y con ella, su esposo, para salvaguardar el derecho de ambos. El acto debe inscribirse en la Dirección General de los Registros Públicos.



Separación de cuerpos por Mutuo Consentimiento. El acertado artículo 579 del proyecto del Código Procesal Civil de la República del Paraguay

Dr. Alejandro Borda¹

1- La norma en análisis

El proyectado artículo 579 establece que “los esposos podrán pedir, conjunta o separadamente, y sin expresión de causa, al juez del último domicilio conyugal, la separación de cuerpos regulada en los artículos 167, 168 y 169 del Código Civil”.

“Sin perjuicio de otras cuestiones de interés para los cónyuges, podrán acordar:

- a) el derecho de cualquiera de ellos a recibir alimentos;
- b) que uno de ellos asuma la culpa exclusiva de la separación;
- y
- c) la carga de las costas”.

La norma transcripta es evidentemente por cuanto ofrece una solución de estricta justicia, ideal este al que debe tener toda la legislación.

Pero si la norma es feliz en general, en particular debe aplaudirse la solución dada en el inciso b. Es importante reafirmar la posibilidad de atribuir unilateralmente la culpa en la separación consensual de cuerpos.

Será este el objeto del presente trabajo, ofreciendo a los hermanos paraguayos una síntesis de la controversia suscitada por el

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 20-1987.

mismo tema en mi patria y las razones por las que –en definitiva- ha triunfado la tesis de la atribución unilateral de la culpa.

2- El origen de la controversia en Argentina.

El divorcio consensual fue receptado en nuestra legislación a través de la sanción de la Ley N° 17.711 que incorporó, en la ley de matrimonio civil, el art. 67 bis. Este divorcio tenía limitados efectos porque no provocaba el renacimiento de la aptitud nupcial.

La referida norma establecía en su segundo párrafo que la sentencia de divorcio “tendrá los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos...”. Este texto ocasionó una intensa disputa doctrinaria y jurisprudencial: en un sector se ajustó estrictamente a la letra de la ley y solo concebía la imposición de la culpa sobre ambos cónyuges; otro sector, al que adhiero, sostuvo la posibilidad de atribuir unilateralmente la culpa a uno de los cónyuges por acuerdo celebrado entre ellos.

3. Tesis de la obligatoria atribución bilateral de la culpa

Distintos autores y fallos sostuvieron esta posición con variados argumentos (1).

Se afirmó que la declaración de la culpa o inocencia de uno de los cónyuges constituye materia que no puede ser acordada entre los esposos, y menos aún cuando ello acarrea una declaración judicial, toda vez que la legislación de fondo exige que la culpa sea probada y prohíbe el allanamiento. Además, se sostuvo que no se puede forzar la ley haciéndole decir lo que no dice; por el contrario, lo que ella hace es descartar la posibilidad de atribuir unilateralmente la culpa, lo que por otra parte sería lógico si se cae en la cuenta de que la sentencia no puede jamás expresar los motivos por los que atribuye la culpa a uno de los esposos, careciendo así de la debida fundamentación.

Se dijo, también, que quien es inocente y quiere que tal inocencia sea decretada deberá iniciar el juicio contradictorio de divorcio

SEPARACIÓN DE CUERPOS POR MUTUO CONSENTIMIENTO.
EL ACERTADO ARTÍCULO 579 DEL PROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE
LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

porque el trámite previsto por el art. 67 bis solo es aplicable cuando ambos cónyuges reconocen la existencia de causas imputables recíprocamente. La ley, en realidad, no quiere el divorcio y de allí su función disuasiva que en el caso se concreta impidiendo la atribución unilateral de la culpa.

Finalmente, se ha sostenido que el único sentido que tiene la declaración unilateral de inocencia es el de permitir la transacción sobre eventuales derechos hereditarios o el pacto de una herencia futura, todo lo cual está legalmente prohibido.

4- Tesis de la posible atribución unilateral de la culpa.

A igual que en la tesis precedentemente reseñada diferentes fallos y la mayoría de la doctrina han sostenido –con argumentos más que poderosos- la posibilidad de atribuir unilateralmente la culpa del divorcio (2).

Ante todo, debe destacarse que no existe principio moral alguno que se resienta por admitir que uno de los cónyuges cargue exclusivamente con la culpa; todo lo contrario, tales principios se menoscaban cuando se sanciona como culpable a quien es inocente, sin perjuicio de constituir una palmaria injusticia y ser contrario al orden público en declarar culpable a quien no lo es. El interés social es que el culpable sea culpable y el inocente sea inocente.

Es loable, además, que uno de los esposos quiera asumir exclusivamente la culpa del divorcio y beneficie –de esa manera- al otro cónyuge evitándole la pérdida de los derechos que como inocente le corresponde; ello dignifica al culpable y hace justicia con el inocente.

Asimismo, puede señalarse que, si bien la ley no admite expresamente la posibilidad de atribuir unilateralmente la culpa, tampoco la niega. Por el contrario, es doctrina pacífica que quien puede lo más (en el caso en estudio, atribuir la culpa a ambos) puede lo menos (atribuirla a uno solo de ellos) porque no puede olvidarse que la norma que atribuye la culpabilidad es de carácter supletorio y no imperativo. Tanto es así que la misma norma permite excepciones como

la de pactar alimentos, los que –en rigor de verdad- deberían cesar con la declaración de la culpabilidad.

Sería absurdo, por último, que se castigue al inocente imponiéndole la sanción de ser culpable del divorcio por el solo hecho de utilizar una vía que la misma ley autoriza.

5- Valoración de las tesis reseñadas

Es, a mi modo de ver, evidente la diferencia argumental entre una tesis y otra en favor de quienes sostenemos la posibilidad de atribuir la culpa unilateralmente.

En primer lugar, debe señalarse que los cónyuges pueden acordar diferentes cuestiones. Basta recordar que pueden celebrar convenios sobre alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas y división de bienes. Incluso, pueden acordar divorciarse. Todos estos acuerdos requieren la homologación judicial que no tiene por qué ser fundada. ¿Qué diferencias existen entre los referidos acuerdos y la posibilidad de convenir la atribución unilateral de la culpa?

Por otra parte, muchos de los argumentos se limitan a manifestar que la ley establece expresamente que este divorcio tendrá los mismos efectos que el divorcio por culpa de ambos. Este argumento, además de haber sido rebatido exitosamente (como dijera en el punto 4), cesa inexorablemente con una norma que en forma explícita atribuye unilateralmente la culpa.

No es razonable afirmar que la ley admite una vía para obtener el divorcio y que –a su vez- pretenda disuadir a las personas en su utilización, impidiendo la atribución unilateral de la culpa. Si así fuera, mejor habría sido no crear la norma.

Tal vez, el argumento más impactante de la tesis rebatida sea el que aceptar la atribución unilateral de la culpa, importe permitir la transacción sobre eventuales derechos hereditarios o el pacto sobre una herencia futura. Pero el argumento no es eficaz. Enseña Belluscio que no es verdad que se trate de un pacto sobre una herencia

SEPARACIÓN DE CUERPOS POR MUTUO CONSENTIMIENTO.
EL ACERTADO ARTÍCULO 579 DEL PROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE
LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

futura; en todo caso lo que existe es una negociación indirecta y eventual de la vocación hereditaria. Avancemos un poco y veremos la cuestión desde otra óptica: ¿qué sucede cuando el cónyuge inocente asume la culpabilidad del divorcio? Por un lado, está renunciando a un derecho indisponible (su eventual derecho hereditario); por otro lado, la ley estaría admitiendo un indirecto pacto renunciativo. Si este pacto se admite ¿por qué vedar un indirecto pacto confirmativo del derecho hereditario del cónyuge inocente? Por último, recuerdo que esta inocencia no reviste carácter de inmodificable porque la misma ley admite la posibilidad que cese –art. 71 bis de la ley 2393-(3).

Los argumentos de la tesis que defiende, en cambio, son todos válidos. Es que la moral, la justicia y el interés social se verían gravemente resentidos con una solución disvaliosa como es obligar a un cónyuge que reconozca ser culpable cuando es inocente.

Finalmente, es dable observar que, si uno de los cónyuges está decidido a reconocer que es el único culpable, lo más probable es que todo derive en la simulación de un juicio. Esa es la experiencia / argentina: antes de que se sancionara el art. 67 bis, los esposos que querían divorciarse de común acuerdo llevaban adelante un simulado pleito / con dichos y pruebas convenidos. La prueba palmaria de que ello era así la constituían las numerosas sentencias de la Instancia no apelada. / ¿Para qué volver a la simulación procesal en vez de dar transparencia al proceso?

6- El triunfo de la tesis defendida

El día 8 de junio se promulgó en mi patria la ley n° 23.515. Esta ley se incorporó al Código Civil y derogó la ley n° 2.393, modificándose así el régimen del matrimonio civil.

En lo que respecta al tema tratado, debe mencionarse el nuevo art. 236 que reitera en lo esencial el art. 67 bis de la ley de matrimonio civil. Sin embargo, se pueden observar dos incorporaciones y una supresión.

Las incorporaciones son:

a) La posibilidad de convenir el régimen de visitas, los alimentos para los hijos menores o incapaces y su método de actualización y la atribución del hogar conyugal, todo lo cual era práctica judicial corriente.

b) La autorización para concurrir a la segunda audiencia por medio de apoderado con mandato especial.

La supresión consiste, justamente, en la eliminación de la frase que decía: “esta decisión tendrá los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos”.

Esta supresión es por demás significativa e importa adherir a la tesis que defiende. Si la sentencia de separación personal o de divorcio vincular no trae como consecuencia la declaración bilateral de la culpa, ello significa indudablemente que en el régimen vigente es posible que los cónyuges acuerden que la culpa recaiga exclusivamente sobre uno de ellos (4). Y esto es lo que en justicia corresponde.

NOTA:

1- Entre otros: ESCRIBANO, Carlos –“Divorcio consensual” – Ed. Abeledo Perrot – pág. 85; D’ANTONIO, Daniel Hugo –obra hecha con otros autores: “Derecho de Familia I” –Ed. Ruhinzal – Culzoni – pág. 558; autos: “S. de H., M. c/ H., C.E.”, Cám. Civil Cap. Fed. –Sala A-, Revista El Derecho 61.194; “F.CH., J.A. Y F. CH. O. B.”, Cám. Civil Cap. Fed. en pleno, Revista Le Ley 1997-8-433; “V. DE F., A. Y otro” –Suprema Corte Provincial de Buenos Aires – Revista La Ley 1979-A-285, Es interesante resaltar que, en el citado fallo plenario, la votación arrojó la mínima diferencia de diez votos contra ocho.

2- GOYENA CAPELLO, Héctor Roberto – “El reconocimiento unilateral de culpa en el divorcio por mutuo consentimiento” Revista La Ley 150-128; BELLUSCIO, Augusto C. – “Derecho de Familia”, Tomo III –Ed. Depalma. Pto. 950; ZANNONI, Eduardo A. –“Derecho de familia”, tomo II –Ed. Astrea / Ptos. 647/8; BORDA, Guillermo

SEPARACIÓN DE CUERPOS POR MUTUO CONSENTIMIENTO.
EL ACERTADO ARTÍCULO 579 DEL PROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE
LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

A. --” Tratado de Derecho de Civil- Familia I” – Ed. Perrot – pto. 508-X; autos: “V. de S., A. y otro”, Juzgado 3 Civil y Comercial de Mar del Plata (firme), Revista La Ley 150-128.

3- BELLUSCIO, op. cit., pto. 905.

4- ZANNONI, Eduardo A. – “Régimen de matrimonio Civil y divorcio” –Ed. Astrea – pág. 114.



La anualidad de las Asambleas Ordinarias en las Sociedades Anónimas

Raúl Sapena Brugada¹

1. El Problema.

Una noticia periodística, originada en gremios empresariales, sacó a luz un desconcertante obstáculo en la interpretación de nuestro nuevo Código Civil, el art. 1081 dice categóricamente “la Asamblea Ordinaria ES ANUAL y debe ser convocada por el Directorio, y en su defecto, por el síndico”. Por su parte el artículo 1079 enumera cuatro “asuntos” que corresponden a las Asambleas Ordinarias. Para tratar los dos primeros debe convocarse una Asamblea Ordinaria, para el efecto, dentro de los cuatro meses del cierre del ejercicio. Se trata, justamente, de los temas que, en el Código de Comercio anterior, hacían de la Asamblea Ordinaria, esencialmente, una Asamblea periódica (anual):

a) memoria anual del Directorio, balance y cuentas de ganancias y pérdidas, distribución de utilidades, informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la empresa que le corresponda resolver de acuerdo con la competencia que le reconocen la ley y el estatuto, o que sometan a su decisión el directorio y los síndicos:

b) designación de directores y síndicos y su remoción;

Por exclusión, no es obligatorio tratar dentro de los cuatro primeros meses los dos tópicos siguientes:

c) responsabilidad de los directores y síndicos y su remoción y

d) emisión de acciones dentro del capital autorizado.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 20-1987.

Como la obligatoriedad de la convocatoria de la asamblea para los dos primeros puntos está reforzada por obligaciones tributarias, normalmente, una Asamblea Ordinaria será convocada dentro de los cuatro meses del cierre del ejercicio (digamos, por ejemplo, el 27 de marzo) en cualquier Sociedad manejada cuidadosamente.

La inquietud surgida en los empresarios que cuestionaron a los juristas sobre el tema, es la siguiente: ¿debemos entender entonces que se puede convocar MAS DE UNA ASAMBLEA ANUAL o, por el contrario, que se debe esperar al año próximo? ya que por estipulación expresa de la ley esta asamblea debe ser anual.

Algunos juristas, según entiendo, se encaminaron a justificar una múltiple convocatoria de la Asamblea “Anual” y otros se atienen al texto literal del Art. 1081, en cambio el Profesor Pangrazio tuvo la gentileza de recoger una teoría mía -diferente- y de referirse a ella con mi nombre y apellido en el Tomo III de su Código Civil Comentado, basado en una conversación personal sobre el tema.

Como consecuencia de esta referencia, y de una charla que di en el Colegio de Escribanos del Paraguay, más de un colega me ha cuestionado ya sobre mi “teoría” (sobre la cual, sin embargo, nada he escrito). Algunos, como mi distinguido amigo y Profesor el Doctor Horacio Gabriel Lebrón, se han anticipado a informarme que no están de acuerdo con ella. Esta respetada opinión, y otras positivas -que no me he atrevido a contabilizar por miedo a perder la encuesta- me han alentado a exponer, por escrito, mis reflexiones sobre el tema, en esta pequeña y sintética monografía.

2. Análisis de los Arts. 1078 al 1081.

Como se explicará más adelante, yo pienso que LA ANUALIDAD de la Asamblea Ordinaria está demasiado clara y categóricamente expresada en el Art. 1081 y que los dos últimos incisos del Art. 1079, cuando ya se realizó la Asamblea Ordinaria Anual, pueden y deben ser tratados por una Asamblea Extraordinaria.

LA ANUALIDAD DE LAS ASAMBLEAS ORDINARIAS EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

La fundamentación de esta tesis, lo mismo que la contraria, no es fácil ni directa. La única solución directa consiste en aplicar literalmente la Ley, lo que nos llevaría a decir a los accionistas inquietos, que NO PUEDEN convocar otra Asamblea Ordinaria y como el tema “NO ES COMPETENCIA de una Asamblea Extraordinaria”, deben esperar al año próximo.

Las consecuencias prácticas de esta interpretación literal, son las siguientes: a) En caso de necesidad de remover a uno o más Directores o Síndicos, habría que esperar el año próximo, dilación de por sí injustificada, a la que hay que agregar otro detalle: esa Asamblea deberá ser convocada por los mismos interesados en no llevarla a cabo (Directores y Síndicos), ya que según nuestro Art. 1081 que se aparta también en esto de su fuente argentina, solo las Asambleas Extraordinarias pueden ser convocadas por pedido de los accionistas. b) Se obligaría a la sociedad a planificar UNA SOLA EMISIÓN AL AÑO, exigencia injustificada y sin fundamento concebible.

Es imposible pensar que tales consecuencias prácticas eran las deseadas por el legislador y ello nos obliga a seguir estudiando el escollo.

3. El Trasfondo Doctrinario.

Doctrinariamente, el texto de nuestro Código, mezcla el sistema del Código italiano (recogido por De Gásperi y no muy diferente de nuestro antiguo Código de Comercio) y el de la Ley Argentina de Sociedades Comerciales. Brunetti, interpretando el primero, dice de las asambleas ordinarias y extraordinarias que esta calificación NO ESTÁ EN RELACIÓN A LA MATERIA A TRATAR SINO AL TIEMPO DE LA CONVOCATORIA (Tratado del Derecho de las Sociedades, Tomo II, & 560, pág. 366). En cambio, si vamos a la Ley argentina, (la otra fuente de nuestro Código), dice Juan M. Fariña (y cualquier autor de esa nacionalidad) que “La Ley argentina distingue dos clases de asambleas generales...” (la ordinaria y la extraordinaria) y que “esta calificación se fundamenta en las MATERIAS que corresponde tratar a unas y a otras, NO TENIENDO NADA QUE

VER LA ÉPOCA DE SU CELEBRACIÓN” (Juan M. Fariña, Tratado de Sociedades Comerciales, Parte Especial, II B, pág. 166).

Ambas legislaciones difieren, pues, radicalmente, sobre el tema. Donde una dice “blanco” la otra dice “negro”.

¿Qué hizo nuestro legislador? Mezcló AMBOS SISTEMAS. De allí surgen las dificultades interpretativas.

Al copiar textualmente los encabezamientos de los Arts. 233 y 234 de la Ley Argentina de Sociedades Comerciales en los Arts. 1078 y 1079, introdujo –aparentemente– el sistema argentino, para el cual no importa el tiempo de convocatoria y sí, únicamente, las materias a tratar. En la argentina, nada impide convocar a más de una asamblea anual, pues, sigue diciendo Fariña en la cita arriba iniciada, su calificación depende de los temas que conforman el orden del día. Pero en la ley argentina ningún artículo dice, como nuestro Art. 1081 que la Asamblea Ordinaria es anual.

4. Planteamiento del Problema.

De este modo llegamos al cuello de la botella: ANUAL significa, según el diccionario de la Lengua Española que se sucede o se repite **cada año**. No tendría sentido usar esa palabra si la asamblea se pudiera realizar dos o siete veces al año sin ninguna periodicidad como no lo tendría si dijera trimestral y pudiera realizarse tres veces en el trimestre). Tampoco hay razón para pensar que estamos ante un caso de Ley de Errata, pues no es el primer caso en el cual nuestro Código decide incrustar algún elemento de la legislación anterior.

Si rechazamos el camino de ir contra el TEXTO EXPRESO DE LA LEY QUE ESTABLECE LA ANUALIDAD DE LAS ASAMBLEAS ORDINARIAS, no tenemos más remedio que estudiar la POSIBILIDAD de tratar estos temas en una Asamblea Extraordinaria. Esta cuestión, así de simple es el origen de nuestras reflexiones: **¿Pueden** ser tratados los temas de los incisos c) y d) del Art. 1079 por una Asamblea Extraordinaria?

LA ANUALIDAD DE LAS ASAMBLEAS ORDINARIAS
EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Hemos estudiado mucho el tema y nuestra respuesta es positiva. Es más, hemos arribado a la conclusión de que no solo es POSIBLE, sino PERTINENTE. Estas dos conclusiones, como se verá, no son idénticas. Alguien podría estar de acuerdo con nosotros en lo que respecta a la “posibilidad” (validez de una resolución **ya tomada** en una Asamblea Extraordinaria) y no estarlo en cuanto a su PERTINENCIA.

5. Comparación de nuestros artículos con los argentinos.

El codificador hizo más de una corrección a su fuente argentina. Comparemos, por ejemplo, nuestro Art. 1078 con su equivalente, el Art. 233 de la LSC de la Argentina: Estos artículos en una y otra legislación son tan importante para nuestro tema como los posteriores. Del Art. 233 surge en la legislación argentina que “LAS ASAMBLEAS” (en plural) tienen competencia exclusiva para tratar los asuntos incluidos en los Arts. 234 y 235”. Es decir, cada una de las sub-especies de Asamblea General, tiene su propia competencia para los asuntos enumerados respectivamente en esos dos artículos. Pero, fijémonos en la redacción de nuestro Art. 1078. Dice: “LA ASAMBLEA” (en singular) TIENE COMPETENCIA para tratar los asuntos mencionados en los dos artículos siguientes”. La diferencia es notoria, lo que dice es que LA ASAMBLEA TIENE COMPETENCIA PARA LOS ASUNTOS MENCIONADOS EN LOS DOS ARTÍCULOS SIGUIENTES.

Nuestro Código asume con firmeza literal que el órgano es uno solo: La Asamblea General. La Ordinaria y la extraordinaria son MANIFESTACIONES del mismo.

Otra comparación interesante se relaciona con uno de los temas en discordia. Comparemos: el inciso d) de nuestro Art. 1079 con el 4) del Art. 234 de la Argentina. El nuestro, habla de la emisión de acciones dentro del capital autorizado” y el argentino (inciso 4) dice “aumento del capital hasta el quíntuplo conforme al Art. 188”.

Pasemos a los próximos artículos (los que tratan de las Asambleas Extraordinarias), en el Paraguay, se incluye en el inciso a) en forma lisa y llana el “Aumento, reducción la reintegración del capital”. (ver Art. 1080), en cambio, en la Argentina, el inciso 10) del Art. 235 relativo a la competencia de las Extraordinarias, dice “...1. Aumento del capital, SALVO EL SUPUESTO DEL ART. 188...” (que como vimos, estaba reservado a la Asamblea Ordinaria. **NOTABLE DIFERENCIA CON LA REDACCIÓN DE NUESTRO CÓDIGO**, el cual simplemente habla de aumento de capital **SIN EXCLUIR EXPRESAMENTE EL TEMA DEL ART. ANTERIOR**. El tema del inciso d) (emisión de acciones dentro del capital autorizado) tiene pues argumentación propia para ser tratado en una Asamblea Extraordinaria ya que, sin dudas, una de las formas de aumentar el capital social es emitir acciones dentro del capital autorizado, el cual, como se sabe, no tiene entidad contable alguna. Se halla expresamente incluido en la disposición genérica del inciso primero del Art. 1080 que trata de la competencia de dichas Asambleas.

6. Cuestionamientos al Sistema Argentino y Problemas Prácticos que Plantea.

Los propios autores argentinos critican la rigidez taxativa del sistema.

Siguiendo siempre con JUAN M. FARINA (op. cit. &175 pág. 166 a 168), cuando concluye de afirmar que la competencia se determina en su país por “los temas del orden del día”, dice:

“Dentro de la doctrina nacional se formulan críticas a esta distinción que hace la ley entre asambleas ordinarias y extraordinarias. Cornejo Costas expresa: “No convence mucho la distinción se reduce a una cuestión de nombre si se mantienen los temas a tratar en el orden del día; es decir que puede eliminarse la distinción, dejando los recaudos mencionados, para lo cual habrá que coordinar los Arts. 234 a 237 y la exigencia de la anualidad para los casos del Art. 234, inc. 1”.

LA ANUALIDAD DE LAS ASAMBLEAS ORDINARIAS
EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

“Por otra parte -sigue diciendo Farina- la ley no es muy clara en cuanto a cuál es el criterio que debe adoptarse, para determinar si un asunto no previsto expresamente en las enumeraciones de los Arts. 234 y 235, corresponde ser tratado por una asamblea ordinaria o por una extraordinaria. La primera parte del Art. 235 expresa: “Corresponden a la asamblea extraordinaria todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria, la modificación del estatuto...etc.”

“El Art. 234, que enumera los temas propios de la asamblea ordinaria, no contiene una frase que permita al intérprete extender su aplicación a otros casos análogos. En efecto, dicho artículo comienza: “Corresponde a la asamblea ordinaria, considerar y resolver los siguientes asuntos”: y luego viene la enumeración en cuatro incisos. No dice este artículo: “Corresponde a la asamblea ordinaria, considerar y resolver, entre otros...” o “En general corresponde a la asamblea ordinaria...” o cualquier frase semejante; con lo cual nos está dando a entender que la enumeración es taxativa.

Tal la rigidez del sistema argentino, pero, a pesar de ello, Farina se ve obligado a solucionar un problema práctico: un tema tratado por error en la asamblea “equivocada”. Veamos cómo solucionar el problema:

“¿Qué ocurrirá si por error se incluyen en el orden del día de una asamblea ordinaria, temas que deben ser tratados por una extraordinaria y a la inversa?

“Si se incluye en el orden del día de una asamblea extraordinaria temas propios de la ordinaria, considero que esto no afecta la validez de la resolución adoptada, pues ello está indicando que ha habido quórum y mayoría más que suficiente para decidir en forma válida. Pero esto no impide que se puede impugnar tal convocatoria antes de celebrada la asamblea, pues al convocarse una extraordinaria en vez de una ordinaria se estaría imponiendo la exigencia de un

quorum mayor del requerido por la ley y por el estatuto, lo cual podría ser un obstáculo para resolver temas de interés social y trabar de este modo el normal funcionamiento de la sociedad”.

Esto, repetimos, aun con la rigidez del sistema argentino y la distinta redacción del Art. 233 comparado con nuestro Art. 1078.

ENRIQUE ZALDÍVAR (CUADERNOS DE DERECHO SOCIETARIO, Sociedades por Acciones, pág. 319) es tanto o más categórico que Farina en cuanto a la competencia de la Asamblea Extraordinaria. Vemos que dice:

“43.2. Clases de asambleas. Competencia y funciones. “Hasta el momento tratado de la asamblea como órgano de gobierno de la sociedad. Ello presupone la noción de asamblea de todos los accionistas, cuya competencia abarca los temas que son del interés social general”.

“Estas asambleas se dividen en dos clases, con regímenes de funcionamientos distintos: ordinarias y extraordinarias. En el sistema del Cód. Com. la distinción se efectuaba por la época de su celebración; la Ley, con criterio más lógico, la realiza conforme a las materias que cada una de ellas debe considerar, como veremos en los puntos siguientes.

Sin embargo, es preciso destacar desde ya, que **el único efecto de la diferenciación entre asambleas ordinarias y extraordinarias** “(el subrayado es nuestro)” es la exigencia de un quorum mayor para el regular funcionamiento de la segunda que para el de la primera y, en algunos supuestos, de una mayoría superior. Ello hace que mientras estén cumplidos los requisitos mayores, nada impide que ambas clases de asambleas funcionen simultáneamente; mejor expresado, **que una misma asamblea** asuma las dos calidades y tome resoluciones, referidas a temas de competencia de ambas. Con tal que la convocatoria sea regular y comprenda todos los puntos, el quorum sea el exigido y la mayoría resulte conforme a la ley, la división en su realización no tiene por qué mantenerse en forma sacramental”.

LA ANUALIDAD DE LAS ASAMBLEAS ORDINARIAS
EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Al llegar a este punto podemos distinguir por qué dije que La POSIBILIDAD y la PERTINENCIA de tratar los asuntos en una ASAMBLEA EXTRAORDINARIA, son temas diferentes. La POSIBILIDAD es indiscutible, aún en un sistema rígido como la ARGENTINA.

Pero la posibilidad no basta: algún accionista podría impugnar el tratamiento de estos temas ANTES o DURANTE la asamblea.

7. Nuestras conclusiones.

a) Nuestro Código, dijimos, refleja claramente el argumento que está detrás de estos ajustes interpretativos a la ley argentina: el ÓRGANO ES UNO SOLO, y se llama ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS.

b) La competencia de las Asambleas, en nuestro Código, (a diferencia de sus fuentes) se basa en DOS variables y no una sola: los **temas a tratar** y el **tiempo de convocatoria**. Puede ser o no más complicado, pero está en la ley. Esto **no rige solamente para los dos incisos cuestionados**: si una Asamblea Ordinaria omitiera por error designar síndico (cosa que es muy posible ahora que su mandato no es anual), una NUEVA ASAMBLEA ORDINARIA sería INCOMPETENTE POR EL TIEMPO DE CONVOCATORIA (como en el sistema italiano y en el de nuestro antiguo Código de Comercio). Habría que llamar una EXTRAORDINARIA.

c) Siendo una **segunda** -o tercera, cuarta etc.- Asamblea Ordinaria en un mismo año, incompetente por razón del TIEMPO DE CONVOCATORIA, cabe aplicar TAMBIÉN A LA INCOMPETENCIA TEMPORAL la frase más difícil del Art. 1080. Esa frase dice: “Corresponde a la asamblea extraordinaria, **TODOS LOS ASUNTOS QUE NO SEAN DE COMPETENCIA DE LA ORDINARIA**”. En su fuente argentina eso significa “que no sea competente por razón de la materia a tratar”, (puesto que esta es la única forma de calificar las asambleas en nuestro país, cabe agregar...) **o por razón del tiempo**

de su convocatoria” ya que, según nuestro Código, las Asambleas Ordinarias SON ANUALES y una segunda Asamblea Ordinaria sería **incompetente por razón del tiempo de su convocatoria.**

d) Estos argumentos -repetimos- son al efecto de evitar una objeción ANTES O DURANTE la realización de la Asamblea. Como ya lo demostramos, AUN EN LA ARGENTINA DONDE LA COMPETENCIA ES TAXATIVA, RÍGIDA Y BASADA SOLAMENTE EN LA MATERIA, cualquier asunto ya tratado por una Asamblea Extraordinaria, sería válido, puesto que tiene más requisitos, más quorum y SE TRATA DE MANIFESTACIONES DE UN SOLO ÓRGANO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA: LA ASAMBLEA, el cual, según el art. 1078 tiene atribuciones para tratar los temas de los DOS artículos siguientes, solo restringiéndose la primera (la ordinaria) por tener MENOS REQUISITOS que la segunda.

EN SÍNTESIS, en nuestro Código:

1.- La Asamblea es un órgano único, que tiene competencia para tratar lo dispuesto en los Arts. 1079 y 1080 (10 dice textualmente el Art. 1078).

2.- Hay una restricción taxativa para la Asamblea **Ordinaria**, porque tiene requisitos menos exigentes y solo apropiados para temas habituales y periódicos (memoria, balance, elección de Directores y Síndicos).

3.- Cualquier tema que NO sea de competencia de la Ordinaria por los temas a tratar, O POR EL TIEMPO DE CONVOCATORIA, corresponde a la Asamblea Extraordinaria.



Prenda con Registro en el Código Civil Paraguayo

Escribano Alejandro Doldán¹

El Código Civil Paraguayo divide a los Derechos Reales en tres categorías:

A) Sobre la cosa propia: Dominio y condominio;

B) Sobre la cosa ajena: usufructo, uso y habitación y servidumbres activas;

C) De garantía: Prenda e hipoteca.

Nos referiremos a la prenda, conceptuándolo como un derecho real nacido por la conveniencia de los acreedores, en asegurarse una garantía especial sobre bienes del deudor, para precautelarse contra la insolvencia de este.

Al efecto, la normativa del Capítulo IV –título IX del Libro Cuarto del Código queda distribuida en las Secciones siguientes:

SECCIÓN I – “DE LA PRENDA DE COSAS EN GENERAL”

Arts. 2.294 al 2.315

SECCIÓN II – “DE LA PRENDA SOBRE TÍTULOS DE CRÉDITOS”

Arts. 2.316 al 2.326

SECCIÓN III – “DE LA PRENDA CON REGISTRO”

Arts. 2.327 al 2.355

Desaparece en esta forma la distinción que existía entre PRENDA CIVIL (Art. 3.204 del Código de Vélez) y PRENDA COMERCIAL (Art. 580 del Código de Comercio sustituido) para establecer la prenda con desplazamiento de la cosa o simplemente PRENDA DE COSAS EN GENERAL, como lo denomina el nuevo Código Civil,

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 20-1987.

y la prenda sin desplazamiento de la cosa o PRENDA CON REGISTRO, legislada en los Arts. 2.327 al 2.355 del nuevo cuerpo legal, anteriormente regulada en nuestro país, por el Decreto Ley N° 896/43 y Decreto N° 20317/62.

Nos referimos al tema “DE LA PRENDA CON REGISTRO” y para lo cual tenemos que remitirnos a las siguientes prescripciones legales:

CÓDIGO CIVIL: Arts. 2.327 al 2.355 “De la Prenda con Registro” y en los casos no previstos se aplicarán las disposiciones relativas a la prenda de cosas en general contenidas en los Arts. 2.294 al 2.315.

DECRETO LEY N° 896/1943: Que se encuentra parcialmente derogado, pues el Art. 2.810 del Código dispone, que solamente son derogadas las disposiciones que sean contrarias del mencionado Decreto.

Nos veremos obligados constantemente a hacer remisiones a las disposiciones referentes a la prenda de cosas en general, tal como lo dispone el Art. 2.355: “En los casos no previstos, se aplicarán a la Prenda con Registro las disposiciones relativas a la Prenda de cosas en general”.

No definiremos a la Prenda con Registro, pero para su mejor conceptualización, recurriremos a los Arts. 2.294 y 2.327.

Art. 2.294: “Por la constitución de Prenda, se entrega al acreedor una cosa mueble o un título de crédito en seguridad de una obligación cierta o condicional, presente o futura”.

Art. 2.327: “La prenda con registro no requiere la entrega de la cosa. Bastará para constituirla la inscripción en el Registro Prendario, quedando las cosas gravadas en poder del deudor, a título de depositario regular, con las obligaciones y derechos correspondientes”.

De la lectura de estos dos artículos, podemos establecer los elementos principales que entran en la constitución del CONTRATO DE PRENDA CON REGISTRO:

A) EL PERSONAL: Lo constituyen el prendante y el predatario;

1) El primero es el responsable de la obligación principal a la cual queda afectada la cosa mueble que pertenece a su patrimonio. Lo llamaremos DEUDOR PRENDARIO;

2) El segundo acepta la prenda con todos sus efectos y es titular del crédito que aquella garantiza. Lo llamaremos ACREEDOR PRENDARIO.

B) EL ECONÓMICO, constituido, siempre, por una suma cierta de dinero, pues, aunque el Art. 2.294 hable de una seguridad de una obligación cierta o condicional, presente o futura, esta debe ser valorada pecuniariamente.

C) EL MATERIAL O REAL, formada por los bienes afectados a la garantía prendaria (Art. 2.327 y 2.294).

Referente al elemento personal lo encontramos en el Art. 2.295, que dice: “Solo puede constituir prenda el que es dueño de la cosa, o acreedor del crédito afectado, y goza de capacidad de disponer de sus bienes, solo puede recibir la cosa en prenda, el que es capaz de contratar. El acreedor que de buena fe ha recibido del deudor o de un tercero un objeto del cual estos no eran propietarios, puede negar su entrega al verdadero propietario si no hubiere sido robado o perdido, o si hubiere recibido el crédito de quien solo estaba en posesión de él”.

La parte final del Art. 2.294 también contiene una referencia al elemento personal: “La prenda convencional podrá ser constituida por el deudor o un tercero. Este no quedará en este caso personalmente obligado, pero responderá por la evicción”.

Con referencia al elemento económico encontramos en el Art. 2.333, cuanto sigue:

“El derecho del acreedor prendario comprende, además de los bienes pignoralados:

- A) La indemnización del seguro, en caso de siniestro;
- B) La indemnización por la cual fuere responsable el culpable de la pérdida o deterioro de los bienes prendados; y
- C) El precio de la cosa Expropiada”.

Con referencia al elemento real encontramos en el Art. 2.328 cuanto sigue:

“Esta garantía real podrá constituirse sobre:

- A) Ganado de toda especie y sus productos;
- B) Toda clase de máquinas destinadas a la explotación industrial o agropecuaria y cualquier otro instrumento de trabajo, esté o no inmovilizado por su adhesión al suelo;
- C) Los frutos de cualquier naturaleza, sean pendientes o ya separados, así como las maderas cortadas y marcadas para su comercialización y los productos de la minería y de la industria; y
- D) Los vehículos automotores y sus acoplados, con título inscripto en el Registro respectivo y los carros que se hallen inscriptos”.

Además, en el Art. 2.329 leemos: “Podrán también los comerciantes constituir la prenda con registro sobre las cosas vendidas por el precio o el saldo del precio adeudado”.

INTERVENCIÓN DEL ESTADO:

Es un deber que le corresponde al Estado, en su obligación de proteger los intereses de terceros y satisfacer a la Sociedad, que exige la mayor productividad en la explotación del crédito mobiliario.

Esta intervención da a la exteriorización del derecho prendario el sello de la legalidad, cuya consecuencia inmediata es la fe, debido al registro de prenda.

La ley es imperativa al respecto, pues a través de los Arts. 2.336 al 2.338 del Código Civil, dicta las normas pertinentes como consecuencia de lo prescripto en el Art. 2.334 (in fine) que dice: "...pero solo producirá efectos con relación a terceros desde el día de su inscripción en el registro correspondiente. El contrato por instrumento privado se hará en formularios suministrados por la oficina registradora".

El Art. 262 de la ley 879 y su modificatoria Ley 963, establece las quince Secciones de que está compuesta la DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS, adjudicando a la SECCIÓN VI la inscripción de los Contratos de Prenda con Registro y cuyo Art. 343 establece que: "En esta Registro se inscribirán los certificados e instrumentos de prenda sobre bienes comprendido en el contrato denominado PRENDA CON REGISTRO. La inscripción se hará de conformidad con lo dispuesto en el Decreto-Ley 869 del 22 de Octubre de 1.943, con excepción de lo dispuesto en la primera parte del Art. 35 que queda derogada por este Código".

Como decíamos al principio de esta exposición, este Decreto Ley 896 fue parcialmente derogado por el Nuevo Código Civil y que afecta a "aquellas disposiciones que sean contrarias" al nuevo Código.

Esto exigirá una modificación de la mencionada Ley 879, ya que la misma no fue derogada por el nuevo Código Civil.

Volviendo a las disposiciones del Código, diremos que la ley es imperativa con respecto a la obligatoriedad de la inscripción, pues con la misma se perfecciona el contrato como documento habilitante, para dar lugar a otro documento que se llama CERTIFICADO.

En efecto queda a cargo de la Sección VI de la Dirección General de los Registros Públicos, el cumplimiento de las siguientes obligaciones que surgen de las disposiciones contenidas en los respectivos artículos:

1ª OBLIGACIÓN: Art. 2.336: “Verificada la inscripción, el Encargado del Registro EXPEDIRÁ UN CERTIFICADO en el que conste el nombre y apellido de los contratantes, importe del préstamo, fecha de su vencimiento, especie, cantidad y ubicación de los bienes dados en prenda y fecha de la inscripción del Contrato. Ver Anexos 2-3-4

2ª OBLIGACIÓN: Art. 2.337: “El Registro de Créditos Prendarios DEBERÁ COMUNICAR por escrito, dentro de las VEINTE Y CUATRO HORAS de producidos los actos, la inscripción del contrato, así como la cancelación de este, a la DIRECCIÓN GENERAL DE IMPUESTOS INTERNOS en la capital y a la Agencia de la localidad en que se hallen los bienes gravados, a fin de que se abstenga de expedir guías de traslado, certificados de transferencia de los ganados o frutos gravados con prenda sin tener a la vista el certificado de su cancelación o la conformidad del acreedor prendario. Ver Anexo 5.

Tratándose de AUTOMOTORES PRENDADOS o de otros BIENES REGISTRABLES, el gravamen SERÁ COMUNICADO en el mismo plazo al Jefe de la Oficina Registradora para su inscripción”.

3ª OBLIGACIÓN: Art. 2.338: “Si los bienes dados en prenda debieron abonar patentes, o de cualquier modo estuvieren sometidos al control de oficinas fiscales o municipales, el Jefe del Registro Prendario comunicará la inscripción del contrato, dentro de las VEINTE Y CUATRO HORAS, a la oficina que corresponda, para que se tome razón y no se expida ni tramite documento alguno de transferencia de los bienes gravados sin estar cancelado el gravamen.

En la misma forma se comunicará a dichas oficinas la cancelación de la Prenda”.

Además, existe la obligación de suministrar formularios por parte de la oficina registradora (Art. 2.334 in fine).

FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO.

El Art. 2.334 dispone: “El contrato de Prenda con Registro debe formalizarse por instrumento público o privado, pero solo producirá efectos con relación a terceros desde el día de su inscripción en el registro correspondiente. El contrato por instrumento privado se hará en formularios suministrados por la oficina registradora”. Ver Anexo 1.

Como se ve la forma instrumental es exigida obligatoriamente, al imponer la norma transcrita que el contrato debe formalizarse por instrumento público o privado, equivale a disponer que la forma escrita es exclusiva para esta clase de contratos.

Lo cual quiere decir que según el Art. 303 no puede ser suplida por ninguna otra forma, en efecto, dicho artículo prescribe: “Cuando una determinada forma instrumental fuere exclusivamente prescripta por la Ley, no se la podrá suplir por otra, aunque las partes se hubiesen comprometido por escrito a su otorgamiento en un tiempo determinado, e impuesto cualquier pena. Esta cláusula y el acto mismo serán nulos”.

Y para reforzar la obligatoriedad de la forma escrita, el Art. 706 prescribe: “Los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez jornales mínimos establecidos para la capital deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos”.

Pero en tratándose de “bienes que deban ser registrados” el Art. 700 establece imperativamente que: “Deben ser hechos en Escritura Pública: A) Los contratos que tengan por objeto la constitución, modificación, transmisión, renuncia o extinción de derechos reales sobre bienes que deban ser registrados;” ...B) ...al inc. J”.

ESPECIFICACIONES DEL CONTRATO

La Ley fija en el Art. 2.335 las especificaciones esenciales del contrato y que a su vez deben constar en el certificado que se expedirá, verificada la inscripción por el encargado del Registro, conforme al Art. 2.336.

La exigencia de la figuración en el contrato, aparte de que establecen las relaciones entre las partes, determinan la extensión de la garantía; individualizan los bienes sobre los cuales se ejerce el derecho prendario y demás circunstancias y detalles del acto jurídico, son de necesidad a los efectos de la inscripción del contrato, para lo cual debiendo ser extraídos del documento a registrar, necesariamente deben constar en él.

El Art. 2.334 prescribe las especificaciones que deberán contener el Contrato de Prenda con Registro y son las siguientes:

- 1) Nombre y apellido y domicilio de los contratantes;
- 2) Lugar de su celebración, fecha del vencimiento del crédito, su monto, interés anual del mismo y lugar del pago, individualización exacta de los bienes gravados y ubicación de estos;
- 3) Si están o no libres de gravámenes y los que reconocieren a la fecha del contrato;
- 4) Existencia de Seguro;

Tratándose de ganados se mencionará:

- a) Individualización y especificación del número, edad, sexo, marca o señal, raza y calidad en su caso, y en cuanto a los productos, su calidad, peso y número.

Tratándose de productos industriales se consignará:

- 1) Naturaleza, cantidad y marca de fábrica; y en los frutos si son o no fungibles, determinándose en el primer caso, su calidad, graduación y variedad.

CLÁUSULAS PROHIBIDAS EN UN CONTRATO

El Código, en resguardo de los intereses de ambos sujetos de la relación jurídica, en nuestro caso el Contrato de prenda con Registro, declara nulos ciertos actos, ellos son:

1) Es nula toda convención que permita al acreedor apropiarse de la cosa prendada sin llegar al trámite del remate judicial (Art. 2.352 1ª. Parte);

2) Es nula toda convención que importe la renuncia del deudor a la defensa en juicio en caso de falta de pago (Art. 2.352 – 2ª Parte);

3) El Código al establecer el procedimiento a seguir en caso de venga de los bienes prendados, sea por mutuo convenio o por ejecución judicial, está indicando en forma imperativa el orden y los privilegios, en consecuencia, será nula toda convención incorporada al contrato prendario con la finalidad de establecer que la cosa prendada pueda liquidarse en forma distinta de la establecida en el Art. 2.353).

CLÁUSULAS AUTORIZADAS

El Código autoriza determinadas cláusulas que se vinculan con ciertas modalidades de un contrato prendario.

1) Estableciendo que el deudor no podrá celebrar otros contratos sobre los mismos objetos, salvo ampliación que le acuerde el acreedor, o que el nuevo contrato sea consentido por este. (Art. 2.341).

2) Estableciendo que los bienes prendados no sean trasladados fuera del lugar en que se hallaban al tiempo de la celebración del contrato (Art. 2.342 – 1a. Parte).

3) Estableciendo que el traslado de los bienes prendados sin asentimiento del acreedor, autoriza a este a pedir el secuestro de ellos y demás medidas conservadoras de sus derechos (Art. 2.342 – 2ª Parte).

4) Estableciendo que los automotores queden comprendidos en la prohibición, solo cuando se trate de desplazamientos definitivos (Art. 2.342 – último párrafo).

5) Estableciendo que la venta de los bienes prendados, así como su transformación o industrialización, solo se podrá hacer con la conformidad previa del acreedor; toda transformación o industrialización, quedará comprendido en la garantía prendaria y se tomará debida nota en el Registro y la conformidad deberá constar en acto auténtico (Art. 2.343).

6) Estableciendo que el deudor deberá conservar en buen estado los bienes prendados y podrá usarlos conforme a su destino (Art. 2.344 – 1ª – Párrafo).

7) Estableciendo que el uso indebido o abusivo de la cosa prendada, así como la oposición a que sea inspeccionada por el acreedor, dará derecho a esta para pedir su secuestro (Art. 2.344 – 3º Párrafo).

8) Estableciendo que el acreedor está facultado para inspeccionar periódicamente el estado de los bienes prendados (Art. 2.344 – 2º – Párrafo).

9) Estableciendo que cuando el estado de los bienes prendados lo requiera, podrán ser depositados en poder de terceros (Art. 2.344 último párrafo).

FRACCIONAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN:

La obligación prendaria podrá fraccionarse documentándose en PAGARÉS ENDOSABLES, haciéndolo constar en el contrato y en cada documento, e inscribiéndose tanto los pagarés como sus endosos en el Registro Prendario.

Al Acreedor solo podrá ejecutar su crédito haciendo valer su pagaré (Art. 2.339).

PRIVILEGIO DEL ACREEDOR PRENDARIO:

La inscripción conserva el privilegio del acreedor prendario por TRES AÑOS contados desde la fecha en que se hubiere efectuado; pero la prenda no cancelada podrá prorrogarse por tres años más, a simple petición del acreedor formulada con anterioridad al vencimiento de aquel plazo.

Si los bienes prendados fuesen máquinas, la inscripción ampara los derechos del acreedor, por el plazo de CINCO AÑOS, renovables por otro período igual, en las condiciones anteriormente prescriptas.

Los derechos emergentes de la inscripción caducan por el mero vencimiento del plazo (Art. 2.340).

Los bienes gravados con prenda registrada, garantizarán al acreedor, con privilegio especial, el importe del préstamo, intereses y gastos, y la acción ejecutiva y secuestro en los mismos casos en que proceda a favor del acreedor hipotecario (Art. 2.330 – 2º Párrafo).

Por su parte el Art. 2.373, referente a los efectos de la hipoteca entre las partes, prescribe: “La hipoteca inscrita confiere al acreedor un derecho preferente a ser pagado sobre el precio del inmueble. Podrá demandar la ejecución y venta de la cosa hipotecada, sea que ella está del deudor, del constituyente, o de un tercero poseedor”.

Para finalizar analizaremos una escritura de Garantía Prendaria con Registro.

ESCRITURA DE GARANTÍA PRENDARIA CON REGISTRO

Arts. 2.334 y 700 inc. “A”.

A) Comparecencia habitual

B) Negocio Jurídico

c) Cláusulas.

...El precio convenido es de Gs....., del cual el comprador entrega en este acto la suma de Gs....., por lo que este mismo instrumento el vendedor otorga suficiente recibo, y el saldo de Gs.....El comprador se obliga a abonar al vendedor en.....cuotas mensuales, iguales y consecutivas (o como se convenga), pagaderas a partir del día.....y así sucesivamente hasta su pago total, a cuyo efecto entrega.....documentos con los montos y vencimiento establecidos.

Ver Art. 2.339 C.C.

...Enterado el comprador de los términos de esta escritura, manifiesta su conformidad y aceptación en todas sus partes y tomando posesión del vehículo, AGREGA: Que en garantía del precio adeudado (o de la suma adeudada) de Gs....., GRAVA CON DERECHO REAL DE PRENDA CON REGISTRO el vehículo adquirido por este acto y relacionado precedentemente, dejando sujeto el presente contrato a las siguientes cláusulas:

PRIMERA: Se designa depositario del vehículo prendado al comprador señor.....con todas las responsabilidades del depositario regular. Ver Arts. 2.327 y 1250 C.C.

SEGUNDA: El deudor queda obligado a asegurar el vehículo prendado por un monto no inferior a la suma adeudada y por el tiempo que dure la obligación; en caso de incumplimiento el acreedor podrá, por cuenta del deudor, abonar a la compañía aseguradora el saldo que se adeudare o renovar la Póliza, en cuyo caso esta suma se le cargará en cuenta, quedando garantizada igualmente la cantidad abonada por el derecho real de Prenda constituido por este acto. Ver Art. 2.330 – inc. “a” y 2.346.

TERCERA: Los pagos mensuales se efectuarán en el domicilio del acreedor y el mero vencimiento de.....cuotas constituirá en mora al deudor, sin necesidad de protestos ni requerimientos previos y devengará un interés moratorio del uno por ciento mensual, facultando al acreedor a exigir el pago de la totalidad de la obligación o del salto resultante, pudiendo solicitar y obtener el secuestro del vehículo

prendado y la designación del acreedor como Depositario Judicial, durante la tramitación del juicio respectivo. Ver Arts. 454 – 2.354-2.330 (2º párrafo).

CUARTA: El deudor no podrá sin el consentimiento expreso del acreedor:

A) Celebrar otros contratos sobre el mismo objeto, salvo ampliación que le acuerde el acreedor, o que el nuevo contrato sea consentido por este (Art. 2.341)

B) Trasladar la cosa prendada fuera del lugar en que se hallaban al tiempo de la celebración del contrato (Art. 2.342)

C) Vender los bienes prendados, así como su transformación e industrialización (Art. 2.343).

QUINTA: El deudor deberá conservar en buen estado los bienes prendados y podrá usarlos conforme a su destino (Art. 2.344 – 1ª parte-1º párrafo).

SEXTA: El acreedor está facultado para inspeccionar periódicamente el estado de los bienes prendados; el uso indebido o abusivo de la cosa prendada, así como la oposición a que sea inspeccionada por el acreedor, dará derecho a este para pedir su secuestro.

Ver Art. 2.344 – 2º párrafo.

SÉPTIMA: El acreedor podrá solicitar el depósito de los bienes prendados en poder de terceros, cuando el estado de los mismos, así lo requiera.

Ver Art. 2.344 – último párrafo.

OCTAVA: Podrá el acreedor perseguir cualquier otro bien del patrimonio del deudor, sin necesidad de instaurar un nuevo juicio, siempre que luego de la liquidación judicial de los bienes prendados, quedase pendiente algún saldo. Ver Art. 2.350 – 2º párrafo y 430).

NOVENA: Para todos los efectos del presente contrato y mientras dura el mismo, las partes fijan domicilio especial en el constituido en la comparecencia de la presente escritura y será válidas todas las notificaciones remitidas a los mismos, como si fueran hechas personalmente. Art. 2.335.

De acuerdo a las precedentes cláusulas.....

FINAL normal de toda escritura.

Art. 2336 Cód. Civil

La Inscripción se verifica, con los sellos correspondientes, cuando los contratantes no tienen la inscripción inserta en la misma.

DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS PUBLICOS
PRENDA CON REGISTRO
Nº. _____
Asunción, _____ de 1.9 _____
Encargado _____

DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS PUBLICOS
PRENDA CON REGISTRO
CERTIFICO: Que el presente contrato de prenda se encuentra
inscripto bajo el Nº. _____
Lib. _____ Sec. _____
Acreedor _____
Deudor _____
Asunción _____ 19 _____

En estos sellos constan el nombre y apellido de los contrates, (Acreedor y Deudor), Importe del préstamo, fecha de su vencimiento, especie, cantidad y ubicación de los bienes dados en prenda, se encuentran insertos en el mismo contrato y en los libros de toma de

PRENDA CON REGISTRO EN EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

razón, en cuanto a la fecha de la inscripción del contrato se inscribe en el mismo sello.

2° CASO; Cuando ya los contratos vienen inscriptos con el clisé correspondiente, se procede a llenarla de acuerdo a los libros, números y fecha que corresponden.

NOTA: ADJUNTO a este contrato previsto del clisé correspondiente.

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

FORMULARIO AUTOMATIZADO POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS (ART. 139-ACTUALIZADO 2017)

CONTRATO DE PRENDA CON REGISTRO N°.

En la ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los _____ días del mes _____ de _____ de 10 _____, por una parte los Señores _____ con domicilio en la Casa N° _____ de la Asunción que en adelante se denominará _____ calle _____ al VENDEDOR, y por la otra parte, Sr. Señor _____ de nacionalidad _____ con documento de identidad _____, quien constare domicilio a todo efecto de este contrato en la casa N° _____ que en adelante se denominará el COMPRADOR formalizan por este instrumento el siguiente contrato de compra-venta bajo garantía de Prenda con Registro: (1) El vendedor vende y transfiere al comprador y este compra y recibe del mismo a su entera satisfacción, lo(s) siguiente(s): _____

(2) El precio de venta es de Qs. _____, cuenta de la cual el comprador debe pagar en este acto la suma de Qs. _____ (3) El comprador se obliga a abonar el saldo del precio de Qs. _____ en _____ mensualidades de _____ con vencimiento el día _____ de cada mes a partir del mes de _____ de 10 _____ hasta el mes de _____ de 10 _____, por la referida suma firma(n) a la orden del vendedor y le(s) entrega(n) a este igual Número de pagarés por las cuotas convenidas y a los vencimientos de cada una de ellas, con la garantía solidaria del Señor _____ con domicilio en _____ y su esposa _____ con el mismo domicilio que también firman este contrato y los documentos mencionados.

(4) El comprador grava a favor del Vendedor y este acepta, en Prenda con Registro la cosa que adquiere en este acto y que se individualiza más arriba, conforme a las disposiciones del Código Civil Art. 2344 y Concordantes. Declara las partes que las cosas gravadas no reconocen ningún gravamen. (5) El comprador conservará en su poder las cosas pignoras, en nombre y representación del vendedor y se constituye en depositario regular de la misma con sujeción a las responsabilidades civiles y penales correspondientes. (6) Los pagos se efectuarán en el domicilio indicado por el Vendedor y la falta de pago de una de las cuotas en la fecha de vencimiento, producirá la mora del comprador y de los garantes solidarios, sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial alguna. (7) Queda especialmente convenido que la falta de pago de una sola de las cuotas conculcadas en la cláusula tercera da derecho al vendedor a reclamar el pago total del saldo del precio adeudado, intereses punitorios, gastos y costas y a entablar la acción judicial que corresponda. (8) Iniciada la acción judicial por falta de pago, queda facultado el vendedor en constituirse en depósito de la mercadería preñada. (9) Las cosas pignoras durante la vigencia de este contrato, permanecerán en poder del Comprador, en su casa sita en la calle _____, quien podrá hacer uso de la misma conforme a su destino, obligándose a conservarla en buen estado y quedando sujetas a la inspección del Vendedor. (10) La(s) cosa(s) pignorada(s) durante la vigencia de este contrato no podrá(n) transformarse ni enajenarse(n) sin previo aviso y consentimiento escrito del vendedor. El uso indebido o abusivo de la(s) misma(s) o la oposición a que sea(n) inspeccionadas, dará derecho a este para pedir su secuestro y las demás medidas conservatorias de sus derechos. (11) Las partes contratantes se someten para todos los efectos judiciales y legales de este contrato a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios de la Capital. (12) El Comprador y garantes solidarios se obligan a comunicar al vendedor, todo cambio ulterior de sus domicilios, si así no lo hicieren, las notificaciones practicadas en dichos domicilios surtirán sus efectos legales como si hubiesen sido practicadas legalmente. (13) El presente contrato será inscripto en el Registro de Créditos Prendarios. (14) La esposa del comprador, señora _____, manifiesta su consentimiento con todo lo acordado en este instrumento. En Prueba de conformidad con las cláusulas precedentes previo lectura y ratificación en todas sus partes, suscriben instrumento, en cuatro ejemplares de un mismo tenor, las personas arriba mencionadas.

FIRMA DE LA CASA VENDEDORA

FIRMA DEL COMPRADOR

FIRMA DEL CONYUGE DEL COMPRADOR

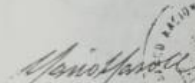
PRENDA CON REGISTRO EN EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

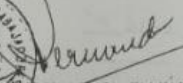
SEPTIMA. Entendiéndose que este préstamo se otorga por el BANCO en consideración a la solvencia moral y económica de la firma deudora, queda claramente pactado que el BANCO tiene la facultad de reclamar judicialmente el pago total de su crédito, antes de los vencimientos, cuando la firma deudora o sus representantes en su calidad de solventes, hubiesen en las cláusulas procedentes, o cuando incurrieren hechos extrínsecos a este convenio que pudiesen en su caso, haber sido por haberse cancelado puntualmente sus cuentas corrientes, sus depósitos o embargos los bienes prendados; haber sido concursado judicialmente o haber incurrido en otros actos análogos o semejantes que pudiesen demostrar la conducta comercial de la firma deudora. En cualquiera de estos casos y a su sola arbitrio el BANCO queda facultado a pedir el secuestro de los bienes prendados.

OCTAVA. Queda igualmente pactado que las acciones provenientes del presente contrato de prenda con registro habrán de ser promovidas ante el Jefe de Primera Instancia en lo Civil de esta Capital, de conformidad con el Decreto Ley N° 806/43 y su reglamentación según Decreto N° 3042/44, para cuyo efecto será suficiente que el BANCO presente, como título que tiene y se registre ejecución y sin perjuicio de otros, un certificado firmado por el Presidente y el Gerente Administrativo en el que se manifieste el origen del crédito y el importe del débito en concepto de capital, intereses y Comisiones. (Art. 65° Ley N° 803/73 y su modificatoria Ley N° 780/79)

En el trámite de la ejecución no se admitirán incidentes ni excepciones de ninguna especie que suspendan el curso de la acción, ni en los casos de muerte, incapacidad o ausencia de la deudora, inclusive si fuere concursada o declarado en quiebra. Solo el pago de la obligación comprobado por documento fehaciente o la consignación judicial de su importe, sus intereses y costas adeudadas, con noticia al BANCO podrá suspender la ejecución. El impuesto correspondiente en papel sellado y estampillas, será abonado en su totalidad por la firma deudora.

En prueba de conformidad, previa lectura y ratificación firman el presente contrato las partes contratantes, en cuatro ejemplares del mismo tenor y a un solo efecto, en Asunción capital de la República del Paraguay a los veinte y siete días del mes de abril del año un mil novecientos ochenta y siete.


MARIO D. GONZÁLEZ
Gerente Administrativo


JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ
Presidente


MICAL EXPORT IMPORT
SOC. RESTRICTA
DIRECTOR: GONZALEZ

CERTIFICADO DE INSCRIPCION

No. el abajo firmante, encargado del Registro de créditos prendarios, certifico que el día 30-IV de 19 87, se inscribió bajo el N° 76-L-52 3ª Sección del libro correspondiente, el contrato de prenda que se expresa, celebrado entre el BANCO NACIONAL DE TRABAJADORES como acreedor y la firma [Redacted] como deudor.

El importe del préstamo es de G. [Redacted] Guaraníes.

Y el vencimiento el día [Redacted] de 19 87 extendiendo la garantía prendaria constituida por los efectos designados en el contrato, en la copia no negociable del mismo que queda archivado en este Registro, donde también consta la ubicación [Redacted]



DERECHO CIVIL Y COMERCIAL


DIRECCION GENERAL DE LOS
REGISTROS PUBLICOS

Asunción, de de 19

Señor
Director de Impuestos Internos
E. S. D.

Tengo el agrado de dirigirme a Ud., y
por su digno intermedio donde corresponda, a fin de que se tome nota
de los egtes: Que en fecha, de de 19 por
se ha procedido a la inscripción de la
PRENDA CON REGISTRO a favor del
siendo deudor(es) el (los) Sr.
la cantidad de con
boleto de marca N°. y el egte. diseño. los animales
prendados se encuentran ubicados en
Inscripto bajo el No. L: Sección.-

Cumpliendo con lo establecido en el
(1) Art. 13 de la Ley No. 896/43, en cuya parte pertinente dice Esta
comunicará al Encargado de la Oficina de Impuestos Internos, en cuya
Jurisdicción estén ubicados los bienes dados en Prenda, la Inscripción
del contrato en formularios especiales a fin de que tomen razón del
gravámen y no se expida certificado de transferencia o guías de tras-
lado de los ganados ó frutos.

En espera de una favorable atención
a lo que antecede, hago propicia la oportunidad para saludarle muy
atentamente.-

Prenda con Registro
Director

Asunción, de de 19

Remítase a la Dirección de Impuestos Internos.-

(1) Deberá actualizarse y mencionar el Art. 2337 del Código Civil.-

REGISTROS PUBLICOS
DIRECTOR GENERAL

~

De la excepción de nulidad en el juicio ejecutivo. Régimen actual. Anteproyecto

Dr. Germán Arriola Verón¹

RÉGIMEN ACTUAL: Dispone el art. 423 del C.P.C. y C.: “Podrá también el deudor alegar de nulidad de la ejecución, por violación de las formas que para ella quedan establecidos”.

La defensa de nulidad a que se refiere el artículo es limitada al procedimiento. Ello surge de su contexto “violación de las formas que para ella quedan establecidas”. No existe modo alguno de confundirla con la nulidad del título en cuya virtud se pide la ejecución.

Esta situación diferente lo señala el Dr. J. Ramiro Podetti en su Tratado de Las Ejecuciones, pág. 195 diciendo: “Naturalmente que no es la nulidad de la ejecución, como dicen todos los Códigos procesales del país, lo que puede alegarse, sino los ACTOS VICIADOS y aquellos posteriores que no pudieron cumplirse sin que se hubieren realizados regularmente los afectados por la nulidad”, y, cita la siguiente jurisprudencia: “La nulidad por vicios de procedimiento en el juicio ejecutivo NO AFECTA LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN Y SOLO TIENE POR EFECTO RETROTRAER EL PROCEDIMIENTO AL ESTADO EN QUE SE ENCONTRABA ANTES DE LA ACTUACIÓN QUE LA MOTIVA”.

El Dr. Alberto M. Rodríguez, tratadista clásico, en la materia dice: “La nulidad debe fundarse exclusivamente en la violación de las formas establecidas para la ejecución, o sea, en la omisión de los TRÁMITES PREVIOS AL JUICIO EJECUTIVO, en la falta de citación con los requisitos prevenidos en el Art. 468 (art. 402 el nuestro) o en defecto en que haya incurrido al diligenciarse el mandamiento,

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 20-1987.

desde que solo puede hacerse valer dentro del mismo término que las demás excepciones, pero no en violaciones ulteriores...” (pág. 268 T. II COMENTARIO AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL Y COMERCIAL”.

Me adelanto en aclarar que la doctrina y jurisprudencia ha desechado las deficiencias del tratamiento del embargo como excepción en razón de no ser propiamente juicio ejecutivo, sino trámites de garantía establecido en el interés del acreedor. Su impugnación deberá hacerse en la forma prevista en el Art. 387 del C.P.C. y C.

Así Hugo Alsina dice: “Una jurisprudencia que parece definitivamente admitida y cuyas conclusiones comparten algunos autores, ha declarado que el embargo no es un trámite esencial en el juicio ejecutivo, sino una garantía establecida por la ley a favor del acreedor, quien puede renunciar a ella pidiendo directamente que se cite al ejecutado para oponer excepciones”. Pág. 175 TRATADO TEÓRICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL T. III.

Nuestros Tribunales así lo han establecido claramente: “Las objeciones relativas al embargo preventivo solicitado con anterioridad a la iniciación del juicio ejecutivo, no puede afectar la validez de este, por no formar parte del mismo. Acuerdo N° 45 1°-IX-1942. Y, OMISIÓN DEL EMBARGO: El embargo no es un trámite esencial del juicio ejecutivo, y se puede prescindir de él, abriéndose lisa y llanamente el juicio con la citación de remate del deudor” Acuerdo N° 33 año 1942. Ver Laconich T. I. pag. 218.

En esa inteligencia se determina claramente dos consecuencias: a) La alegación de nulidad a la que se refiere la Ley es la impugnación de vicios procedimentales propios del juicio ejecutivo y, b) Esta impugnación prevista en la etapa de excepción, no está referida absolutamente al embargo, medida de garantía del derecho que en nada influye en la existencia del juicio ejecutivo. C) La excepción ha de oponerse en la citación de remate.

En este punto conviene aclarar que esta posición adoptada tanto por la doctrina como jurisprudencia es, en juicio ejecutivo, no

DE LA EXCEPCIÓN DE NULIDAD EN EL JUICIO EJECUTIVO.
RÉGIMEN ACTUAL. ANTEPROYECTO

debe ser confundido con la EJECUCIÓN DE SENTENCIA, ni menos, CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA.

¿Cuáles son las deficiencias esenciales que pudieron haber provocado la indefensión y por consiguiente deberán ser admitidas como oponibles?

En primer término, LA FALTA DE OBSERVANCIA DE LAS PRESCRIPCIONES PARA LA INTIMACIÓN DE PAGO, INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS ESTABLECIDAS PARA LA PREPARACIÓN DEL JUICIO EJECUTIVO, DEFICIENCIA EN LA CITACIÓN PARA Oponer excepciones.

ETAPAS PROCESALES QUE DEBEN SER TENIDOS EN CUENTA PARA SU DEDUCCIÓN.

La primera es la CITACIÓN DE REMATE, llamamiento con el que se legitima la intervención del demandado ejecutivamente en el juicio. Este llamado equivale a la CITACIÓN Y EMPLAZAMIENTO PARA CONTESTAR LA DEMANDA: propiamente posibilita la integración de la Litis. Antes de esta etapa procesal, el ejecutado no es parte ya que las diligencias preparatorias no constituyen juicio sino simples medidas procesales previstas en el interés del acreedor.

La segunda constituye la subsiguiente a la citación de remate y que corresponde a la tramitación en las excepciones, apertura de la causa a prueba o declaración de puro derecho, en su caso, pruebas hasta el llamamiento de “autos para sentencia”.

La tercera: Sentencia, en su caso, recursos hasta quedar ejecutoriado.

La cuarta: CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA, en el caso en que se haga lugar a la ejecución.

ETAPAS FUNDAMENTALES PARA LA ARTICULACIÓN DE NULIDAD POR VICIOS PROCEDIMENTALES.

A) SUPUESTO EN QUE LA EXCEPCIÓN DE NULIDAD SE ARTICULA EN TIEMPO DE LA CITACIÓN DE REMATE o notificación para oponer excepciones.

B) SUPUESTO EN EL QUE SE LA OPONE CON POSTERIORIDAD A LA CITACIÓN DE REMATE.

A) En este primer caso, resulta evidente que la defensa de nulidad está dirigida a remediar deficiencias que han podido ocasionar al ejecutado perjuicios, como son la violación de normas procesales establecidas para el reconocimiento de firma y que ocasionó por ello el reconocimiento ficto, no obstante, **NO SER LA FIRMA DEL EJECUTADO**, ej. Notificación fuera del domicilio en que debió practicarse; no haber dejado el aviso...Art. 78 y sgtes. Estas defensas deben ser opuestas por la vía de la excepción de nulidad.

No es apta la vía del INCIDENTE DE NULIDAD porque en primer término es la previsión del legislador quien con ello quiere evitar la dilación del juicio; quedaría consentida la citación de remate, sin oponer excepciones, circunstancias que autoriza **LLEVAR ADELANTE LA EJECUCIÓN**, quedando inane el Incidente. En ese sentido establece la jurisprudencia: “La vía para substanciar las impugnaciones de nulidad por vicios de procedimiento, no puede ser determinada abstractamente, en general sino particular y con relación al estado alcanzado en relación al desarrollo del proceso dentro del cual se cumplieron las actuaciones atacadas”. Y, en ese sentido lo han establecido como vías idóneas para articular la defensa de nulidad de la ejecución la Excepción: Palacio, Colombo, Alsina, Fassi.

Supuesto B: En este supuesto como ha transcurrido realmente el plazo para oponer excepciones, por vicio de notificación y no se ha podido oponer las defensas en la oportunidad procesal, es indispensable **RETROTRAER EL JUICIO** a la etapa de Citación, a los efectos de articularse las defensas o sea **LAS EXCEPCIONES PROPIA-**

DE LA EXCEPCIÓN DE NULIDAD EN EL JUICIO EJECUTIVO.
RÉGIMEN ACTUAL. ANTEPROYECTO

MENTE que hacen a la Acción ejecutiva, la vía idónea es EL INCIDENTE DE NULIDAD. Así lo expresa la doctrina y jurisprudencia. “EL INCIDENTE DE NULIDAD es la vía hábil para obtener la declaración nulificante del acto citado (Citación de remate) y de los posteriores dependientes o consenciales de aquel”. NULIDADES PROCESALES de ALBERTO LUIS MAURINO pág. 155.

REQUISITOS PARA DECLARAR LA NULIDAD DE LA EJECUCIÓN.

No basta alegar y demostrar las violaciones de normas procesales si con ellas no se han causado perjuicios, como sería si se reconociera la deuda y no se expresara concretamente cuales son las defensas de las cuales ha sido privado el justiciable.

Ya la Jurisprudencia de nuestros Tribunales se ha encargado de establecer el parámetro al que ha de atenerse para otorgar la declaración nulificante en el juicio ejecutivo. Así se ha establecido: “Toda deficiencia en el requerimiento queda subsanada con la citación de remate. Para que proceda la declaración de nulidad es necesario que se invoque un interés legítimo, pues si no se priva al ejecutado del derecho de defensa, ni se le ha ocasionado ningún perjuicio, no se justificaría una medida cuyo único efecto sería retrotraer los procedimientos que luego tendrían que ser reproducidos” Ac. N° 16 22-III-52. Ver Laconich II Supl. Pág. 271.

En ese sentido, incluso, se ha establecido en los Tribunales Argentinos la necesidad del depósito de la suma reclamada y PRECISARSE cuáles son las defensas de las cuales ha sido privado el ejecutado.

ANTEPROYECTO CÓDIGO PROCESAL CIVIL.

Consecuentemente con el avance de las legislaciones y en base a las experiencias de la cultura jurídica nacional, el Anteproyecto del Prof. Juan Carlos Mendonca, en el art. 463 dispone: Podrá también el ejecutado, por vía de excepción, alegar la nulidad de la ejecución.

Únicamente podrá fundarse ella en: a) no haberse observado las prescripciones para la intimación de pago y para la citación para oponer excepciones, siempre que en el acto de pedir la declaración de nulidad, **EL EJECUTADO DEPOSITARE LA SUMA FIJADA EN EL MANDAMIENTO U OPUSIERE EXCEPCIONES**; y b) Incumplimiento de las normas establecidas para la preparación de la vía ejecutiva, **SIEMPRE QUE EL EJECUTADO DESCONOZCA LA OBLIGACIÓN, NIEGUE LA AUTENTICIDAD DE LA FIRMA, EL CARÁCTER DE LOCATARIO O EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN**".

Resulta claro que en el anteproyecto el NULIDICENTE tiene la alternativa o de depositar la suma reclamada o la de oponer excepciones, temperamente con el cual se le obliga a ser más realista, respecto a la obligación reclamada y, abandonar los incidentes dilatorios, en base a la invocación de daños y perjuicios **MERAMENTE HIPOTÉTICOS**, rechazada por la doctrina y jurisprudencia.

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD EN EL JUICIO EJECUTIVO. RÉGIMEN ACTUAL:

Resulta evidente incompatible con nuestro Código actual la declaración de nulidad de la ejecución ante las previsiones claras y terminantes del art. 432 del C.P.C. y C. que dispone: "La sentencia de remate solo podrá determinar uno de estos DOS CASOS; llevar la ejecución adelante. No hacer lugar a la ejecución.

Ello ha motivado encontradas soluciones a la declaración de nulidad de la ejecución, no solo en nuestros Tribunales sino en los Tribunales argentinos de donde se ha copiado originariamente esta disposición legal. Y resulta que, si la Sentencia de Remate solo puede disponer llevar adelante la ejecución, o, no hacer lugar a ella, no encuentra cabida la declaración de nulidad. Por ello, inevitablemente se ha declarado la nulidad de la sentencia de remate si en ella se ha resuelto cuestiones que no hacen a la acción ejecutiva o se ha declarado que haciéndose lugar a la defensa de nulidad de la ejecución (de origen netamente procesal) invocándose como inhabilidad de título:

DE LA EXCEPCIÓN DE NULIDAD EN EL JUICIO EJECUTIVO.
RÉGIMEN ACTUAL. ANTEPROYECTO

se la rechaza, sin posibilidad de retrotraer el acto que dio motivo a la nulidad; quedaba abierta directamente la vía de la acción ordinaria comulgando con el criterio del Dr. Alberto Rodríguez, quien enseña: “La excepción de nulidad tiene por efecto, como las anteriores, impedir que prospere la ejecución, es decir, que si se hace lugar a aquella, esta es rechazada, sin que pueda iniciarse nuevamente sino que el ejecutante debe usar la VÍA ORDINARIA (art. 500 – art. 434 del nuestro).

Resulta, sin embargo, fuera de toda duda que la nulidad procesal no afecta al título (NO ES NULIDAD DE LA EJECUCIÓN) y, si en alguna medida influyera en ello no es de su esencia, tal como lo sería el de defecto legal en el modo de proponer la demanda o, la incompetencia o falta de competencia; las cuales no impiden reiniciar el proceso. Al respecto J. Ramiro Podetti es bien claro. “Es una excepción procesal, que, como es obvio, no puede fundarse en defecto del título o instrumento presentado como base de la demanda. En tal supuesto faltaría uno de los supuestos del título ejecutivo, que debe denunciarse mediante la excepción sustancial que corresponde”.

Este mismo autor habla en el caso no de Sentencia Definitiva sino “Sentencia Incidenta”, porque el efecto es tan solo retrotraer el juicio al acto declarado nulo (pág. 263 DE LAS EJECUCIONES).

Si bien el criterio del tratadista clásico Dr. Alberto Rodríguez está respaldado en la norma, su cumplimiento indiscrecional llevaría a vulnerar varios principios fundamentales del Derecho procesal. Lo cual no significa que no deba ser respetado, en presencia de la expresa disposición del art. 434 que dice: “CUALQUIERA SEA LA SENTENCIA EN EL JUICIO EJECUTIVO, QUEDARÁ...”.

Esta debiera ser la solución por el principio “Ubi legis non distinguit nec nos distinguere debemus...”.

Pero en ello, la práctica tribunalicia ha encontrado el camino más conducente, sin vulnerar esta norma, resolviendo las cuestiones por vía incidental. Y cuando se resolvieron por vía de excepciones se

ha encontrado con verdaderas situaciones contradictorias, más aún si al mismo tiempo se han articulado otras excepciones.

EN ANTEPROYECTO:

Existen varias situaciones que pueden presentarse, las cuales serán tratadas en otras oportunidades. No quisiera terminar el capítulo sin mencionar que toda esta problemática ha sido resuelta no en el todo, pero si en lo esencial en el anteproyecto del Código Procesal Civil en estudio ante el Poder Legislativo, al establecer la siguiente norma: Art. 470 SENTENCIA DE REMATE. La Sentencia de remate solo podrá resolver: a) la nulidad del procedimiento; b) el rechazo de la ejecución, o c) llevar adelante, en todo o en parte”.

Es evidente que la sentencia modificante tiene el efecto de retrotraer el juicio a la etapa en que se originó el acto atacado de nulidad, y en ese sentido, debe preverse en el art. 471 del anteproyecto.

El ya mencionado Alberto Luís Maurino en su tratado de LAS NULIDADES expresa “es de primordial importancia tomar en cuenta que la nulidad de la ejecución que norman las leyes procesales, es LA DEL PROCEDIMIENTO DE LA EJECUCIÓN Y NO LA DEL TÍTULO EJECUTIVO, o sea, que el cuidado de las formas no se refiere a circunstancias que puedan enervar la eficacia del título. Conteste con lo mencionado, se dice que la inhabilidad del título, en caso de prosperar, no es causal de nulidad, sino de rechazo de la ejecución”. Y respecto a los efectos de la sentencia dice: El efecto esencial es retrotraer el procedimiento al estado en que se encontraba antes de la actuación viciada. SIN QUE SE AFECTE LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN”. Pág. 155.

Pero desde luego que para prosperar la excepción son requisitos invariablemente exigidos aquellos que hacen a la transcendencia por el que “pas de mullité sans grieff” (no hay nulidad sin perjuicio), que ella es siempre relativa y que quien alega no debe haber contribuido

DE LA EXCEPCIÓN DE NULIDAD EN EL JUICIO EJECUTIVO.
RÉGIMEN ACTUAL. ANTEPROYECTO

a su producción (*nemo propiam turpitudinem allegans non est audiendus*), ej. si el acto ha logrado la finalidad a que estaba destinado, no se podrá declarar la nulidad.

Estas ideas que les transmiten como una reflexión al galope desordenadas – pero, Dios quiera contribuya a despertar el interés por el estudio del tema.

Existen situaciones complejas en las que las soluciones también – requieren estudios específicos, como lo sería en el caso de oponerse simultáneamente con la nulidad otras excepciones; ¿como ha de procederse a su – consideración?, existe prioridad respecto a la excepción de nulidad del procedimiento para retrotraer el juicio ejecutivo?, en su caso, ¿cuáles son los efectos de la Sentencia de Trance y Remate?



Repercusiones del nuevo Código Civil en el Contrato de Seguro

Jorge S. Giucich A¹

Teresa María Gross Brown de Romero

INTRODUCCIÓN

Una vez sancionado el Nuevo Código Civil cuya vigencia fue diferida al 1° de Enero de 1987, la Superintendencia de Banco del Banco Central del Paraguay como organismo rector de la actividad aseguradora, por nota de fecha 22 de Julio de 1983 solicitó a la Asociación Paraguaya de Compañías de Seguros la presentación de proyectos de Condiciones Generales de todas y cada una de las pólizas autorizadas adaptándolas al Nuevo Código; y es así que el Comité Ejecutivo de la Asociación encomendó la redacción de las mismas al Abogado Jorge S. Giucich A. quien elaboró las nuevas Condiciones Generales que actualmente se hallan sometidas al estudio de los técnicos de la Superintendencia de Bancos.

Vigente ya el Nuevo Código Civil, la Superintendencia de Bancos que aún está estudiando las nuevas Condiciones Generales de Pólizas, dispuso que en forma provisoria se sigan usando las antiguas Condiciones Generales y como la mayor parte de esas condiciones y cláusulas se hallaban derogadas por la nueva Ley, resolvió también se inserte en las pólizas que se emitieran a partir del 2 de Enero de 1987 la cláusula transitoria con el tenor siguiente: “Las presentes Condiciones Particulares y Generales de esta Póliza tienen vigencia en tanto no se aparten de las disposiciones, que no admiten pacto en contrario, del Capítulo XXIV, Título II, Libro III del Código Civil”. La

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 20-1987.

inserción de esta “Cláusula Transitoria” en Póliza, hizo ardua la tarea de los Asesores Legales de Seguros para determinar y dictaminar en cada caso concreto la aplicabilidad o no de las antiguas Condiciones Generales ya que el Art. 1692 del Código Civil apartándose de su fuente el Art. 158 de la Ley Argentina de Seguros (17.418/67) no determina en forma expresa las normas que por su letra o naturaleza son total o parcialmente inmodificables por acuerdo de partes o las que podrán modificarse solo en favor del asegurado.

Nuestra intención no es hacer un estudio comparativo entre el antiguo Código de Comercio y el Nuevo Código Civil, sino más bien hacer notar algunas de las innovaciones de este último que repercuten en el contrato y entre las cuales pretendemos analizar las más importantes.

EL CONTRATO DE SEGURO EN EL NUEVO CÓDIGO

El Nuevo Código no define al Contrato de Seguro y en su exposición de motivos nos habla de la necesidad de que el mismo siga siendo puramente indemnizatorio y no fuente de ganancias para el asegurado. Emplea el término “indemnizatorio” cuando se refiere al seguro de daños patrimoniales y el de “prestación” cuando se trata de eventos relacionados con la vida humana (seguro de personas) lo que revela su naturaleza indemnizatoria para los primeros y para los segundos, evidentemente, su naturaleza resultará del tipo de prestación convenida.

Salvo prohibición expresa de la Ley, el Contrato de Seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos siempre que exista interés asegurable, en el seguro de daños patrimoniales, y en los seguros de vida cuando se asegure la vida de un tercero se requerirá el consentimiento escrito de este.

En el Contrato puede convenirse que este comprenda un período anterior a su celebración, pero será nulo si al tiempo de su conclusión el asegurador conocía la imposibilidad de que ocurriese el siniestro o el tomador sabía que se había producido. Y los derechos y

obligaciones de las partes comienzan desde que se haya celebrado la convención, aún ante de emitirse la póliza.

La propuesta del contrato, cualquiera sea su forma, ya no obliga a las partes contratantes, pero entendemos que una vez formalizado el contrato la misma cobra plena vigencia al integrarse al mismo y será un elemento importante para juzgar la reticencia o la falsa declaración –especialmente cuando se trate de propuesta. Interrogatorio.

PLAZOS

El asegurador que reciba una propuesta de prórroga si desea rechazarla debe hacerlo dentro del plazo de 15 días a contar de su recepción, caso contrario se considerará aceptada; pero esta disposición no es aplicable a los seguros de personas.

Los plazos contractuales están bien determinados, facilitando así la aplicación del contrato. La mora hoy ya se produce por el mero vencimiento del término sin necesidad de interpelación alguna. Se establece de manera cierta el plazo de vencimiento de la obligación del asegurador para reconocer o desestimar el derecho del asegurado (plazo deliberativo), así también el plazo para el pago de la indemnización. Y es así que en el seguro de daños patrimoniales el asegurador debe pronunciarse acerca del derecho del asegurado dentro de los 30 días de recibida la información complementaria y si la acepta, pagarla dentro de los quince días siguientes. En los seguros de personas el asegurador deberá pronunciarse dentro de los 15 días de notificado el siniestro o eventualmente pagarla dentro el mismo plazo. Es dable mencionar que antes de la vigencia del nuevo Código Civil a falta de estipulación expresa en póliza del plazo de pago de la indemnización, siguiendo a Halperin, y para determinar dicho plazo se recurría a la aplicación conjugada de los Arts. 1229, 509 y 464 del Código de Comercio, concluyéndose que el asegurador debía efectuar el pago de la indemnización en el plazo de diez días una vez vencido el plazo deliberativo, lo que más de una vez trajo serias controversias.

PRESCRIPCIÓN

En materia de prescripción el plazo es de un año para las acciones derivadas del contrato de seguro, a contar desde que la obligación se torne exigible. Para las primas pagaderas en forma fraccionada o en cuotas la prescripción corre desde el vencimiento de la última cuota. En el caso de que la Póliza haya sido entregada sin el pago de la prima, la prescripción, corre desde que el asegurador intimó el pago. En los seguros de vida al beneficiario le corre la prescripción desde el momento en que conozca la existencia del beneficio que nunca podrá exceder de tres años de acaecido el siniestro.

El plazo de la prescripción en la Responsabilidad Civil que deriva de los actos ilícitos fue ampliado de uno a dos años y esta innovación influye directamente en el plazo por el cual los aseguradores deberán mantener las reservas por siniestro pendientes en el Seguro de Responsabilidad Civil, las acciones que derivan del contrato de Seguro de Pasajeros que evidentemente se rige por el Contrato de Transporte la prescripción de las mismas es de un año.

EQUIPARACIÓN DE LOS DAÑOS

Otros aspectos importantes dignos de mencionar son: la equiparación de los daños causados por explosión y/o rayo al Riesgo de Incendio, el seguro de Animales, el Seguro de Responsabilidad Civil, la prohibición de las cláusulas compromisorias en pólizas, en los seguros de vida la restricción de la edad y capacidad del asegurado como la cobertura referente al suicidio, de la intervención de auxiliares en la celebración del contrato y el reaseguro.

SEGURO DE ANIMALES

El seguro de Animales ampara el riesgo de vida o salud de cualquier especie, y el asegurador indemnizará el daño causado por la muerte del animal o animales asegurados, o por su incapacidad total y permanente, si así se conviniere (Art. 1633/4 Cód. Civil). Y la cobertura se extiende hasta un mes después de extinguida la relación

contractual cuando la muerte o incapacidad del animal haya sido causada por enfermedad o lesión producida durante la vigencia del contrato, en cuyo caso el asegurado deberá pagar una prima proporcional a la tarifa. En este tipo de seguro el derecho de rescindir contrato por parte del asegurador queda restringido, pues no podrá hacerlo antes del vencimiento del plazo si alguno de los animales ha sido afectado por una enfermedad contagiosa amparada por la póliza.

RESPONSABILIDAD CIVIL

En el seguro de Responsabilidad Civil, hoy legislado la garantía del Asegurador no solo comprende la obligación de indemnizar por el Asegurado cuando este deba a un tercero en razón de la responsabilidad civil prevista en el contrato, y dentro del límite de la suma asegurada, sino que además abonará los gastos y costas judiciales y extrajudiciales, que será proporcional según los casos. Y en el proceso Penal las costas serán a cargo del Asegurador cuando este asume la defensa del Asegurado.

CITACIÓN DE GARANTÍA

El asegurador es llevado coactivamente al juicio a través de la “citación en garantía” y puede ser citado tanto por el asegurado como por el tercero damnificado hasta que se abra la causa a prueba. Al asegurador “citado en garantía” le asiste el derecho de depositar en pago la suma asegurada y más el importe de los gastos y costas devengados hasta ese momento y dejar al Asegurado la dirección exclusiva del juicio; el carácter de este depósito no presenta problema alguno cuando a prima-facie surge la culpabilidad del asegurado, pero el problema podría presentarse cuando el derecho del tercero damnificado sea dudoso en cuyo caso entendemos que deberá analizarse si cabe o no la aplicación del Art. 584 del Código Civil que en su inc. d) admite la consignación cuando el derecho resulte dudoso y de ser rechazada la acción del tercero, que el asegurador esté facultado a retirar dicho depósito previo pago de los gastos y costas que eventual-

mente tuviere que abonar. Y en cuanto a la Jurisdicción, el damnificado para citar en garantía el Asegurador deberá promover el juicio ante el Juez del lugar del hecho o ante el domicilio de aquel, y esta disposición hará más onerosa la prestación del asegurador ya que deberá nombrar Abogados apoderados en todas las Circunscripciones Judiciales y repercutirá sin lugar a dudas en la tarifa del seguro de automóviles combinado con el de Responsabilidad Civil, de siniestralidad más frecuente en nuestro país.

En el juicio que el Asegurador es citado en garantía, tiene limitado su derecho de defensa en cuanto al tercero damnificado a quien no podrá oponerle las defensas nacidas después del siniestro; pero cuando es citado por el asegurado, en que según la doctrina pueden discutirse todas las cuestiones por razones de economía procesal, es posible que el Asegurador pueda oponerle también las defensas nacidas después del siniestro –pues la relación asegurador-asegurado es de carácter contractual- y así obtener que en una misma Sentencia también se declaren caducos los derechos del asegurado a solicitar la garantía del Asegurador, en caso de incumplimiento de obligaciones o cargas, sin perjuicio de los derechos del tercero damnificado que si se hace lugar a su reclamo el asegurador lo indemnizará y podrá repetir en juicio separado contra el asegurado.

PLURALIDAD DE DAMNIFICADOS

Cuando exista “pluralidad de damnificados” la indemnización debida por el Asegurador se distribuirá a prorrata, creando un problema al parecer insoluble cuando el asegurador no conoce a todos los damnificados o cuando no todos demandan al mismo tiempo. Su fuente es el Art. 119 de la Ley Argentina al que el Dr. Eduardo R. Steinfeld lo denominó “un callejón sin salida”; a nuestro criterio una alternativa que tendría el asegurador para zanjar el problema –quizás la única- sería la consignación de la suma asegurada advirtiendo al Juez la existencia de la pluralidad de damnificados.

PRIVILEGIOS DEL CRÉDITO

El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios y sobre la indemnización que se deba al asegurado con preferencia a este y a los demás acreedores, aún en caso de quiebra o de concurso, y cuando la indemnización provenga de un accidente de trabajo el monto también gozará de privilegio sobre el valor de las primas que deba devolver el asegurador en caso de falencia.

CLÁUSULAS COMPROMISORIAS

Hoy las cláusulas compromisorias no pueden insertarse en la póliza por prohibición expresa de la Ley conforme lo dispone el Art. 1598 del Cód. Civil, pero entendemos que nada se opone a que puedan pactarse en instrumento separado.

SEGUROS DE VIDA

En los seguros sobre la vida no se permite asegurar a los menores de 14 años, pero los menores que sean mayores que 18 años pueden contratar un seguro sobre su propia vida siempre que designen beneficiario a sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos que se hallen a su cargo.

Cuando el asegurado se dé voluntariamente muerte, el asegurador queda liberado de pagar la suma asegurada, salvo que el contrato haya estado en vigor ininterrumpidamente durante tres años; pero si el suicidio se produce por circunstancias que excluyan la voluntad del asegurado, el asegurador no se libera. La prueba del suicidio del asegurado, incumbe al asegurador, pero la del estado mental de aquel, corresponde al beneficiario.

INTERVENCIÓN DE AUXILIARES

El Código Civil al legislar sobre la intervención de los auxiliares en la celebración del contrato, hace una diferencia entre los que solo están autorizados para la mediación –no institorios- (Art. 1595)

y los que tienen facultades de representación –institorios (Art. 1596). Los primeros y cualquiera sea su vinculación con el asegurador solo están facultados en las operaciones que intervienen para: a) recibir propuestas de celebración y modificación de contratos de seguro; b) entregar los instrumentos emitidos por el asegurador , referente a Contrato o sus prórrogas; y c) aceptar el pago de la prima, si se halla en posesión de un recibo del asegurador y los segundos, al ser designados por el asegurador para actuar en su nombre, se rigen por las reglas del mandato; y el estar facultados para celebrar seguros también quedan autorizados para pactar sus modificaciones o prórrogas, para recibir notificaciones, y formular declaraciones de rendición, salvo limitación expresa.

Cuando es designado para un determinado distrito o zona y su conocimiento equivale al asegurador en los seguros que está autorizado a celebrar.

El asegurador prudente deberá en el caso del productor o agente institorio otorgar mandato en debida y legal forma e inscribirlo en el Registro Público, a los efectos de su publicidad para evitar malos entendidos con el asegurado o ser sorprendido en base a la aplicación del mandato tácito.

REASEGURO

El Capítulo XXV del Código Civil le dedica tres Artículos al “Reaseguro” disponiendo: Que si bien el asegurador puede asegurar los riesgos asumidos, es el único obligado ante el tomador del seguro; que los contratos de reaseguro se regirán en lo pertinente, por las disposiciones relativas al seguro y por las de este título; que el asegurado no tendrá acción contra el reasegurador, pero en los casos de liquidación, voluntaria o forzosa del asegurador, el conjunto de asegurados gozará de privilegio especial sobre el saldo acreedor que arroje la cuenta del asegurador con el reasegurador; admite en caso de liquidación voluntaria o forzosa ya sea del asegurador o del reasegurador, que de pleno derecho se compensen las deudas y los créditos

recíprocos que existen, relativos, lógicamente, al contrato de reaseguro y para hacer efectiva dicha compensación se deberá tener en cuenta para el cálculo tanto del crédito como para el débito: “la fecha de rescisión del seguro y reaseguro, la obligación de reembolsar la prima en proporción al tiempo no concurrido y la de devolver el depósito de garantía constituido en manos del asegurador (sic).



Sobre la derogación del Decreto Ley N° 10.268/1941 (Sociedad Responsabilidad Limitada)

Dr. Raúl Sapena Brugada¹

Cuando solo nos habíamos propuesto hacer una labor mecánica de control de las normas que rigen a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, nos encontramos súbitamente, enredados en la difícil interpretación del Art. 2.810 del Código Civil. Este artículo, luego de derogar expresa y categóricamente algunas leyes, dice caunto sigue: “Derógase igualmente LAS DISPOSICIONES QUE SEAN CONTRARIAS de... (una serie de leyes).

Esto produce serios problemas de interpretación. Algunos, por cierto, muy curiosos, parecen ser inferencias totalmente lógicas (aunque lleven a conclusiones jurídicamente sin sentido): por ejemplo, a contrario sensu, NO SE DEROGAN LAS QUE NO SEAN CONTRARIAS. En estos primeros meses de vigencia del Código Civil Paraguayo, esta inferencia, tácita, por suerte, ha producido un auténtico caos, pues el Código –que por eso es tal “Código”- ha receptado y transcripto literamente decenas de esos artículos. En ese caso, ciertamente, dichos artículos no son CONTRARIOS sino IDENTICOS a los del nuevo Código Civil. Y allí comienza el drama... Profesionalmente que invocan artículos del Decreto Ley N° 10.268 en lugar del Código Civil. Escrituras Públicas que siguen citando la Ley N° 667 de Propiedad por pisos y Departamento (legislada ahora en el Código Civil), y el autor de este trabajo –envuelto en el mismo caos- tratando de determinar si TRES O CUATRO ARTÍCULOS del DL N° 10.268 quedarían vigentes, luego de un proceso inequívoco en codificación

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 21-1987.

sistemática y orgánica donde se logró, nada menos que la unificación de las materias de la obligaciones y contratos en el Código Civil.

Comencemos con el caso de los artículos receptados y duplicados por el Código. Son la mayoría, y es justo que nos pongamos de acuerdo, primero, sobre este punto. Cuando una ley posterior, **SOBRE LA MISMA MATERIA** incluye literalmente el **MISMO TEXTO DE UN ARTÍCULO DE UNA LEY ANTERIOR**, debe considerarse **IMPLÍCITAMENTE DEROGADO EL TEXTO DE LA LEY ANTERIOR**, no por aplicación del 2.810 sino del artículo 7 cuyo segundo párrafo dice Las disposiciones especiales no derogan a las generales ni estas a aquellas, salvo que se refieran **A LA MISMA MATERIA**, para **DEJARLA SIN EFECTO** explícita o **IMPLÍCITAMENTE**. Un artículo no puede pertenecer simultáneamente a dos leyes, ni puede ser indiferente citar cualquiera de ellas, y siendo una posterior, es obvio que ese texto (el de la ley posterior), implícitamente deroga a ley anterior.

Esto parece fácil de aceptar, pero la cosa se complica cuando nos preguntamos por que se aplicaría un principio distinto para la ley completa de la que se trata (por ejemplo, el DL N° 10268).

VEAMOS:

1º). El art. 91 al enumerar las Personas Jurídicas, en su inciso J) menciona “las **DEMÁS SOCIEDADES REGULADAS EN EL LIBRO TERCERO DE ESTE CÓDIGO**” (luego de mencionar en el inciso anterior a las anónimas y cooperativas).

2º). El art. 1013 -que define a la sociedad simple- dice que será tal la sociedad que no revista los caracteres de alguna de **LAS OTRAS SOCIEDADES REGLADAS EN ESTE CÓDIGO**.

3º). La Sección VI DEL CAPÍTULO XI DE LAS SOCIEDADES, del Título II, del Libro III del CÓDIGO CIVIL se denomina **DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** y tiene el objeto

SOBRE LA DEROGACIÓN DEL DECRETO LEY N° 10.268/1941
(SOCIEDAD RESPONSABILIDAD LIMITADA)

inequívoco de tratar esa materia. La MISMA MATERIA en su integridad que trataba el DL 10268 que solo fue necesario porque dicho tipo no figuraba entre los reglados por el antiguo Código de Comercio.

¿PUEDE, RAZONABLEMENTE, PENSARSE QUE EL CÓDIGO DEJE VIGENTE LA LEY ANTERIOR, PARA TRES O CUATRO ARTÍCULOS QUE PERTENECEN A LA MISMA MATERIA?

Aclaremos que no se trata, por ejemplo, de disposiciones de derecho administrativo o tributario, sino que TODOS LOS ARTÍCULOS DEL DL 10268 TRATAN DEL TIPO SOCIETARIO DENOMINADO “SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA”. Algunas disposiciones, como las de los arts. 19 y 20 fueron derogados previamente por la Ley del Comerciante, (reserva legal y conservación del capital), el 18 es innecesario en virtud del art. 979 de la parte general de la sociedad (derecho de información de los socios no administradores), el 20 (responsabilidad de los gerentes) fue derogado por el art. 1174 que remite, actualmente, el tema a las disposiciones de las sociedades anónimas. Lo mismo el art. 1176 remite al contrato social o a las disposiciones relativas a las sociedades anónimas. Artículo por artículo solo quedan el 4, el 5 y 6 con la duda de estar vigentes por virtud del art. 2810.

Y HAY ALGO MAS, a favor de la derogación implícita. No solo trata la misma materia y el mismo tipo societario, sino que también LO TRANSFORMA EN ASPECTOS MUY IMPORTANTES. La SRL del DL N 10268 NO ERA PERSONA JURÍDICA, y en cambio si lo es la nueva sociedad de responsabilidad limitada. La del DL 10268 era una ley especial casi complete y en nueva sociedad del mismo tipo, numerosos aspectos se rigen por remisión directa a las normas relativas a las sociedades anónimas. Las cuotas pueden ser PRENDADAS o dadas en usufructo (art. 1173 del C.C.) etc.

EN SUMA: El Código trata expresamente, de la misma MATERIA con la intención evidente de que ella esté legislada en el Código. Usando de la expresión utilizada por el artículo 1013, la sociedad de

responsabilidad limitada es una de las sociedades “REGLAMENTADA EN ESTE CÓDIGO”. Usando también la terminología del art. 91 ya mencionado no podemos dudar que se trata de una “de LAS DEMÁS SOCIEDADES REGULADAS EN EL LIBRO III DE ESTE CÓDIGO”. Está pues clara la intención de tratar en el Código, integralmente, la materia.

Al hacerlo, ni siquiera la recepta directamente, sino que la modifica en aspectos de fondo.

¿Cómo es posible entonces que queden vigentes unos cuantos artículos de la ley anterior?

Desde luego ese no es el caso general del art. 2810. La ley de Almacenes Generales de Depósito es una ley especial que contiene un paquete de disposiciones administrativas, tributarias, y de otra índole, además de la legislación del contrato de depósito en almacenes generales, lo mismo la Ley de Matrimonio Civil, que trata aspectos de la ceremonia y de las obligaciones del Oficial Público que no corresponden al Código, aunque son tan pocas que el resultado es paupérrimo y esos artículos bien podrían pertenecer a la ley de Registro Civil.

Pero en el mismo caso que la ley que estudiamos se encuentran la ley de Prenda con Registro, la de Propiedad por Pisos y Departamentos, y Propiedad Literaria, y Científica. DEBERÍAN CONSIDERARSE TOTALMENTE DEROGADAS, puesto que es obvia la intención del Código de hacerse cargo y legislar en su texto la MISMA MATERIA y no pueden estar vigentes una ley anterior y otra posterior simultáneamente.

Nos resistimos a sostener la tesis contraria, frente a un Código que ostenta el orgullo de ser el primero en América de unificar las materias de Obligaciones y Contratos en el Código Civil. Si cabe la redundancia, pocas veces se puede tener tan pocas dudas de que este Código es el fruto de un auténtico proceso de CODIFICACIÓN. Últimamente se usó la palabra Código con cierta generosidad, pero este

SOBRE LA DEROGACIÓN DEL DECRETO LEY N° 10.268/1941
(SOCIEDAD RESPONSABILIDAD LIMITADA)

no es el caso). Es un Código “con pantalones largos”, un modelo de Código.

ANTECEDENTES DEL ART. 2810

Comenzando con el Anteproyecto:

A. El art. 3597 del ANTEPROYECTO del Prof. De Gásperi, decía simplemente “Quedan derogadas:

1. La Ley del 19 de Agosto de 1876 y la Ley del 27 de Julio de 1889

2. Las disposiciones de los artículos 207 al 855 del Código de Comercio.

3. TODA LEY ANTERIOR que esté en oposición con las disposiciones de este Código.

B. El Proyecto de la Comisión Nacional de Codificación, por su parte, mantuvo el mismo criterio, limitándose a poner al día las referencias a modificaciones parciales anticipadas por la ley de Quiebras. El art. 2811 del Proyecto dice: Art. 2811: Deróganse el Código Civil, adoptado por leyes de fecha 19 de agosto de 1876 y 27 de julio de 1889, y el Código de Comercio, promulgado por ley del 29 de agosto de 1891, y sus modificaciones, con excepción del LIBRO TERCERO de este último cuerpo legal, relativo a los derechos y obligaciones que resultan de la navegación; de la ley N° 14, de Quiebras, del 12 de diciembre de 1983.

Derógase el TÍTULO PRIMERO del LIBRO TERCERO de la Ley de Quiebras, relativo a las causas de preferencia en el pago de los créditos, y todas las disposiciones contrarias a este Código”.

C. El informe de la Comisión de Legislación del Senado, cambia de numeración, pasándolo al 2812 SIN MODIFICAR EL TEXTO.

D. El primer tratamiento de la Cámara Baja, sobre el trabajo de la comisión senatorial, retornó al número 2811, y propuso un texto casi similar al del Proyecto: Art. 2812 pasa a ser 2811. Deróganse el

Código Civil, adoptado por leyes de fecha 19 de agosto de 1876 y 27 de julio de 1889, y el Código de Comercio, promulgado por Ley del 29 de agosto de 1891, y sus modificaciones, con excepción del LIBRO TERCERO de este último cuerpo legal, relativo a los derechos y obligaciones que resultan de la navegación; de la ley N° 1034 del Comerciante, de fecha 16 de diciembre de 1983.

E. De Diputados pasó a Senadores donde no se introdujo ninguna modificación al respecto y

F. En su paso final, por la Honorable Cámara de Diputados, apareció la redacción definitiva del artículo con el número 2810 y con el texto que criticamos. Sin antecedentes, como se ve, en todo el proceso, a partir del ANTEPROYECTO de De Gásperi.

EL “¿POR QUE?” DEL ARTICULO EN CUESTIÓN.

Aunque carecemos de información, podemos imaginarnos el por qué a última hora con el pan ya casi fuera del horno, se recurrió a esa redacción. En el caso que estudiamos tenemos un “botón de muestra”:

Al redactar el tema, la Comisión Nacional, cambió bruscamente de rumbo y pasó del modelo italiano al modelo argentino. Y al hacerlo omitió el artículo relativo NADA MENOS QUE LOS REQUISITOS DEL ACTO CONSTITUTIVO EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (antiguo art. 4 del DL N 10268). En efecto, en De Gásperi ese artículo se hallaba en la sección correspondiente a las Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 1811 del Anteproyecto) (modelo italiano). PERO NO SUCEDE LO MISMO EN LA LEY ARGENTINA, pues, esta, en su parte general, tiene un artículo genérico (el 11 de la Ley de Sociedades Comerciales, que no tiene equivalente en la parte general de sociedades en nuestro Código). Son iguales, en cambio, en lo que respecta a la no exigencia de escritura pública, (comparar el 4 de la ley argentina con el 965 de nuestro Código). Entonces nos encontramos con el grave defecto de NO TE-

SOBRE LA DEROGACIÓN DEL DECRETO LEY N° 10.268/1941
(SOCIEDAD RESPONSABILIDAD LIMITADA)

NER EN EL CÓDIGO UN ARTÍCULO QUE TRATE DE LOS REQUISITOS DEL ACTO CONSTITUTIVO. Y también el régimen de irregularidad de la sociedad -artículo 6 del antiguo Decreto Ley.

La salvedad de que solo se revocan las disposiciones contrarias al Código Civil PRETENDE SALVAR, ése y otros problemas similares.

Por los fundamentos arriba expuestos, sostenemos -como tesis para la discusión que el DL N 10268, que tomamos como ejemplo, debe ser considerado INTEGRAMENTE DEROGADO por virtud del art. 7 del Código Civil. Es decir, dejado sin efecto por la Sección VI, CAPÍTULO XI, TÍTULO II, LIBRO III del Código Civil. Cualquier dificultad que esta solución acarrea debe solucionarse por los medios normales de integrar una laguna u oscuridad de la ley no por la aplicación del art. 2810 cuyo resultado, para el caso, nos parece inaceptable.

Otra solución posible sería admitir que algunos artículos no fueron codificados POR OMISIÓN Y QUE LA VIGENCIA DE ESAS LEYES ANTERIORES DEBE CONSIDERARSE PROVISORIA (como lo fue la Ley de Quiebras, en materia de Preferencia de créditos).

Pero jamás puede considerarse como una solución definitiva un Código que trata de una materia en forma integral e incluso novedosa y deje vigente artículos sueltos e indeterminados de leyes anteriores, como heridas expuestas a la argucia.

JUSTAMENTE porque se trata de un magnifico Código, un orgullo de nuestro país, debe ser reestudiado el art. 2810 y sus consecuencias.



La Citación en Garantía

(El artículo 1652 del Código Civil Paraguayo)

Adolfo Alvarado Velloso¹

1. Preliminar.

El tema que ocupa el estudio de esta ponencia general es uno de los más arduos, grises y problemáticos del derecho procesal.

Buena prueba de ello es su carencia de legislación o el tratamiento antagónico que le brindan los escasos ordenamientos que se ocupan de regularlo y, al mismo tiempo, las dispares y contrapuestas opiniones que sobre el tema han vertido los pocos autores que lo han glosado o intentado explicar.

Todo ello se complica grandemente a partir de la aparición de la ley nacional 17.418 y de la adopción de esta figura procesal por ella. De ahí la importancia de tratamiento en un Congreso Nacional de Derecho Procesal en el cual podrá tomarse cabal idea de la dimensión del notable disenso doctrinal y, así, llegarse a una conclusión sólida que oriente a la jurisprudencia actualmente contradictoria.

Para empezar, una enfática afirmación: la citación en garantía es una figura neta y absolutamente procesal. Por tanto, corresponde a esta rama del derecho -y no a otra- su estudio y el de sus posibles implicaciones procedimentales.

Por mi parte, creo que una explicación lógica, sistemática y armoniosa del tema solo puede surgir en forma adecuada de un exclusivo punto de partida: la eventual vinculación que puede existir en la

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 21-1987.

realidad de la vida entre dos relaciones jurídicas de las cuales una, por lo menos, entra en situación de conflicto.

Para desarrollar esta idea en forma previa a toda otra explicación, es menester precisar con absoluta claridad cuáles son las pautas que resultan imprescindibles de evaluar en la tarea de comparar diversas pretensiones procesales litigiosas.

Desde el Fuero Juzgo, pasando por el Código Napoleón (art. 1351) y llegando por fin a la nota a los arts. 1102 y 1103 del Código Civil, admite pacíficamente la doctrina que toda relación jurídica al igual que toda pretensión procesal- puede ser analizada por medio de sus tres elementos unitarios por todos conocidos: sujeto, objeto y causa.

A base de ello, los autores han elaborado la totalidad de teorías y estudios sustentados al efecto, los que exhiben el común denominador de no ser absolutamente claros por no presentar el fenómeno analizado de un modo unívoco e inequívoco y, como tal, inconfundible e irrepetible en el mundo jurídico.

A mi juicio, el error proviene de haber partido siempre de la tradicional división tripartita de toda relación jurídica y aplicarla sin más para la comparación de pretensiones procesales, pues ello no responde a la realidad de la vida jurídica, no permite una adecuada y correcta exposición y comprensión del tema y, lo que es más importante, deja sin explicar el origen de fenómenos procesales que se hallan relacionados entre sí de modo estrecho: la reconvencción, la acumulación, la inserción y la sustitución, amén de la litispendencia y de la cosa juzgada. Y es que tiene singular importancia -tanto teórica como práctica- advertir que dos de los elementos de la relación -el subjetivo y el causal- no son unitarios, sino que admiten sendas dobles divisiones.

a) En primer lugar, debo recordar que toda relación jurídica -al igual que toda pretensión procesal- ostenta siempre un carácter bipolar, ya que son necesariamente dos los sujetos que la componen.

Si se toma como ejemplo de la realidad una relación de crédito cualquiera, se advertirá que está integrada imprescindiblemente por un acreedor y por un deudor, cada uno de los cuales no pueden mantenerse componiendo la relación sin la presencia contemporánea del otro, toda vez que no es posible concebir racionalmente la figura de un acreedor sin el correlativo deudor y viceversa (cosa similar ocurre con las personas del actor y demandado).

Por supuesto -y marginalmente-, la referencia de un sujeto cualquiera de la relación -al igual que de la pretensión- no está vinculado exclusivamente con la determinada persona física o moral que reviste ese carácter sino de modo especial, con la calidad jurídica que exhibe. Por ello, la idea de persona acreedor (o del actor), por ejemplo, comprende la de sus sucesores a título singular o universal y, eventualmente, a sus sustitutos.

Consecuencia de lo expuesto, es que siempre que cambie la calidad jurídica de una persona y aunque ella mantenga su identidad física o moral en la relación (o en la pretensión), variará la composición subjetiva. Hasta aquí se correlacionan acabadamente los conceptos de relación jurídica y de pretensión litigiosa.

No ocurre lo propio cuando se trata de investigar, respecto de una pretensión litigiosa, en cuál de los dos posibles bandos procesales se halla ubicado un sujeto: es actor o es demandado y con prescindencia de la posición que ocupe en la relación jurídica que la origina.

Y es que ello tiene primordial importancia en la tarea de comparar diversas pretensiones, tal como se verá luego al ejemplificar los diferentes supuestos que pueden presentarse en la realidad.

De allí que proponga el desdoblamiento del elemento subjetivo de la relación para referirlo a la pretensión procesal: aquí habrá que analizar la vigencia de dos sub elementos: quién es el sujeto actor y quién es el sujeto demandado.

b) En segundo término, es correcto sostener que se entiende por causa de la relación jurídica la concreta interferencia intersubjetiva

que la ocasiona. Concepto no resulta útil cuando se trata de comparar pretensiones procesales litigiosas: aquí, y al igual que lo que ocurre respecto del “elemento” subjetivo, la causa se descompone lógicamente en otros dos sub-elementos que deben analizarse de modo unitario: el primero está constituido por el hecho invocado para fundar la pretensión y al cual el actor asigna trascendencia jurídica, razón por la que se convierte en la base o fuente del derecho pretendido; el segundo es la imputación jurídica que el actor efectuó al demandado con motivo de tal hecho.

Un ejemplo ayudará a comprender mejor la idea: supóngase que Juan sufre un daño al ser chocado por un ómnibus conducido por un dependiente de su propietario. Si pretende ahora lograr la reparación del daño sufrido, puede optar entre demandar al conductor imputándole una conducta culposa en la producción del daño o al propietario por ostentar tal carácter o a ambos, pero manteniendo las distintas imputaciones. En otras palabras: aunque no siempre y necesariamente, hay ocasiones en las que un mismo hecho puede producir imputaciones jurídicas diferentes.

Esta división ideal de la causa es absolutamente necesaria, pues si se compara la pretensión de Juan contra el conductor con la pretensión del mismo Juan contra el propietario, no puede decirse verazmente que ostentan idéntica causa petendi, aunque así lo haya hecho hasta ahora siguiendo autorizadísima la jurisprudencia mayoritaria, opinión doctrinal, toda vez que en el supuesto de tener que responder ambos demandados lo harán por virtud de diferentes calidades jurídicas.

Se afirma hasta ahora que la causa de la pretensión está constituida solo por el hecho que la origina (con prescindencia de la imputación o argumentos de remisión a normas legales que contemplen distintos supuestos de responsabilidad); y así, se ha dicho que “si en la pretensión por indemnización de daños se ha invocado la culpa aquiliana (CC, 1109), la sentencia que la acoja podrá fundarse en el régimen de la responsabilidad contractual (C.Com. 184) y aunque ella no se haya invocado, pues en tal hipótesis, la causa petendi está

representada por el hecho dañoso y no por la calificación jurídica dada por el actor”.

Como es fácil de advertir, el problema no se relaciona con la aplicación de la regla procesal *jura novit curiae* sano con la regla de la congruencia, estrechamente vinculada al derecho de defensa en juicio, y por ende, con la garantía constitucional del debido proceso.

Para mejor comprender esta afirmación, repárese en que la posibilidad defensiva del demandado cambia fundamentalmente en uno u otro supuesto de acuerdo con las distintas imputaciones que puede hacer el actor en su demanda. Véase un ejemplo: quien sufre un daño en ocasión de ser transportado por un conductor que actúa con negligencia culpable, puede pretender el resarcimiento por dos vías diferentes: la primera, imputando culpa al conductor (CC,1109); y la segunda, sin llegar a ese extremo y aún con prescindencia de él, imputando simplemente el incumplimiento del contrato de transporte (C.Com. 184). Las defensas argüibles en uno y otro caso son diferentes: por ejemplo, el régimen de la prescripción liberatoria en el primer caso es de dos años, en tanto que es de diez en el segundo; además, en el primero incumbe al actor acreditar la culpa del demandado mientras que en el segundo solo ha de probar la existencia del contrato de transporte, corriendo por cuenta del demandado afirmar y confirmar la culpa de un tercero. Y hay algo más: en estos supuestos, existen códigos procesales que regulan diferentes competencias materiales para que las pretensiones con base contractual y extracontractual sean procesadas, lo que ahonda aún más la diferencia que, respecto de la causa, existe entre hecho e interpretación jurídica.

Véanse ahora las consecuencias prácticas de adoptar el criterio tradicional unitario o de aceptar el desdoblamiento de los componentes de la causa: si la víctima del ejemplo recién dado demanda a los tres años de ocurrido el hecho, con exclusiva imputación de culpa al demandado, y este opone la única defensa de prescripción posible (dos años), no se compadece con la garantía del debido proceso el que el juez pueda obviar el litigio operado arguyendo en su sentencia que,

al importar solo el hecho dañoso y no la imputación jurídica efectuada a base de él, corresponde aplicar una prescripción mayor (la decenal) pues no obstante la imputación de culpa, existió en la especie un contrato (recuerdo que en el caso no fue invocado) que permite al actor demandar últimamente dentro de los diez años de acaecido el hecho.

El ejemplo puede multiplicarse: un accidente de trabajo permite varias posibilidades de imputación, al igual que un cheque entregado como pago por una compraventa, etc.

De ahí la importancia que asigno a no confundir conceptos que son claramente distintos y a aceptar doctrinalmente nueva clasificación de los elementos que componen toda pretensión litigiosa: 1) el subjetivo, teniendo en cuenta la exacta posición que ostenta cada una de las partes del proceso; 2) el objetivo, que siempre es unitario y 3) el causal, descomponiéndolo en caso necesario en dos sub-elementos: el hecho y la imputación jurídica efectuada a base de él en la demanda.

Todo ello permitirá efectuar la tarea de comparar diversas pretensiones que coexisten o se suceden en el tiempo.

2. La comparación de pretensiones procesales

Por obvias razones que hacen a la convivencia pacífica y armoniosa, es menester que una vez respondida por la autoridad una pretensión litigiosa, la respectiva decisión sea definitiva, impidiéndose así reabrir último, la discusión que la originó.

Del mismo modo, no resulta conveniente para la paz social la coexistencia de dos demandas con base en la misma exacta pretensión, pues podría ocurrir eventualmente que ellas obtuvieren sendas decisiones antagónicas, con la consiguiente creación de un verdadero caos jurídico.

Por último, muchas veces resulta conveniente tramitar en un solo procedimiento varias pretensiones que se hallan estrechamente

vinculadas entre sí, bien por razones de economía y celeridad, bien por razones de seguridad jurídica.

Para solucionar los dos primeros problemas apuntados, las tareas de procesar y sentenciar se rigen por dos reglas fundamentales de práctica procesal: 1) no puede admitirse la existencia contemporánea o sucesiva de dos litigios con la misma exacta pretensión; 2) no pueden emitirse dos decisiones diferentes respecto de una misma exacta pretensión.

Aunque por lo general estas dos reglas se hallan contenidas implícita y no expresamente en los ordenamientos procesales, son cumplidas por los jueces en forma irrestricta pues constituyen la esencia del sistema y permiten el adecuado y permanente mantenimiento de la seguridad jurídica.

Para la solución del último problema antes mencionado, los distintos ordenamientos legales regulan dos institutos fundamentales: la acumulación y la inserción procesal; en cambio, la mayoría de ellos no regula otro no menos importante: la sustitución procesal.

Pues bien: para evitar la duplicidad de procesos y la coexistencia de decisiones contradictorias y para posibilitar la acumulación, la inserción y la sustitución, es imprescindible efectuar una adecuada labor comparativa de distintas pretensiones litigiosas, a efectos de saber cómo se corresponden unas con otras.

Para ello, lo más práctico es enfrentarlas -cual lo hace una figura ante un espejo- con la finalidad de que se logre ver de qué manera coinciden sus elementos ya conocidos: sujetos (actor y demandado), objeto pretendido y causa petendi (hecho acaecido más imputación jurídica).

Veamos los diferentes casos:

a) Supóngase que Pedro reclama de Diego la restitución de un dinero entregado en mútuo. Si se compara esta pretensión con otra en la cual Juan pretende que Pablo le devuelva la finca que le entregara en comodato, cabe concluir que entre ambas pretensiones no

existe elemento alguno en común: son distintos los sujetos (Pedro y Diego por un lado; Juan y Pablo por el otro), los objetos pretendidos y la causa (los hechos y las imputaciones jurídicas).

Estas dos pretensiones son indiferentes o independientes y para nada sirven a los efectos de esta explicación.

b) Supóngase ahora que Pedro reclama a Diego la restitución de un dinero dado en mutuo y que, al mismo tiempo, y por razones diversas que no interesa indagar, el mismo Pedro reclama del mismo Diego la restitución del mismo dinero dado en el mismo mutuo.

Esta simple compulsa por virtud de la cual se advierte que coinciden perfecta y acabadamente todos o cada uno de los elementos conocidos, permite decir que las pretensiones comparadas son idénticas.

c) Imagínese ahora que:

c.1) Pedro reclama a Diego la restitución de un dinero dado en mutuo y que, contemporáneamente, el mismo Pedro reclama al mismo Diego la devolución de una cosa entregada en comodato.

Enfrentando una pretensión con la otra, se advierte que coinciden exactamente los sujetos (actor y demandado, cada uno en la misma posición en ambas pretensiones), en tanto que difieren los restantes elementos: objeto y causa.

Este fenómeno en el cual coinciden solo los dos ubicados en la misma posición y no los restantes elementos, recibe la denominación de conexidad subjetiva.

c.2) Pedro reclama a Diego la restitución de la posesión de una finca usurpada y, al mismo tiempo, Juan reclama al mismo Diego la misma finca, que le compró.

Colocando nuevamente una pretensión frente a otra, se puede ver que no coinciden los sujetos (aunque haya un mismo demandado son distintos los actores) ni la causa (en cuanto hecho más imputación jurídica) pero sí el objeto pretendido: la misma finca.

Este fenómeno en el cual coincide exactamente el objeto pretendido y no los sujetos ni la causa, recibe la denominación de conexidad objetiva.

Este tipo de conexidad puede presentarse por identidad del objeto (caso de un propietario que intenta el desalojo de un locatario y de un usurpador, que ocupa cada uno parcialmente el total de un mismo predio) y por incompatibilidad del objeto (caso de un propietario que intenta reivindicar una finca contra su poseedor actual quien, a su turno, es demandado por quien le compró sus derechos posesorios y le reclama la entrega de la misma finca).

c.3) En un mismo acto, Juan y Diego obtienen de Pedro un préstamo en dinero, comprometiéndose ambos a devolverlo por partes iguales. A base de ello, y por falta de pago Pedro reclama a Juan la restitución de su parte mismo tiempo, el mismo Pedro reclama a Diego la restitución de la suya.

Enfrentando ambas pretensiones se advierte que Pedro está en la posición actora en ambas pretensiones, en tanto que son distintos los demandados: Juan y Diego; por tanto, no es idéntico el elemento subjetivo; que los objetos pretendidos son diferentes y que causa obligacional toda vez que ambas pretensiones tienen fundamento en idéntico acto jurídico y ostentan idéntica la imputación.

Este fenómeno en el cual coincide solo la causa, y no los sujetos ni el objeto, recibe el nombre de conexidad causal.

c.4) Pedro reclama ser considerado hijo del matrimonio formado por Diego y María, por haber sido concebido y nacido luego del casamiento de ellos; para esto, deduce sendas pretensiones por separado. En razón de que se pretende filiación matrimonial y no otra, la relación jurídica afirmada en las respectivas demandas es inescindible: debe darse necesariamente respecto de Diego y de María, y no respecto de alguno cualesquiera de ellos en forma individual (repárase en que Pedro no puede ser declarado hijo matrimonial de Diego y no de María o viceversa: será hijo de los dos o de ninguno).

Si se comparan ambas pretensiones, se puede ver que el elemento subjetivo no es idéntico: aunque el actor sea el mismo en las dos pretensiones, son distintos los demandados. Pero también se ve que el objeto y la causa de ambas pretensiones son idénticos.

Este fenómeno muestra una conexidad mixta causal objetiva y se presenta en todo supuesto de relación jurídica.

c. 5) Pedro reclama a Diego el cumplimiento de un contrato; contemporáneamente, el mismo Diego pretende respecto del mismo Pedro que se declare la nulidad del mismo contrato.

Comparando ambas pretensiones se ve que los sujetos son las mismas exactas personas, pero que se hallan en posiciones procesales invertidas (Pedro es actor y Diego demandado en la primera pretensión, en tanto que Diego es actor y Pedro el demandado en la segunda), que los objetos son diferentes (cumplimiento y declaración de nulidad) pero que la causa es la misma.

Este fenómeno muestra una conexidad mixta subjetiva causal.

d) Pedro, dependiente de Diego, ocasiona un daño Juan en un accidente de tránsito. Por tal razón, Juan pretende que Pedro le indemnice los gastos efectivamente abonados para lograr su curación y, contemporáneamente, que Diego le indemnice el daño moral sufrido. Comparando ambas pretensiones, se advierte que los sujetos no son idénticos (Juan y Pedro, por un lado; Juan y Diego por el otro) y que los objetos pretendidos son diferentes (resarcimiento de daño material e indemnización por daño moral).

Pero también se ve que, si bien el hecho causante del daño es el mismo, no lo es la imputación jurídica que sustenta cada pretensión: a Pedro solo se le puede imputar ser el culpable del hecho dañoso; a Diego solo ser el patrón de Pedro. Se comprenderá ya que este es un fenómeno completamente distinto de los anteriores: aunque los sujetos no son idénticos, siempre hay un sujeto en común colocado en la misma posición en las diferentes pretensiones. Además, es idéntico

el hecho que fundamenta la pretensión, pero es distinta la imputación jurídica que se hace a cada uno de los demandados. Esta figura recibe la denominación de afinidad.

En otras palabras y sintetizando los ejemplos propuestos: en la tarea de comparar dos pretensiones procesales, puede ocurrir que:

1) coincidan exactamente los tres elementos de cada una de ellas (con la salvedad de que tal coincidencia debe alcanzar a los subelementos ya mencionados: posición de las partes y distinción entre hecho e imputación) hay identidad que, si es contemporánea, conduce a ración de litis-pendencia; y que si es sucesiva, a la existencia de cosa juzgada;

2) coincida solo uno de los tres elementos, resultando así distintos los otros dos remanentes: hay conexidad, que es:

2.1) subjetiva, cuando el elemento común está constituido por los dos sujetos (considerados en la misma exacta posición de actor y demandado en ambas pretensiones): origina la acumulación voluntaria de dos procesos en procedimiento único, incoados por un mismo y contra mismo sujeto, por razones de economía procesal. Puede ser inicial (por exclusiva voluntad del actor) (por voluntad del actor o del demandado). El primer supuesto es denominado habitualmente en los códigos procesales como acumulación de pretensiones y el segundo como acumulación de autos;

2.2) objetiva, cuando el único elemento común es el objeto pretendido (supone un interés concurrente por lo menos de tres sujetos; de allí que siempre habrá un mismo sujeto en las distintas pretensiones). Tal interés puede ostentar disímil fundamento:

2.2.1) cuando la conexidad existe por identidad del objeto (desalojo intentado por el propietario de un fundo ocupado parcialmente por un locatario y parcialmente por un usurpador), origina una acumulación voluntaria (para el actor) de procesos en un mismo procedimiento (por razones de economía y celeridad procesal);

2.2.2) cuando la conexidad existe por incompatibilidad del objeto (dos personas pretenden excluyentemente ser titulares de un mismo predio que posee otra), origina una intervención excluyente de tercero y una acumulación necesaria de procesos en un procedimiento único;

2.3) causal, cuando el elemento común es la causa petendi, entendiendo por ella la suma de los casos o hechos acaecidos y la imputación jurídica que el actor hace al demandado, designa una acumulación necesaria de procesos en un procedimiento único, por respeto al principio de seguridad jurídica;

3) coincidan solo dos de sus elementos, resultando así distinto el restante: hay conexidad mixta que puede ser:

3.1) subjetivo-causal, con la salvedad de que, siendo los mismos sujetos litigantes, se hallan colocados en posición investigada en las distintas pretensiones: originan una reconvención o, en su defecto, una acumulación necesaria de procesos en un procedimiento único;

3.2) objetivo-causal: también origina una acumulación necesaria de procesos en un procedimiento único;

4) no coincida exactamente ninguno de sus elementos y, sin embargo, haya un sujeto común (no los dos) y un hecho común (no la amputación jurídica, razón por la cual no puede hablarse de identidad de causa): hay afinidad, la cual presenta siempre un vínculo de dependencia entre dos pretensiones:

4.1) si la dependencia es indirecta, origina una intervención asistente de tercero (que es voluntaria para este o provocada por el actor o el demandado por el medio denuncia de litis): el caso está regulado legalmente como interacción adhesiva simple.

4.2) si la dependencia es directa origina una intervención de tercero (voluntaria para este o provocada solo por el demandado por el medio denominado citación en garantía), cuando el tercero se convierte en parte procesal, puede adoptar una de tres posibles actitudes:

4.2.1) de coadyuvancia respecto de una de las partes frente a la otra (el caso está regulado legalmente como intervención coadyuvante autónoma o litisconsorcial);

4.2.2) de sustitución del demandado asumiendo personalmente la defensa procesal y el eventual pago de la acreencia reclamada. Obviamente, si el sustituido se retira del proceso, queda vinculado a los efectos de la cosa juzgada;

4.2.3) de oposición del tercero citado respecto del citante: origina la existencia de dos procesos (dos pleitos lineales) es un procedimiento único.

3. La intervención del tercero interesado

a) Surge del punto anterior que:

1) la concurrencia de un tercero interesado a un pleito pendiente puede tener origen en:

1.1) la propia voluntad del tercero (intervención voluntaria);

1.2) la voluntad de alguna de las partes originarias (y aún contra la voluntad del tercero) (intervención provocada);

1.3) la voluntad de la ley (es el propio juez quien lo convoca, aún contra la voluntad de las partes originarias y del tercero (intervención necesaria).

b) Surge también que, cuando el tercero interesado ya se ha convertido en parte procesal, puede adoptar una de cuatro posibles actitudes:

1) excluyente: intenta obtener para sí el objeto litigioso (intervención principal, excluyente o agresiva, legislada solo en algunos códigos argentinos)

2) asistente: intenta ayudar a una de las partes sin tener legitimación para enfrentarse con la otra (intervención adhesiva simple);

3) coadyuvante: intenta ayudar a una de las partes poniendo legitimación para enfrentarse con la otra (intervención adhesiva autónoma o litis consorcial);

4) sustituyente: intenta sustituir al demandado en su carácter de tal, afrontando todos los riesgos procesales (como es obvio, el demandado originario queda vinculado a los efectos de la cosa juzgada emergente de la sentencia que eventualmente se dicte en el proceso) (intervención sustituyente, aceptada por escasos códigos argentinos).

c) A los fines de este trabajo, interesa solo uno de los supuestos contemplados supra, en a): la intervención provocada.

Ella puede operar por uno de los medios posibles: la denuncia del litigio y la citación en garantía.

c.1) Denuncia del litigio.

a) Bajo la denominación tradicional de “denuncia litis” o “litis denuntiatio”, la doctrina en general -y también algunas legislaciones- comprenden supuestos diversos que ostentan diferentes orígenes y resultados, con los graves inconvenientes que ello puede traer al intérprete, al mencionar institutos distintos cuales son -lo adelantamos- el llamamiento del causante de un derecho y la citación por existir entre citante y citado un vínculo obligacional ajeno a la relación litigiosa.

Así, aparece necesario establecer con claridad cuáles pueden ser tales supuestos, a fin de asignarles nombres diferentes en orden a la causa y al efecto que presentarán en los casos justiciables.

La diferencia inicial surge en CPC Italia, art. 106, del cual partiré para establecer adecuada distinción entre los casos que mencionaré dentro de esta enunciación -denuncia del litigio- y los propios de otro instituto diferenciado: la citación en garantía, comprensiva de otros muchos supuestos.

b) La denuncia del litigio tiene lugar cuando la parte procesal se halla litigando en razón de un derecho que no ha causado personalmente -la relación jurídica le es ajena- pero cuya discusión debe afrontar pues la ley lo ha legitimado para ello. Como tal posición jurídica no impide que, oportunamente, dicha parte pretenda repetir la prestación a que puede ser condenada, se le permite provocar la citación del verdadero y real causante del derecho litigioso, a fin de que este pueda controlar las defensas esgrimidas y, eventualmente, vincularlo a los efectos de la cosa juzgada emergente de la sentencia que se dicte en su contra. De tal modo, cuando posteriormente intente repetir lo pagado, evitará la articulación por su propio demandado de la excepción de indebida o negligente defensa.

Sin perjuicio de señalar otros más adelante, exponemos ya mismo un ejemplo para mejor comprensión de la idea: establece C.C. argentino, 1.113, que “la obligación del que ha causado un daño se entiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia...”

Racional y lógicamente, se ve claro que si Pedro, dependiente de Diego y en ocasión de cumplir tareas propias de esa dependencia, causa un daño a Juan, este puede pretender primariamente que Pedro le brinde adecuado resarcimiento. Y se ve claro también que ningún vínculo jurídico une a Juan con Diego. Sin embargo, con mucha frecuencia el derecho habilita a otras personas diferentes de las que se hallan en conflicto para poder ser demandantes o demandados, legitimándolas al efecto, so pretexto de diversas y muy variadas razones que no es del caso analizar ahora.

Así, sin perjuicio de mantenerse la relación directa entre quien puede pretender y quien debe la prestación pretendida, la ley permite en muchos casos que otras personas, ajenas por completo a esa relación directa, se vean en la posibilidad o en la necesidad de vincularse al litigio, otorgándoles al efecto una determinada cualidad. Y ello, como ya se ha dicho, sin perjuicio de quedar incólume la posibilidad de repetir lo pagado. En el caso antes mencionado, debe tenerse presente que según C.C. arg., 1123, “el que paga el daño causado por

sus dependientes o domésticos, puede repetir lo que hubiese pagado del dependiente o doméstico que lo causó por su culpas o negligencia”.

Congruente con ello, y sin desconocer la afirmación cierta de Briseño Sierra en el sentido de que el concepto de legitimación sigue siendo aún hoy brumoso, difícil de distinguir especialmente “cuando se enfrentan las situaciones sustantiva y procesal”, creemos que aquél puede concretarse diciendo -conforme lo venimos sosteniendo- que es la titularidad de la pretensión donde la prestación de una relación ajena (Briseño Sierra, Tratado, IV, 86).

Veamos ahora otros ejemplos:

En todos los casos posibles se advierte que la parte se halla en proceso por una relación que originalmente le es ajena; sin embargo, debe asumirla como propia por expresa y excepcional disposición de la ley.

Surge de lo ya expuesto que, en tales condiciones, parte puede provocar la presencia del tercero (titular primario de la relación litigiosa y, por ende, parte sustancial del conflicto); y ello lo hace con la mira puesta en una eventual repetición, que intentará luego de pagar (en rigor, no hoy sino mañana) y mediante la interposición de su propia demanda (no en este proceso sino en otro que se promoverá al efecto).

Resumiendo: siempre que se denuncia el litigio a un tercero es con la intención de repetir mañana y en otro proceso lo que hoy y aquí se debe pagar.

b) Conforme llevamos dicho, el tercero citado al proceso pendiente tiene obvio y elemental interés jurídico en que el citante salga absuelto de la pretensión ejercida en su contra, pues con ella erradica la eventualidad de que se le dirija ulteriormente demanda de repetición.

De ahí la conveniencia de su participación en el pleito, vigilando las defensas esgrimidas para que sean adecuadas al caso. Pero no se detiene aquí la facultad del tercero: repárese que él es parte

sustancial del conflicto; o sea que, en la hipótesis tratada, pudiendo te originaria del litigio no lo fue por la simple razón de que el actor no lo demandó (algunos casos) o de que no lo pudo demandar todavía (otros casos).

Así planteadas las cosas, la denuncia del litigio puede ser hecha tanto por el actor (C.C., 2020) como por el demandado (codeudor solidario que, en la relación interna es el verdadero existe entre los diversos deudores, no deudor).

c. 2) Citación en garantía.

Tiene lugar cuando la parte litigante se halla en pleito en razón de un derecho que ella misma, ha causado (con lo cual se diferencia del supuesto de denuncia de litis) y respecto del cual un tercero ajeno a la relación material (conflicto) y a la procesal (litigio) debe responder por hallarse vinculado con la parte citante por una propia relación jurídica que a ello lo obliga, y que sustenta con la litigiosa una situación de afinidad por dependencia directa.

No se trata aquí de la simple existencia de la posibilidad de repetir, que puede darse tanto en este supuesto como en el anterior, sino de algo más.

En efecto: si se compara este caso con el anteriormente tratado, se ven hasta ahora algunas similitudes, pero notables diferencias:

Denuncia de litis

1. La parte no es causante del derecho
2. Su contraparte puede demandar al tercero y no lo demanda; en el caso del actor, y no puede demandarlo todavía.
3. La parte puede repetir del tercero.

Citación en garantía

1. La parte es causante del derecho.

2. Su contraparte no puede demandar al tercero, por carecer de todo vínculo jurídico con él (a menos que medie supuesto de legitimación, lo que hace variar el caso).

3. La parte puede repetir del tercero, pero intenta evitar pleito especial al efecto.

La diferencia radical estriba, así, en que la parte aspira a cosas diferentes en ambos supuestos: dijimos que en la denuncia de litis pretende vincular al tercero para, eventualmente, intentar mañana y en otro expediente repetir lo hoy y aquí pagado. En la citación en garantía, la parte pretende vincular al tercero para que pague aquí y ahora, hoy y en este expediente.

De consiguiente, por virtud de las particulares características de la relación que une a la parte y al tercero (y a la cual es ajena la contraparte) aquella provoca la presencia de este con la inequívoca finalidad de que la sustituya, asumiendo su exacto papel procesal y que, como consecuencia de ello, pueda el sustituido excluirse del pleito.

Así planteadas las cosas, la citación en la citación en garantía puede ser hecha exclusivamente por el demandado, nunca por el actor. De ahí la anomalía de la figura art. 118 de la Ley 17.418.

Doctrinalmente, esta figura procesal tiende a provocar la sustitución de la parte demandada. Ello surge armónicamente del juego de los arts. 106 y 108 del CPC italiano:

“art. 106: Cada una de las partes puede llamar al proceso a un tercero, si considera que la litis le es común o pretende de él una garantía”.

“art. 108: Si el garante comparece y manifiesta que se hace cargo de la causa en lugar del garantizado, este puede solicitar, toda vez que las otras partes no se opongan, su exclusión del juicio. Dicha medida es dispuesta por el juez, pero la sentencia de fondo dictada en el juicio produce sus efectos también contra la parte que ha sido excluida”.

En general, la escasa legislación argentina que ha regulado el tema (ver por ej. SF, 28 y 535) no ha comprendido el problema en la esencial diferencia, que existe entre los supuestos de denuncia de litis y citación en garantía.

Además, la falta de normativa ha provocado la ausencia de exacta construcción doctrinal, permitiendo así que los autores-procesalistas y comercialistas-expongan las más diversas y contradictorias explicaciones del tema y, particularmente, de la institución regulada bajo este nombre en la Ley 17.418.

Así es como se ha dicho, respecto de esta última, que es una verdadera citación en garantía (a la italiana), o un supuesto de intervención forzosa por litis-consorcio necesario calificado además -por algún autor- de impropio, o una simple citación para actuar como interviniente coadyuvante autónomo o, por fin, una acción directa autónoma o no, autónoma.

Por supuesto no es esta la oportunidad de explicar y contestar cada una de estas opiniones: la de esta ponencia surge nítida a partir de conceptualizar la citación en garantía como un medio derivado de una vinculación de afinidad por dependencia directa para provocar la presencia de un tercero que venga a sustituir a la parte procesal citante. Pero no siempre ocurre tal resultado, ni doctrinaria ni legislativamente.

Y es que una vez provocada la citación, si el tercero garante concurre al pleito puede adoptar una de tres posibles actitudes:

1. sustitución: significa que el garante se hace cargo del pleito y asume todas las responsabilidades de la parte procesal originaria quien, en caso de ser excluida del proceso queda vinculada a los efectos de la cosa juzgada material de la sentencia que en él se dicte (caso del art. 2782 del CC, denominado por la doctrina “llamada al poseedor mediato”).

2. coadyuvancia: significa que no permitiéndose legalmente la sustitución y, por ende, la extroversión de la parte originaria, adoptará el papel de parte principal y actuará en relación litis consorcial con el citante (intervención autónoma o litis consorcial);

3. oposición: significa que el tercero convocado al pleito niega su carácter de garante. Por tal razón, habida cuenta del objeto primordial de la citación -lograr que el garante se haga cargo aquí y ahora de la responsabilidad adeudada- quedan definidos dos pleitos lineales: el del actor contra el citado en garantía.

De tal modo, caso de prosperar ambas demandas, el juez podrá condenar en una misma sentencia al citado garante a hacer frente a la acreencia reclamada por el actor.

En síntesis y para finalizar:

1) la citación en garantía es una figura de carácter neta y absolutamente procesal y es a esta rama del derecho y no a otra a la cual corresponde explicar su concepto, requisitos, presupuestos e implicaciones procedimentales;

2) conforme con la doctrina procesal y con elementales reglas de lógica jurídica, la citación en garantía es uno de los dos medios posibles que acuerda la ley para que una parte procesal provoque la presencia de un tercero en tal proceso;

3) la citación en garantía se diferencia cabalmente de la denuncia de litis (el otro medio legal) en cuanto aquel supone una vinculación de relaciones jurídicas por afinidad creada por dependencia directa, en tanto que esta supone igual dependencia, pero indirecta;

4) la citación en garantía, como tal, solo es utilizable por el demandado, nunca por el actor;

5) caso de no concurrir el citado al pleito pendiente, como la citación implica la propuesta implícita de una demanda del citante

contra el citado, debe cumplirse respecto de él todo el rito procedimental que permitirá vincularlo a la postre a los efectos de la cosa juzgada emergente de la respectiva sentencia.

6) caso de concurrir al pleito pendiente, el citado en garantía puede asumir una de 3 posibles actitudes fácticas: sustitución, coadyuvancia u oposición. En este último caso, se efectiviza un doble proceso en un procedimiento único: el del actor originario contra el demandado citante y el de este contra el citado, de modo tal que prosperando ambas demandas, en sentencia única, el juez actuante pueda unir los extremos subjetivos de las dos pretensiones afines y así, condenar al garante a pagar en forma directa al actor, la suma reclamada primariamente al citante garantiza.



El Daño o Lesión Moral en la legislación Civil Nacional

Pedro Gamarra Doldan¹

Hasta la reciente entrada en vigencia del Código Civil nacional, el rubro civil vinculado a la existencia o cuantificación del daño o lesión moral era un capítulo propiamente desconocido o no individualizado en el curso de los débitos o reclamos en el entorno de la vida social.

Así, la última década de vigencia del concluso Código Civil de Vélez presencié, aunque ya la ideología interpretativa de la casuística nacional había realizado serios y progresivos cambios, escasa legislación y doctrina en la materia.

En efecto, recurriendo a la compilación jurídica de la revista La Ley, de la revista de Derecho y Jurisprudencia, de la Gaceta Judicial, de más reciente aparición, no nos llevaron sino a leer muy escaso material, cuya mención aparece ineludible en los pódomos analíticos de este ensayo.

El Dr. Ramón Silva Alonso, bajo el título de “Reparación del daño moral en el Derecho Civil Paraguayo”, La Ley N° 1, año 1, desarrolló en forma extensa y académica ese tema, que resultaba ya de imponderable necesidad. El trabajo era amplio, caudaloso y de desarrollo fluido. Impresionaba en él, el citaje de tantos y renombrados autores foráneos, que habían transitado ya en dicho temario.

En el mismo, el Dr. Silva Alonso, citando el Código de Vélez principalmente el art. 1.078 de dicho texto jurídico decía: “Las disposiciones del Código son claras en el sentido que consagran la reparación del daño moral. El problema que ellas plantean se refiere, pues,

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 21-1987.

solo a averiguar la extensión o amplitud del principio de resarcimiento...” “Para algunos que siguen determinada tendencia en el país de origen del Código de resarcimiento del daño moral se limita a los hechos que constituyen delitos del derecho criminal. Esta tendencia se funda principalmente en la interpretación “a contrario sensu” del art. 1.078, “para otros, la indemnización del daño moral se extiende a todos los hechos ilícitos”.

La conclusión a que arribó el catedrático Dr. Silva Alonso se daba finalmente, en el párrafo; “Creemos pues, con Colmo, Lafaille, Rébora, Legon, Spota, Dassen y Borda, entre otros, en la República Argentina, que la reparación de los daños morales ha de entenderse no solo a los supuestos de hechos del derecho criminal, sino incluso a los hechos ilícitos, e incluso a los de responsabilidad contractual”.

La opinión del tratadista en cuestión era, al año de publicación del trabajo (1978) era de vanguardismo jurídico nacional, mucho más, cuando que él se sostenía en una hipótesis interpretativa del art. 1078 y sostenía también la implantación de la figura resarcitoria moral, a través de su admisión por Juristas de la grandiosa talla de los por él citados.

La realidad aplicativa de la acción o del daño moral en el campo civil, era pobre en la jurisprudencia decaída en la década anterior.

La monografía de la cual nos ocupamos hasta el presente, recogía, el Acuerdo y Sentencia N° 24, Tribunal de Apelación Civil y Comercial. Capital, 1ra. Sala, 2/4/1974, en los autos: “O.L. y otros c/Aerolíneas Argentinas s/indemnización de daños”. En esta resolución el Dr. Pereira Saguier, quien fundamentó el fallo triunfante declarando que el cuadro alcanzaba la disposición del art. 1.078, que comprende la indemnización del daño moral. También el Acuerdo y Sentencia N° 38 del Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Capital, 3ra. Sala, del 20/7/1977, autos: “Fernández Real c/Melgarejo Ciriaco y otros”; En esta resolución el Dr. Federico Masi quien fuera de honra y profundidad en sus resoluciones, así lo fundamentó: “La falta de con-

EL DAÑO O LESIÓN MORAL EN LA LEGISLACIÓN CIVIL NACIONAL

dena en la Jurisdicción Criminal no impide al Juez en lo Civil establecer la culpa civil y en consecuencia determinar también el monto del daño moral".

La Corte Suprema, por Acuerdo y Sentencia N°. 35, el 18 de agosto de 1975, en los autos: "L.S. c/Banco Brasil s/indemnización" decía a través del Dr. Tellechea quien signó su paso por la judicatura con personalidad propia "entiendo que el daño es reparable porque la disposición del art. 1.068 del Código Civil, debe ser considerada de acuerdo con lo que dispone el art. 1.083 del mismo cuerpo legal. Sostengo, pues que el actor debe ser indemnizado por el daño moral sufrido...".

A la serie de citas hechas por el Prof. Silva Alonso, incorporó la sgte. por mí recogida, Acuerdo y Sentencia N°. 76, Tribunal de Apelación Civil y Comercial, 2da. Sala, Capital, 30.8.1977. "Ernesto Duarte c/Jacinto Martínez". "La vida de un menor comprende la indemnización del daño material y moral sufrido, que debe establecer con prudencia para que la desgracia no se transforme en un motivo de lucro".

Como vemos, la doctrina y la jurisprudencia nacional eran huecas en la exégesis de un capítulo del derecho que entraba más en el campo de las probabilidades, y que salvo las magras citas jurisprudenciales extraídas, y algunas que el autor de estas líneas se le hubieren escapado, no encontramos sino el rigor de aplicar la vara indemnizatoria solamente al hecho civil como tal, o al emergente de un ilícito criminal, pero lo moral no era sino un espectro voyante en la credulidad interpretativa de muy pocos.

LA NUEVA LEGISLACIÓN POSITIVA

El Código Civil Nacional, con vigencia desde el año en curso, no ha producido aún, que sepamos, alguna jurisprudencia que cobije los artículos de dicho cuerpo, que en forma indubitable legislan sobre el renglón de la reparación del daño moral, así con ese nombre.

De la revisión del citado cuerpo legal, hemos encontrado que esa reparación abarca cinco formas claras y precisas de ser calificados.

I. LA INDEMNIZACION POR RUPTURA DEL COMPROMISO MATRIMONIAL

El art. 137 reza: “El culpable de la ruptura del compromiso matrimonial deberá a la otra parte una indemnización por los gastos hechos de buena fe. Si la ruptura perjudicare gravemente al comprometido inocente, el Juez podrá fijar una indemnización en concepto de daño moral. Esta pretensión es incesible”.

Como fácil es colegir, el artículo establece con meridiana claridad el derecho a la reparación moral o cargo del prometido perjudicante. Hecha la dilucidación de la responsabilidad por uno de los novios, correrá a cargo del Juez PODER fijar esa indemnización. Tal como reza el art. la declaración puede abarcar dos renglones, uno platónico en cuya virtud se reputa culpable a una de las partes, y uno opcional, cual sería fijar el daño moral y estimarlo monetariamente.

II. LA ACCIÓN RESARCITORIA POR SEPARACIÓN DE CUERPOS

El art. 173: “La acción de separación quedará extinguida por la muerte de una de las partes; pero si ella estuviere iniciada y fuere perjudicial de otro relativo al patrimonio, podrá continuar a este solo efecto por los herederos del fallecido o contra ellos. También podrá proseguirla el cónyuge demandado o sus herederos, cuando la imputación en que se funde importe daño para honor de aquel”.

La novedad de este artículo es extender la acción resarcitoria a los herederos de una de las compartes, cuando hubiere alguna afectación económica, e incluso moral.

III. LA INDEMNIZACIÓN LEGAL POR DAÑOS

El art. 450 dice: “Los daños comprenden el valor de la pérdida sufrida y el de la utilidad dejada de percibir por el acreedor como consecuencia de la mora o del incumplimiento de la obligación. Su monto será fijado en dinero, a menos que la ley dispusiere otra forma”. El art. 451 a su vez: “Cuando la obligación no proviniera de actos a título oneroso, y en todos los demás casos en que la Ley autorice, habrá lugar a resarcimiento, AUNQUE EL PERJUICIO NO FUERA PATRIMONIAL”.

Como vemos en el amplio espectro del derecho indemnizatorio, por la culpa in contraendo, hay lugar a un justo resarcimiento, aunque ese perjuicio no fuera patrimonial.

Como puede verse en estos artículos se abre la posibilidad cierta y fundada a obtener la reparación por la declaración judicial que se han incumplido actos a título oneroso, y en todos los demás admitidos en esta o en otras leyes civiles, habrá lugar a una reparación, aunque el perjuicio no fuere patrimonial.

En estos casos se partiría de la teoría inversa; para fijar el daño moral, se apreciaría el hecho, aunque no fuere perjudicial, y dilucidado la existencia del incumplimiento, el juzgador emitiría la resolución estableciendo económicamente el daño, aunque este fuera moral.

IV. EL DAÑO EMERGENTE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El art. 1835: “Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión. La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el ilícito. La acción por indemnización del daño moral solo competirá al damnificado directo. Si el hecho hubiere resultado su muerte únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

De la lectura del citado artículo emerge la responsabilidad civil contenida en la doble reparación: La material y la moral. De esta manera, y en forma indudable ha hallado acogida en nuestra legislación básica, el derecho afectado a reclamar el perjuicio en su persona, derechos, potestades y en su patrimonio.

El Dr. Miguel Angel Pangrazio, en su obra Código Civil Comentado, tomo II, Edic. Cromos 1986, 1ra. edic., pág. 1.461 al comentar al art. 1.833, desarrolla en este artículo la cualidad que en la moderna legislación ha hallado la reparación del daño o perjuicio moral. Al efecto, el mismo asevera "El perjuicio a los bienes del patrimonio configura el daño material o patrimonial. El ataque a un derecho no patrimonial, como sea la integridad corporal, al honor, a la reputación, violación de un secreto produce agravio moral. Los tratadistas se han puesto de acuerdo que agravio moral y daño moral, son jurídicamente conceptos iguales".

V. EL DAÑO EMERGENTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

El art. 1.858: "En los casos de homicidio, el delincuente deberá pagar los gastos de asistencia y sepelio; y además, lo necesario para alimentos del cónyuge e hijos menores del muerto, y el daño moral, quedando a criterio del Juez determinar el monto de la indemnización, y manera de satisfacerla".

Claramente en el artículo citado queda establecido el doble derecho indemnizatorio. El Dr. Pangrazio en su obra ya citada se pregunta si la indemnización debe ser hecha con regularidad, si por períodos de tiempo, o de una sola vez.

Sería fácil colegir que la indemnización debería ser fijada de una sola vez, puesto que determinar tramos para su pago, o indexaciones periódicas, crearían una suerte de esclavitud económica del subordinado a cumplir el tenor de dicho precepto de ley.

CONCLUSIÓN

De la lectura de lo anteriormente expuesto, es muy fácil extraer el avance social y de equidad que la legislación nacional ha ido teniendo.

El Código de Vélez, apenas dejaba entrever el derecho indemnizatorio moral a los incumplimientos o responsabilidades civiles emergentes de hechos penales. Las citas jurisprudenciales de la década de los años 70, apenas, y muy tímidamente, admitían incorporar el daño moral, primero como causal de lesión, y segundo con derecho a ejercer una estimación económica de ese perjuicio.

Es evidente que la vida en sociedad, producto de los cambios sociales y urbanos, conllevan una rapidez, pero también una amplitud, donde a diario se conculcan derechos personales.

Esa lesión, producto de la socialización de los medios de comunicación, de convivencia citadina, y de mayor trascendencia de la acción del hombre LLEVAN AL EXTREMO DE AFIRMAR QUE HOY EN DÍA ES TANTO O MAS FRECUENTE LA LESIÓN MORAL QUE LA PATRIMONIAL.

Vivir desprotegidos jurídicamente de una ordenación que soslayare la determinación del daño moral, en primer lugar, y su cuantificación matemática, es un extremo al que los hombres de este tiempo no podemos prescindir. Incluso podríamos decir que la aparición en los artículos dichos del daño que nos ocupa ha sido algo tímida, pero desde luego correrá a cargo de los juzgadores dar amplitud y vivencia administrativa a la reparación del daño moral, una de las conquistas sociales y jurídicas más elevadas de la nueva legislación positiva nacional.



La irretroactividad de la ley en el nuevo Código Civil Paraguayo

Roberto Ruiz Díaz Labrano¹

La formación de la ley culmina con el acto que hará del mismo derecho positivo vigente y la constituirá en norma obligatoria, este acto de la publicidad de la ley (Art. 1° del C.C.) implica la admisión por los destinatarios de ella tienen conocimiento de la misma y partir de tal situación no podrán invocar su ignorancia para desconocerla, salvo las excepciones previstas en la ley (Art.9° del C.C.).

La entrada en vigor de la ley importa la aplicabilidad de la misma, la obligación de observar sus preceptos y la posibilidad de fundar en ella un derecho. - Puede implicar al mismo tiempo la modificación o supresión de disposiciones jurídicas anteriores con lo cual surge el problema de analizar los efectos de la nueva ley sobre la anterior.

Es importante destacar que normalmente una norma “está hecha para que dure en tiempo; en efecto, la norma tiene una duración indefinida” (Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Tomo primero, Ediciones Jurídicas Europa -América, Buenos Aires, 1979, pág.), sin embargo como el mismo autor lo indica, es posible que ciertas leyes tengan anticipadamente prefijada la una norma, “está en efecto, la fecha en que cesará su vigencia, especialmente aquellas que son hechas para ciertas circunstancias especiales o atendiendo ciertos eventos también especiales como podría ser la Ley de expropiación de ciertas áreas en la zona de Itaipu, que evidentemente, estarán en vigor ínterin no haya cumplido la finalidad para la cual fuera creada.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 22-1988.

La entrada en vigor de una nueva norma jurídica representa normalmente la abrogación de otra fundamental cuando la materia legislada es la misma. Lo que puede producirse por:

**EXPRESA ABROGACIÓN,
O INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA NORMA ANTIGUA Y
LA NUEVA**, donde anticipamos nuestra opinión deberá prevalecer la nueva por cuando la implica la voluntad legislativa. Encargado de diversas maneras la situación jurídica social reglada, salvo por supuesto, los casos comentados más adelante.

Estas situaciones obligan a realizar alguna distinción que la exponemos a modo de clasificación para una mayor claridad

- A) La abrogación por el modo de producirse, puede ser:
 - a. Expresa, cuando la nueva ley indica claramente cuáles leyes o normas son dejadas de lado.
 - b. Tácita, cuando:
 - 1. La nueva ley es incompatible con una realidad anterior que regulan la misma materia.
 - 2. La nueva norma regula enteramente la materia respectiva.
- B) La abrogación por los efectos en relación a la norma anterior puede ser:
 - 1. Total: cuando la antigua ley es abandonada íntegramente.
 - 2. Parcial: Cuando son respecto a la antigua ley son abandonadas ciertas normas expresamente, en cuyo caso se habrá de derogación de la ley. “Derogar significa, o bien introducir excepciones a una norma o bien crear normas que se apartan de su contenido, de otras normas preexistentes, y de este modo, - las abroga parcialmente. - (Mes-sineo, Opus Cit. Pag. 88)

A pesar del lógico interés ahí salió interesándome. Es destacar que cuando no existe incompatibilidad en ciertas normas o cuando

surge evidente la existencia de algunas disposiciones, no hay mayor problema con la entrada en vigor de una nueva ley, salvo las nuevas concordancias e interpretaciones. El problema ha surgido cuando existe coalición o incompatibilidad entre la nueva y la antigua ley, lo que obliga a determinar y distinguir la aplicabilidad de la ley en el tiempo. -

ABROGACIÓN Y DEROGACION DE LEYES EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil se ocupa dentro del título de LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS de las leyes que por la sanción y vigencia del Código quedan abrogadas. Dentro de este título normalmente se contienen las disposiciones en torno a las leyes que quedan sin efecto total o parcialmente y el modo de aplicación de las nuevas leyes frente a las antiguas.

El Código Civil de Vélez bajo un título más adecuado, similar al del Anteproyecto de Gásperi, utiliza la terminología siguiente: “Título Complementario: DE LA APLICACIÓN DE LAS LEYES CIVILES” que parece más apropiada para las disposiciones normalmente contenidas en el referido título. - En la metodología del Código Civil Paraguay dentro del TÍTULO PRELIMINAR se encuentran disposiciones en torno a la Vigencia de la ley en el tiempo (eje. Art. N° 2 del Código Civil y concordantes con los Arts. 4044 y 4045 del código Vélez y el art. 3595 inc. 7° y 9° del Anteproyecto de Gásperi).

En cuanto a la abrogación de las leyes establece dos categorías:

A) TOTAL Y EXPRESAMENTE ABROGADAS, y las que - son:

B) PARCIALMENTE DEROGADAS, en cuanto sean contrarias a las disposiciones del Código sancionado, es decir en cuanto exista contraposición con las normas contenidas en la nueva ley.

Esta distinción surge a partir del 2810 del C.C. que dice: Deróguense: el Código Civil adoptado por leyes de fecha 19 de agosto de 1876 y 27 de julio de 1889;

- El Código Civil adoptado por leyes de fecha 19 de agosto de 1876 y 27 de julio de 1889;
- El Código de Comercio promulgado por Ley del 29 de agosto de 1891 y sus modificaciones, con excepción de su libro Tercero.
- La ley del 21 de Febrero de 1872 sobre intereses:

“El Código de Comercio promulgado por ley del 29 de agosto de 1891, y sus modificaciones, con excepción de su libro tercero; la Ley del 21 de febrero de 1872 sobre intereses; los artículos 20 al 22 de la Ley N°.561 del 2 de octubre de 1952 sobre intereses”.

Deróguense igualmente las disposiciones que sean contrarias:

- de la “Ley de Matrimonio Civil del 2 de diciembre de 1898;
- del Decreto Ley N° 10268/1941 sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada;
- de la ley N°.215/1970 sobre Almacenes Generales de Depósito;
- de la ley número 211 del dos octubre de 1970, que organiza la institución social del bien de la familia; de la ley número 677/ 1960.
- de la propiedad por pisos por departamento, de la ley número 94 sobre Propiedad Literaria, Científica y Artística,
- del decreto de ley número 896/1943 sobre Prenda con Registro.

Derogando igualmente

- todas las disposiciones contrarias a las de este código contenidas en leyes generales o especiales.

En cuanto al artículo 2811. No resulta comprensible las razones por las cuales fue establecida en el artículo diferente al anterior o expresa.

Derogando igualmente

- el título I del libro tercero sobre las causas de preferencia en el pago de los créditos de la ley número 154/1969 de “Quiebras”.

En relación al 2814 estimamos que la relación no ha sido de todo feliz, expresa todos los juicios civiles y comerciales en tramitación y los que se inicien antes de la vigencia de este código se substanciarán y regirá por las disposiciones vigentes. Interpretando la disposición como que a los juicios en cursos iniciados antes de la sanción del nuevo código deberían aplicarse las leyes entonces vigentes, la intensión legislativa sería la de proteger la relación jurídica procesal que nace bajo el imperio promovida aún aquellas que no fueron notificados, en la hipótesis de demandas ampliadas ya notificadas ya bajo el imperio del nuevo Código Civil y al no estar trabada la Litis, el Juez podría tropezar con la dificultad de determinar la aplicabilidad o no de las nuevas disposiciones invocadas y en especial cuando se trate de aplicar disposiciones como el Art. 647 del C.C. que dice expresamente: a “La prescripción se interrumpe: a) por DEMANDA NOTIFICADA ...”, en donde la disposición citada precedentemente aparentemente contradice una norma específica y clara en su texto.-

En torno a si la técnica adoptada de eliminar ciertas disposiciones expresas en relación a la vigencia de la ley en tiempo, tal cual lo teníamos en el Código Vélez y lo establece el Anteproyecto De Gásperi, es o no la más acertada, la experiencia práctica se dirá si la decisión ha sido correcta o indicará la necesidad de su incorporación en el Código.

DERECHO INTERTEMPORAL

El ámbito de eficacia de la ley en el tiempo, es la materia que se estudia hoy bajo la denominación de Derecho Intertemporal o Derecho Transitorio, ocupándose la misma de dar respuesta a las situaciones que se suscitan ante la aparición de una nueva ley y - sus efectos frente a otra preexistente.

De los efectos de la ley en el tiempo y que sus caracteres se han dicho: “uno de los más significativos es sin duda el que la interactividad según el cual sin duda, el de la irretroactividad, según el cual es, una ley no se dicta para regir situaciones pasadas sino solo para gobernar situaciones de futuro”. (Conf. Ramón Silva Alonso, comentario al art. 2 del Código Civil, publicado en el Correo Comercial).

El estudio de la materia de irretroactividad de la ley, una de las más controvertidas en su aplicación en el derecho contemporáneo, resulta del capital importancia en nuestro país, sobre todo en el momento de transición del antiguo al nuevo Código. El esclarecimiento de tal y delicada cuestión puede llevar. Feliz solución. A un conjunto de problemas que habrán de suscitarse en los próximos años. Por el contrario, la falta de luz y es en torno a esta cuestión podrá ser una interminable fuente de litigios y contiendas.

El derecho para ser tal, requiere de estabilidad, las instituciones jurídicas precisan de cierta certeza de tal modo a conservar el orden social, y esto es así porque si las nuevas leyes pudieran afectar las relaciones pasadas y derechos considerados definitivamente adquiridos, toda la estructura social estaría afectada y las modificaciones incidirán negativamente produciendo por lo demás un natural rechazo. De allí que las leyes son hechas y están destinadas para el futuro, de allí también el principio de la irretroactividad de la ley.

No es difícil notar entonces la importancia y trascendencia que posee el estudio de esta materia ante la entrada en vigor de un nuevo código advertir que una adecuada comprensión y conocimiento de los efectos de la ley en el tiempo, en este caso del Código de Vélez y el Código Civil actual, harán factible una aplicación de las nuevas disposiciones y especialmente del principio de irretroactividad, que tiene carácter constitucional en nuestro derecho.

JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

En el derecho. La efectividad de la ley, salvo la reserva constitucional prevista, está consagrado en el artículo 67 de la Constitución nacional expresa. Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo las leyes penales que sean más favorables al encausado o condenado. Destacamos, sin embargo, que en todas las legislaciones tienen carácter constitucional conforme veremos más adelante.

En la Argentina no tienen ni adquieren tal jerarquía y se ha impuesto la tesis de la tesis presentada por Guillermo Borda, modificándose. Que va a sufrir por el Código de Vélez. A punto tal que se ha consagrado la posición sustentada por el autor en el tercer Congreso Nacional argentino de Derecho Civil.

El autor argentino citado, al referirse al inconveniente de incluir como precepto constitucional la irretroactividad de la ley, explica este principio tiene hacia una rigidez que no se aviene con las necesidades jurídicas, políticas y económicas de una sociedad. Por ello los pueblos de. Eso sería tradición jurídica ahí en orden constitucional, establece, han considerado con razón, el principio de la irretroactividad no debe estar asentado en la Carta Magna solo en algunos países latinoamericanos. (Bolivia, art. 31; Costa Rica, Art. 26, Cuba art. 22 y 23; Honduras art. 54; Méjico, art. 14; Nicaragua art. 43; Paraguay art 26 hoy 76y Perú art. 25 y entre los europeos únicamente Noruega Art. 97) lo han establecido en su constitución. Pero en estos mismos países la vida del derecho ha demostrado que una regla rígida sobre este punto trae aparejados tan graves inconvenientes, que el legislador no ha podido menos que desconocerla y lo jueces se ven obligados a admitir excepciones de leyes retroactivas (Guillermo Borda, Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, Tomo I. Editorial Perrot, Bs. As. 1975 pág. 176,).

Cualquiera sea el criterio más apropiado sobre si él doctrinario que se considere principio de irretroactividad debe o no figurar en la

Constitución Nacional, su inclusión, obliga a un estudio profundidad de los efectos que conlleva su inserción en la Carta Magna.

En este sentido, conforme se ha determinado en las Jornadas de Actualización en Derecho, auspiciadas por el Instituto Paraguayo de Derecho Internacional, en su Primera Jornada respecto de “La irretroactividad de la Ley en el Derecho Paraguayo” realizado del 23 al 27 de marzo de 1987 determinó:

La Constitución Nacional en su Art. 67 y el Código de Vélez Sársfield resultan básicamente la fuente de las disposiciones del nuevo Código Civil, específicamente en los artículos 3, 4044 y 4045.

En el derecho paraguayo el principio de la irretroactividad tiene jerarquía constitucional.

En principio en la Constitución Nacional la irretroactividad es relativa por cuanto que en materia penal se permite la aplicación retroactiva de las leyes más benignas al encausado en concordancia con las disposiciones contenidas en el Código Penal, art. 53 y 54 y código de ptos. Penales art. 1, 4 13 y 14.

En el nuevo código, siguiendo el anteproyecto de De Gásperi, se eliminó el art. 5 del código de Vélez que establecía a la aplicación del principio de irretroactividad de la ley el hecho de que Ninguna Persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público, cuya aplicación frente al art. 67 de la constitución nacional sería inconstitucional.

Toda ley que viole el principio de irretroactividad privando derechos adquiridos es atacable como inconstitucional.

ANTECEDENTES HISTORICOS Y FUENTES DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN EL CÓDIGO

Históricamente el principio es recepcionado a través del derecho romano, en que conforme se expone en el comentario al Art. 3ro. del Código Civil Argentino realizado bajo la Dirección de Belluscio y Coordinación de Zanoni (Edit. Astrea, Tomo I, Pág. 16,

Bs.As.).se formuló la llamada regla teodosiana según la cual las leyes “prescriben la forma de las causas futuras y no se retrotraen a los hechos pasados a menos que el legislador estatuya sobre el tiempo pasado y las cosas aún en suspenso” -- (Código, I. 14 De Legibus, 7, citado por Areco, J.S., La irretroactividad de la Ley y los contratos sucesivos, tesis, Bs.As.1948, Nro. 4, pág. 6), el Código Civil Francés, siguiendo la romanista dispuso en el Art. 2do. “la ley no tiene efecto retroactivo; ella no dispone sino para lo futuro”, basando doctrinariamente la irretroactividad de la ley en el respeto al derecho adquirido (Merlín de Douai, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 5ta. ed. Paris, Effect rétroactif”, pág. 536).

“La irretroactividad -nos dice Juan José Soler en su obra Introducción al Derecho Paraguayo- es un principio bien definido en el antiguo Derecho Español, desde el Fuero Juzgo a las Recopiladas. Un pasaje de las Partidas (ley XV, tít. XIV, Partida III) dice que cuando sobre algún contrato o delito, hecho en el tiempo que se juzga por el fuero viejo, se presentare demanda en el tiempo de otro fuero nuevo, contrario al primero se debe probar y librar el pleito por el viejo y no por el nuevo.

No es raro no obstante encontrar ejemplos palpables de aplicación retroactiva de la ley, e históricamente se tienen antecedentes importantes. - También el Paraguay tuvo su retroacción histórica. - Tal aparece en la ley y decretos confiscatorios dictados contra los bienes del Mariscal López y que estuvieron sin derogación hasta el 1 de marzo de 1936, en que un decreto revolucionario los declaro cancelados para siempre de los archivos nacionales, reputándonos como inexistentes.

Ahora bien, como fuente directo del precepto que lo consagra, en el Código Civil se tienen los artículos III y IV del Título Preliminar del Anteproyecto De Gásperi, Art. 3 del Código de Vélez y la nota puesta por este codificador, los Arts. 4044, 4045, 4046 del mismo código y por supuesto el art, 67 de la Constitución Nacional.

TEORÍAS RESPECTO DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

Los autores aun hoy no consiguen ponerse de acuerdo respecto del alcance que debe tener el principio de la irretroactividad, motivando distinciones doctrinarias que en definitiva no son excluyentes sino complementarias.

a) La Teoría clásica, o la del derecho adquirido, sostiene esencialmente que aquellas situaciones ya ganadas, o aquel derecho ejercido ya no puede ser afectado por una nueva ley. - Derecho adquirido es pues aquel que ha entrado definitivamente a un patrimonio, aquella situación jurídica creada definitivamente, así como también la facultad o derecho ejercido con todos los presupuestos necesarios.

b) La Teoría de la naturaleza y la finalidad social de la ley. - Se basa en la distinción existente entre el derecho privado y derecho público e interés público y privado. - En nuestra constitución el art. 124 expresa en su primera parte: — En ningún caso el interés de los particulares privara sobre el interés general de la nación, dando apoyo jurídico a esta teoría.

c) La Teoría de los hechos pasados. En función de esta teoría el Juez no podría aplicar la nueva ley a los hechos pasados (*facta praeterita*) o hechos consumados. - Se asimila y conoce también como teoría de los hechos cumplidos, donde la nueva ley no puede afectar situaciones ya acaecidas, actos cumplidos o derechos ejercidos.

Cabe mencionar que la teoría del derecho adquirido ha tenido solida raigambre en nuestro país y que jurisprudencialmente se viene aplicando para resolver las situaciones que se hayan presentado. - Por otra parte es innegable que la segunda de las teorías mencionadas en función a la art. 124 primera parte de la Constitución Nacional tiene base constitucional tan igual que el principio de la irretroactividad consagrado en el mismo cuerpo legal.- La última de las teorías es verdad explicable por los mismos argumentos del derecho adquirido, pero nace en la razón de que podría en verdad tratarse de situaciones en las que las cuales no se trate precisamente de la

adquisición de un derecho sino la imposibilidad de afectar situaciones superadas y consolidados n solo como adquisición de un derecho sino también como eventual pérdida del mismo.

LA IRRETROACTIVIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

La irretroactividad en el Código Civil paraguayo, el artículo dos del conforme. De la reacción legislativa es el siguiente, las leyes disponen para el futuro, no tienen efecto retroactivo ni pueden alterar derechos ya adquiridos. Las leyes no la deben ser aplicadas a los hechos anteriores, solamente cuando priven a las personas de meros derechos en efectivo o de facultades que les eran propias y no hubiesen ejercido, las leyes nuevas no pueden invalidar o alterar los hechos cumplidos ni los efectos producidos bajo el imperio de la antigua ley.

Vemos, en primer lugar, que las leyes en general disponen. Para el futuro, lo que aplica, lo que implica al respecto de situaciones que no han tenido nacimiento antes de la sanción y vigencia de la nueva ley, y surge igualmente evidente. Que no se aplica para los hechos pasados por los mismos que no tienen efecto retroactivo.

La determinación de cuando se encuentra uno ante una aplicación retroactiva de la ley ha dado lugar a dificultades, Borda que ha profundizado que el tema denuncia supuestos en los cuales existen retroactividad en la aplicación de la ley enunciado, las leyes son retroactivas, están en 5 hipótesis:

Cuando vuelven sobre la Constitución de una relación o situación jurídica anteriormente constituida, como, por ejemplo. Si se exigiera para acreditar el dominio de los actuales propietarios medios distintos de los que el código determina.

Cuando vuelven sobre la extinción de una relación jurídica anterior extinguida, como por ejemplo si se dispusiera que todas las emisiones de deuda hechas con anterioridad a la ley y no formalizadas en escritura pública son nulas.

Cuando se refieren a los efectos de una relación jurídica, ha producido antes que las leyes se hallan en vigencia, por ejemplo, si una ley que limitará los intereses de los préstamos en dinero renace que todo el excedente de nuestra tasa. Que hubiera, pues que hubiera percibido con anterioridad a la sanción de la ley debe ser reintegrado al deudor.

Cuando atribuyen efectos que antes no tenían a ciertos hechos o actos jurídicos, si estos efectos se atribuyen a la. Vinculación hecho acto. Con un periodo de tiempo anterior a la vigencia de la ley impuestos. Las actividades de una sociedad anónima ya constituida. Sí, el impuesto se aplica a un periodo anterior a la publicación de la ley. En cambio, no será negativa si solo grava las actividades posteriores de esa misma sociedad.

Cuando se refiere a sus condiciones de validez en sus efectos. Que ya han producido a los elementos anteriores de una relación situada situación jurídica que se encuentra en curso de Constitución o de extinción en el momento. De la entrada en vigencia de la ley, siempre que estos elementos tengan un valor jurídico propio, tal, por ejemplo, la interrupción de una prescripción en curso, si una nueva ley puesta en vigor después que la irrupción se produjo, la dejará sin efecto, sería retroactiva.

En segundo lugar, podemos apreciar que a más de no ser aplicadas. Las nuevas leyes a hecho futuros, no pueden afectar a los derechos adquiridos expresión. De fácil comprensión, pero de difícil precisión cuando se enfrentan al problema de la irretroactividad de la ley conforme la sostiene Borda. En efecto, las leyes eran consideradas retroactivas y afectan a los derechos adquiridos porque, según afirma, es muy difícil en la verdad de una ley nueva modifique a otra anterior sin afectar de una manera u otra los derechos adquiridos al amparo de aquella. Con razón ha podido decirse que sí. Se consideran reactivar las leyes que afectan derechos o nacidos o adquiridos bajo la legislación anterior. Todas las leyes de cualquier clase serían retroactivas. (Borda, Opus Cit. Pag. 147).-

Estimamos una interpretación de Borda como una exageración, sin duda que toda modificación de las leyes trae en líneas generales, una afección afectación general aún. Respecto de los derechos adquiridos, pero es evidente que la ley se refiere a situaciones que en la relación jurídica se ve afectada, de modo tal que implique una verdadera innovación sustancial sobre el derecho. De que se trate como el mismo ejemplifican los supuestos mencionados precedentemente.

En términos sencillos, sin embargo, podemos comprender que se refieren específicamente a aquellos derechos que han nacido. Se han consolidado o efectivizado antes de la sanción y vigencia de la nueva ley, no pudiendo por consecuencia ser afectadas por aplicación relativa de la disposición nueva.

El profesor Villagra Maffiodo, en su obra principios de Derecho Administrativo. Editorial el Foro, Asunción, 1981. Persiguiendo la dificultad, indica. El criterio general seguido de que la ley es retroactiva cuando afecta a derechos adquiridos, y no es lo que cuando su primo modificar derechos de expectativa. No resuelve el problema porque no puede darse un así, una distinción precisa entre una y otra clase de derechos. Y no es raro que en el afán desde definir los incurra el círculo vicioso de afirmar que son derechos adquiridos a aquellos que no pueden ser afectados por una nueva ley y los meras y la mera expectativa de los que sí pueden serlo.

Vélez Sarsfield en la nota del artículo 4044 explica que en los que se considera por el hecho adquirido en los términos siguientes, entendemos por derechos adquiridos los que están irrevocables y definitivamente adquiridos antes del hecho. Del acto o de la ley que quiere oponer para impedir su Pleno y entero goce.

El Profesor Dr. Luis Frescura y Candia en su introducción al estudio del Derecho, menciona: “Denominase derecho adquirido el acto jurídico cumplido, en virtud del cual se han incorporado ventajas a nuestro patrimonio que no pueden ser las privadas por aquel de quien. ¿Las tenemos o por el hecho de 1/3? Para que exista derecho

adquirido en el concepto indicado no basta tener un derecho, es necesario que este haya sido ejercido.

En nuestros tribunales, con la entrada en vigor del dominio del denominado Código del Menor. He resuelto una cuestión que dio oportunidad a la Corte Suprema de Justicia a expedirse y sentar ciertos lineamientos generales sobre el principio de irretroactividad.

El caso en cuestión se trató de una sucesión donde el causante, fallecido cuando ya entrara en vigor la ley 903/83, dejó hijos extramatrimoniales antes denominados adulterinos. Estos reclaman la declaración de la vocación menor, surgiendo la oposición de los herederos matrimoniales. Entiendo que la vocación hereditaria de estos hijos extramatrimoniales estaba dada por la condición de los mismos al nacer. Y que, en consecuencia, no podrían heredar. ¿No podrían heredar? Salvo aplicación retroactiva de la ley.

La representación de los menores extramatrimoniales sostuvo que no se trataba de la aplicación retroactiva porque el momento que define la vocación hereditaria, es la muerte del causante, siendo la ley que rige. En tal momento, la que debe ser tomada en cuenta para la determinación de la ley aplicable.

El juzgado de primera instancia en lo civil del octavo turno, a cargo del Dr. Pecci Manzoni, favoreció las pretensiones de los hijos extramatrimoniales, pero el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, primera sala, con el voto del Dr. Telechea, revocó el fallo del inferior bajo el argumento de que se trataría de una aplicación retroactiva de la ley. Aplicar al Código del menor, dando vocación hereditaria a quienes al momento del nacimiento tenían la condición de adulterinos, de conformidad con la ley vigente en aquel momento, pasando la cuestión a estudio de la Corte Suprema de Justicia.

En la Corte, el Dr. José Alberto Correa dijo:

El principio de la irretroactividad de la ley es de jerarquía constitucional. La nueva ley, por consiguiente, no puede afectar derechos

adquiridos, presupuesto que constituye 1 de los fundamentos de la irretroactividad.

Los hechos ya realizados que se produjeron antes de la vigencia de la nueva ley. Y sus consecuencias durante el mismo lapso no pueden ser alterados por aquella.

En la forma de precautelar la seguridad jurídica.

Lo que no debe modificarse son, pues, las consecuencias cumplidas de los hechos anteriores o las ventajas obtenidas bajo la vigencia de la ley derogada.

Cuando las consecuencias del acto habrán de producirse después de promulgada la nueva ley, ellas no podrán destruir las situaciones ya ganadas de acuerdo con la anterior, ni los efectos ya cumplidos durante la vigencia de esta, pero con relación a los futuros no ocurrirá igual cosa porque deberán ser consideradas dentro del ámbito de aplicación de una nueva ley.

En ese orden de consideraciones, el hecho originador del Derecho ahora reclamado no es el de nacimiento de los hijos extramatrimoniales como se pretende, sino el fallecimiento de su padre.

La conclusión es clara. La capacidad para suceder. De los hijos extramatrimoniales, sin ninguna clase de distinciones, debe juzgarse al tiempo de la muerte del causante. Sería retroactiva si ella hubiese otorgado ese derecho a todos los hijos matrimoniales cuyos padres fallecieron antes de la promulgación de la ley punto aparte.

Por su parte, el doctor Justo Pucheta Ortega, adhiriéndose al voto anterior, agregó: “Es oportuno destacar al respecto que, en nuestro derecho positivo civil, refiriéndose al Código de Vélez. Los artículos 4044 y 4045 nos dan los elementos de juicio para fijar lo que se entiende por derecho adquirido. Así en el 4044 prescribe: Las nuevas leyes deben ser aplicadas a los hechos anteriores, cuando solo prohíben a los particulares. De Derecho que sean meros. Derechos en expectativa, pero no pueden aplicarse a hechos anteriores cuando destruyen. O cambian derechos adquiridos.

La norma transcrita consagra dos clases de derecho:

- a) Derechos en expectativa
- b) Derechos adquiridos.

El artículo 4045 Preceptúa las leyes nuevas deben aplicarse aun cuando priven a los particulares de facultades que le eran propias y que aún no hubieran ejercido o que no hubiesen producido efecto alguno. Esta norma nos da el concepto de derecho en expectativa. Que consiste en facultades no ejercidas. Por ejemplo, el artículo 3614 del Código Civil establece. No pueden testar los menores de 18 años de 1 u otro sexo. Si un menor de 19 años hace testamento, ha ejercido su Facultad de Testar, que se traduce en derecho adquirido, pero si no lo ha ejercido, una nueva ley que exige 20 años puede aplicarse porque no afectará derecho adquirido. Sino derecho en expectativa.

Con pocas palabras, derecho adquirido, derecho ejercido.

c) En cuanto al segundo párrafo del artículo dos del Código Civil, en casi textual del artículo 40 y 44 del Código de Vélez. Coma de este párrafo dispone, las leyes nuevas deben ser aplicadas a los hechos anteriores, solamente cuando priven a las personas de mayor, de meros derechos en expectativa o de facultades que les eran propias y no hubieran ejercido.

En este sentido. Se consideran derechos en expectativa a aquellos que solo son gérmenes. De Derecho, para cuyo desarrollo es menester la concurrencia de acontecimientos ulteriores coma, es decir, precisan de eventos posteriores para su conformación y no son susceptibles de ejecución actual.

En cuanto a facultades propias que no han sido ejercidas, un ejemplo claro es el citado por el doctor Pucheta al mencionar el artículo 3614 del Código de Vélez, mencionando más arriba. Otra situación igualmente ilustrativa es la que se produce cuando una persona teniendo el derecho de accionar. En petición de un derecho dentro de un plazo determinado por la ley, no lo hace hasta sobrevenir

una nueva ley que disminuye el tiempo que disponía para el ejercicio de aquel derecho, produciéndose en consecuencia la pérdida por la. Inejecución de la facultad sobre el derecho en expectativa.

d) Finalmente, el artículo acoge otra de las teorías que se disputan en él la preminencia de ordinaria. Respecto de la irretroactividad de la ley. ¿Y su aplicación jurídica? Al referirse específicamente que las leyes nuevas no pueden alterar o invalidar los hechos cumplidos, es decir, acabados. En su configuración jurídica para producir efectos legales. Que es lo que precisamente. Hay comienzo, por ejemplo, y digo, explica el artículo al final del párrafo se debe. Tener en cuenta que la nueva ley toma a la relación de una situación jurídica en el Estado en que se encontraba al tiempo de ser sancionada.

CONCLUSIÓN

El tema de los efectos de la ley nueva. Ante una situación de irretroactividad de la ley es imposible que abarque totalmente, intento que Por otra parte rebasaría las pretensiones de la presente Monografía, pero resultando indudable que establecer parámetros generales permitiría que se fueran presentando. Y evitar así situaciones que. Que podrían violar el principio de irretroactividad de la ley y que deban ser declaradas inconstitucionales las resoluciones judiciales.

En general, algunas pautas jurisprudenciales como Belluscio Zannoni, OP. Cit. Pág. 30 podrían ser las siguientes:

- Se adquiere un derecho cuando se reúnen todos los presupuestos de hechos exigidos por la norma para su imputación a favor del sujeto en calidad de prerrogativa jurídica individualizada.
- Cuando bajo la vigencia de una ley particular. Se ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y requisitos formales en ella previstos para ser titulares de un determinado derecho. Debe considerarse que hay un derecho adquirido.

- Toda sentencia ejecutoria supone un derecho adquirido del que es titular la parte que con ella se beneficia.
- El plazo para prescribir no es un derecho adquirido como propiedad, sino una expectativa que la ley posterior puede modificar. La ley nueva puede aniquilar o someter a nuevas condiciones esa expectativa.
- El ejercicio de una facultad legal que se ha materializado con la manifestación de voluntad expresada en el proceso. Por el interesado constituye un derecho adquirido.
- En general, como quedará dicho: Derecho adquirido, derecho ejercido.

Bibliografía

- Anteproyecto del Código Civil para la República del Paraguay por el profesor Luis De Gásperi, Asunción 1964.
- Bevilacqua, Clovis: Código Civil de Estados Unidos do Brasil, T.I. Rio de Janeiro 1959.
- Belluscio Zannoni. Código Civil anotado, t. 1 art. 3, Buenos Aires 1979.
- La Reforma del Código Civil, efectos de la ley con relación al tiempo. El derecho, t. 28, pág. 807 y t. 36 pág. 729 (ed. 28-807 y t. 36 – 729), Buenos Aires, 1971.
- Messineo, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, T. I: traducción de S. Sentin Melendo, Buenos Aires 1971.
- Planiol, Marcel: raite elementaire de droit civil. t. 1 Paris 1906.
- Busso Eduardo: Código Civil anotado t I art 3, Buenos Aires 1944.
- Cordeiro Álvarez, tratado de derecho civil, parte general, t.i. 1, Buenos aires 1953.

- Silva Alonso, Ramón: curso de derecho civil Asunción, 1965.
- Salvar Raymundo: Tratado de derecho civil, parte general t.i.n. 288-297, buenos aires 1970;
- Soler Juan José Introducción al Derecho paraguayo ediciones cultura hispánica, Madrid España, 1954.
- Teixeira de Freitas, esboco do código civil para el imperio t I art 1 y nota. Ministerio de Justicia e negocios interiores Servicio de documentacao. Rio de Janeiro, 1952.
- Villagra Maffiodo, Salvador, principios de derechos administrativo, editorial el Foro, Asunción, 1981, págs. 29/34.



El Cheque Bancario sin fecha o con fecha adelantada en nuestro Derecho Positivo

Dr. José María Caniza¹

El cheque es una orden del pago de una suma de dinero girada contra un banco que habilita al librador a obligar a banco girado la entrega de una suma de dinero al tenedor de ese cheque.

El cheque es hoy un elemento casi indispensable en la vida de relación porque facilita el pago de obligaciones sin necesidad de disponer en el momento de dinero en efectivo con todas las dificultades que circunstancialmente puede significar la tenencia del dinero por su portador. Lo que al principio fue un instrumento de uso exclusivo del comercio, con el correr del tiempo fue generalizándose al punto que, el cheque junto con otros instrumentos constituye algo inseparable de las transacciones diarias de la vida de relación social para todos los seres humanos.

Pero el cheque presenta algunas cuestiones tan serias en su uso diario, que merecen un análisis. Entre ellas, una de las más frecuentes es la del cheque llamado “posdatado” o con la fecha “adelantada”, que, junto con otras, adquiere singular significado a partir de la legislación penal del cheque, porque su no pago por causas imputables a su librador configura, dándose determinados requisitos, un delito que lo puede conducir a sufrir una pena de penitenciaría. El tomador de un cheque encontró en esto la principal garantía de su pago y progresivamente se transformó de una orden de pago, como originalmente fue concebido, en un instrumento de crédito con una garantía que por las consecuencias personales que puede sufrir el librador,

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 22-1988.

ofrece seguridades suficientes al acreedor como para pensar que obtendrá a pago de la obligación documentada así.

Pero la conversión del cheque de orden de pago en instrumento de crédito es un problema ajeno al propósito de este trabajo, por lo que el análisis se reducirá solo a algunos aspectos estrictamente jurídicos del cheque “postdatado” o “con fecha adelantada”.

El cheque, se define habitualmente como una orden pura y simple de pago girada contra un banco en ejecución de un contrato de cuenta corriente bancaria para que aquel pague al tomador de dicho cheque, sea este el mismo librador o un tercero, una suma de dinero. Generalmente se lo estudia solo desde la perspectiva de la orden que se expresa en un instrumento concebido a tal fin. De esta manera se considera solo al instrumento mas no al contrato que se actualiza en el documento.

Entonces, en primer lugar, se debe analizar el contrato de cuenta corriente bancaria, del que el cheque constituye el instrumento con que se expide la orden para el cumplimiento de una prestación.

En segundo lugar, habrá que referirse al cheque como instrumento, y las enunciaciones que este debe contener.

EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE

El Código Civil prescribe que: “Por el contrato de cuenta corriente dos corresponsales se obligan a anotar en una cuenta los créditos derivados de recíprocas remesas, considerándose inejecutables e indisponibles hasta el cierre de la cuenta...” (art. 1393); y como una sub-clase de la cuenta corriente común, se tiene la cuenta corriente bancaria en los términos del art. 1422, que dice: “Si el depósito, la apertura de crédito u otras operaciones son ajustadas en cuenta corriente, el cuentacorrentista puede disponer en cualquier momento de las sumas resultantes en su crédito, salvo la observancia del término de preaviso eventualmente pactado”.

EL CHEQUE BANCARIO SIN FECHA O CON
FECHA ADELANTADA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

Quiere decir que, por este contrato de cuenta corriente, el Banco recibe un crédito que lo acredita en la cuenta y le autoriza a sus co-contratantes o cuenta correntistas, a disponer de ese crédito. Adviértase que, en la cuenta corriente común, el saldo de la cuenta es indisponible hasta el cierre de la cuenta, mientras que, en la bancaria, el cuenta correntista lo puede disponer en cualquier momento, teniendo crédito.

Esta es una relación triádica que se puede -formalizar así:

Un Cuenta Correntista A - - », B un Banco

C un crédito

El acuerdo entre estas partes reside en que el Cuenta Correntista A, al emitir una orden escrita (el cheque) al Banco B, disponiendo de su crédito C, el Banco pagará el importe de la orden. Es muy importante destacar que esta es una relación asimétrica, porque no es posible intercambiar los términos A y B sin variar la relación: B no puede ser A y A no puede ser B. Esta relación está específicamente regulada en las disposiciones de la cuenta corriente (arts. 1393 y ss., 1404 y 1422, del C. Civil) ilustrativamente, en ellas se hace referencia a las distintas relaciones que se generan entre el Banco y Cuenta Correntistas sea porque existieran varias cuentas, o porque que fueran de diversas monedas, etc. Pero en substancia, la situación siempre se reduce a aquella formalización básica.

DIVERSIDAD DE RELACIONES

La confusión entre el cheque como documento autónomo y como instrumento de un contrato, sobreviene cuando al emitirse esa orden de pago se le entrega a un tercero, portador del cheque, el que lo pueda hacer circular casi indefinidamente. Esta peculiaridad, que nace con la participación de un tercero ajeno a la relación entre cuenta correntista y parte a su vez de una nueva relación, independiente de la que existe entre cuenta correntista, lleva al equívoco de estudiar al cheque como un instrumento desconectado de aquella relación. Sin embargo, no ocurre así, y aunque dentro del Libro II de

los Contratos del Código Civil la regulación de los requisitos del cheque se remite para varios capítulos más adelante, lo que facilita la confusión sobre el alcance de su autonomía respecto de la cuenta corriente bancaria; el cheque es el mismo y único instrumento que documenta la orden librada por un cuenta correntista a otro y sirve de medio de pago entre partes ajenas al contrato de cuenta corriente.

Esta es otra relación, donde se advierte claramente que el sujeto S, es ajeno a la relación indicada bajo el N-1. Un cuenta correntista A libra una orden a un Banco B, que se la entrega a un sujeto S, contra un crédito F, que su cuenta corriente bancaria, que tiene su referencia en algún contrato o acto jurídico cualquiera que se denomina X, que vincula a A con S.

Esta misma relación se amplía por la circulación de la orden, con la incorporación de otros sujetos que se vinculan por el endoso.

Se tiene así: Un sujeto-A librador, un sujeto S, tomador, un sujeto E, endosatario, un Banco B, girado y un crédito C, y una relación autónoma entre el sujeto S y el endosatario E, que tiene su objeto Z, vinculante entre E y S.

Si B, (banco) es deudor de A, (librador) por razón de un crédito C, y A es a su vez deudor de un sujeto S, por una razón cualquiera X, esto puede formularse así:

Si B es a A, y A es a S, luego B es a S.

Este es el carácter transitivo de la relación que explica con la circulación del cheque que es el mismo crédito de A con B en el que sucesivamente se va transmitiendo

Es transitividad es importante también porque evidencia que el instrumento de la orden –el cheque- es el mismo que se emplea como como medio para ser aplicado en otras relaciones ajenas a del cuenta correntista con su Banco.

Todo este breve análisis prueba que el cheque reposa en un contrato de cuenta corriente bancaria de donde se sigue que forma parte

de la clase de los contratos (y así está legislado) y por ello participa de la ley en cuanto se refiere a los contratos y específicamente al de cuenta corriente bancaria.

LA FORMA Y EL CONTRATO

El Código Civil vigente, en su artículo 673, dispone: “Son requisitos esenciales del contrato: a) el consentimiento o acuerdo de partes; b) el objeto; y c) la forma, cuando fuere prescripta por la ley bajo pena de nulidad”. Y más adelante, el art. 704, prescribe: “Los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no revistieren la forma prescripta...” (dejando a salvo las excepciones).

La connotación de la palabra “Esencial” merece una precisión: lo esencial, según el diccionario, constituye la configuración permanente de algo, las propiedades que constantemente le corresponden por necesidad dentro de las múltiples determinaciones accidentales cambiantes con el tiempo. En este sentido, sigue el diccionario, la esencia es también aquello por lo cual se conoce un ser, el significado fundamental por razón del cual recibe su nombre. Lo esencial entonces, hace a la existencia misma del acto, esto es, sin su “esencia” el acto no puede ser tal, porque ella hace que sea lo definido y no otra cosa.

La norma legal, sin más comentario, deja establecido que la forma es un requisito esencial del contrato. La forma de un contrato, o de sus instrumentos emergentes según sea el caso, no es así un simple ceremonial agregado al contrato, sino que esas solemnidades que consagra la ley para cada son constitutivas de la propia existencia del acto.

Partiendo de estas bases, el documento escrito o instrumento adquiere un papel singularmente importante, porque constituye uno de los modos de formalizar un acto y a veces el único. De ahí deviene el instrumento como fundamental para la existencia del acto, y de las

solemnidades que debe reunir específicamente ese mismo instrumento son a su vez las configuraciones que de ser cumplidas le dan el significado definido por la ley.

Así entonces, los instrumentos constituyen los enunciados protocolarios donde se actualiza un hecho o acto, y conforme con la ley, deben reunir determinados requisitos para que surjan los efectos que la ley prescribe previamente.

A falta de ellos, como lo dice la misma ley, se tratará de un principio de prueba por escrito, pero no la prueba misma. (Art. 400, C.C.) De modo que el cumplimiento de los requisitos prescriptos para los contratos en general, y para el cheque en especial, no es un accesorio sino constitutivo de su propia existencia. Esta es la prueba que el Código Civil hoy vigente nuevamente adopta la tesis de la existencia de ciertos actos en cuanto se expresen en un enunciado protocolario cumpliendo las exigencias formales que la ley prescribe para el caso. (Ver Lorenzo Livieres, La protección del tercer adquirente de buena fe en el Código Civil Paraguayo, págs. 12/13).

Sin las signos exteriores formales expresados en un protocolo se dirá cheque en nuestro caso- con las formas indicadas por la ley, el acto no sustituirá los efectos de la ley señala (art. 701, C.Civ.). El contrato de cuenta corriente bancaria no se sustrae de esas normas y el cheque, es el signo convencionalmente creado para formalizar la existencia de la orden de pago, y es válida en tanto reposa en un Contrato consecuentemente, tiene que reunir todas las formas que la ley indique para que exista como cheque. La forma que se adopte para documentar la orden de pago es esencial a la existencia misma del cheque como tal, porque a falta de todas o alguna de ellas, no se tiene un cheque bancario sino otro título, si como otro título lo pudiera valer.

Tan cierto es todo esto que el Código Civil, luego de enumerar en el artículo 1696, las enunciaciones que debe contener el cheque, en el art. 1697, prescribe la sanción de nulidad cuando le falten alguno de los requisitos indicados en el artículo anterior. Así expresa,

EL CHEQUE BANCARIO SIN FECHA O CON FECHA ADELANTADA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

que “el título al que le falte alguno de los requisitos indicados en el artículo anterior, no vale como cheque bancario...” salvo las excepciones; explícita expresión de lo esencial que constituyen las enunciaci-ones que marca la ley. Esta disposición del art. 1697 es simple-mente la aplicación particular del principio general respecto de las formas de los contratos establecida en el ya citado art. 673.

La prueba de la corrección del razonamiento de párrafos más arriba, el citado art. 1697, el que sin posibles discusiones categórica-mente sanciona como no cheque bancario al título que le falte alguno de los requisitos indicados.

EL CHEQUE COMO INSTRUMENTO PRIVADO

El Código Civil vigente explícitamente hoy legisla a los instru-mentos en general como “la prueba” de los actos jurídicos. Esto es, si el instrumento constituye la formalización en que se actualiza el acto, como se dijo más arriba, el modo de verificar la existencia del acto es con el instrumento mismo.

Los instrumentos pueden clasificarse siguiendo distintos crite-rios. Nuestro Código se limita a la división en públicos y privados y cada uno de estos con otras subdivisiones.

El cheque es parte de la clase de los instrumentos privados, y como tal participa de todas sus connotaciones salvo las excepciones. Aquí es donde vale la pena detenerse para una referencia sobre la regla general de la fecha en los instrumentos privados y la excepción tratándose de cheques.

En efecto, un instrumento privado puede ser otorgado cual-quier día (art.399, C.C.) pero, aunque estén reconocidos, “no prueban contra los terceros o los sucesores a título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos. Su fecha cierta será respecto a dichas per-sonas: a) la de su exhibición en juicio, o en una repartición pública, si allí quedare archivado; b) la de su autenticación o certificación por un escribano; c) la de su transcripción en cualquier registro público; y d) la del fallecimiento o de la imposibilidad física permanente para

escribir de parte que lo firmó, o de la que lo extendió, o del que firmó como testigo”. (Art. 408, C.C.)

La fecha cierta es la denominación técnica jurídica adoptada para expresar que el día calendario puesto en el instrumento privado es real y verdaderamente ese día y no otro, de modo a darle certeza a los terceros respecto de momento de, o la creación del mismo instrumento o su efecto para los terceros. Tampoco este es el lugar para analizar sobre la necesidad de la expresión de una fecha cierta en un contrato, pero de momento, es fácil inferir la importancia que ella puede tener para determinar, por ejemplo, la capacidad de las personas, o la licitud o ilicitud de un acto por sus efectos patrimoniales.

Nótese que el cheque circula con plenos efectos frente a terceros -no partes en el contrato originario- que dan como cierta la fecha puesta en el instrumento, no obstante que el cheque no la adquirió por uno de los modos establecidos en la ley. Esta es la nota que configura la excepción: la fecha puesta por el librador, es una fecha cierta para terceros sin otro requisito.

Quedará la interrogación de si alguna otra fecha, que no sea la puesta el día efectivo de la confección del instrumento y coincide con el día calendario, es también una fecha cierta para el cheque, como ser por ejemplo a) la de la pausa en circulación, b) la de presentación al banco o c) alguna otra que pudiera concebirse.

LAS ENUNCIACIONES DEL CHEQUE

El artículo 1996, del código Civil enumera los requisitos que “el cheque debe contener: a)... b) la fecha y el lugar de emisión... c)...Y el artículo 1967, expresa que si le falta alguna de ellas no vale como cheque. Siguiere de estas dos consecuencias:

La primera, que la palabra debe está indicando que las enunciaciones del cheque que constituyen una condición necesaria de su existencia. Solo si el cheque tiene estas enunciaciones se tendrá un documento que vale como cheque.

EL CHEQUE BANCARIO SIN FECHA O CON
FECHA ADELANTADA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

La segunda, que siempre que el cheque tenga esas enunciaciones, valdrá el documento como cheque, con lo que se afirma que son también condiciones suficientes para la existencia del cheque.

Esto nos permite sostener que las enunciaciones todas juntas constituyen condiciones necesarias y suficientes para la validez del cheque, lo que se puede decir con otros términos:

Si y solo si el documento contiene las enunciaciones del art. 1696 del código civil, entonces se tiene un cheque.

En lógica a esto se llama doble implicación o bis subjunción, y quiere decir que la segunda proposición acaece (el cheque) si y solo si la primera proposición (antecedente) también sucede. La tabla de verdad indica que si el antecedente o el consecuente son falsos (no verdaderos) la conexión es falsa.

De modo que si le falta alguna enunciación o si ella es falsa (la fecha posdatada, por ejemplo) queda en evidencia la falsedad de la implicación antes citada. Un desarrollo completo de la inseparabilidad entre la lógica y derecho, véase en *Lógica y derecho* de Lorenzo Livieres, edit. El foro, año 1986.

Pero yendo todavía más lejos en esta especulación, adviértase que todas las enunciaciones que debe contener un cheque están unidas por la conjunción “Y”. Esto es, el librador de un cheque, no puede optar entre una u otra enunciación del documento. Esto es relevante, porque quiere decir, que, si alguno de los términos de la conjunción es falso, (o porque no se lo escribió o porque no coincide con la realidad) la conexión de esos términos también será falsa. Esto lleva a demostrar que, si en el acto de creación no se dan todas juntas las enunciaciones, o si alguna es falsa, todo el instrumento es falso o no verdadero. Otra vez, la misma ley prueba la verdad de lo dicho al expresar “que al título al que le falte alguno de los requisitos...” (no todos, solo alguno) no valdrá como cheque bancario.

EL CHEQUE SIN FECHA

Las aclaraciones precedentes, permiten ahora enfrentar directamente uno de los dos problemas propuestos: el del cheque sin fecha.

Cabe la posibilidad de que un “cheque” haya sido librado sin fecha, o partiendo de la existencia de un formulario pre-impreso, con la fecha en blanco.

¿Es válido este cheque? La respuesta, debe ser forzosamente negativa. Solo para facilitar el uso de una expresión, aclaremos que a este documento que pretende ser un cheque, pero no lo es en verdad (véase art. 1697, cit.) se lo llamará “cheque aparente”. Vayan pues las siguientes observaciones:

Primero, el cheque aparente pudo haber sido librado con la fecha en blanco o sin fecha, y entonces, le faltará una de sus enunciaciones esenciales. Mientras el cheque permanezca en poder del librador, ningún efecto produce, pues se trata de un simple documento que cae dentro de la esfera de los papeles privados de su creador.

Segundo, puesto en circulación el mismo cheque aparente sin fecha o con la fecha en blanco, el que lo recibe en realidad está tomando un documento que no es un cheque, en el sentido definido por la ley.

Igualmente sería un instrumento carente de fecha cierta, y por ello, no podría producir efectos contra terceros. Aunque sea considerado como un instrumento privado (no un cheque bancario) tendría la dificultad de la falta de fecha cierta que solo podría adquirirla por uno de los modos establecidos en el art. 408, citado.

Si el tomador de ese “cheque” lo presentara al Banco sin fecha, este debería rehusar el pago, desde que no se le presenta un cheque, y, por consiguiente, ni siquiera podrá asentar en el documento alguna constancia que haga alusión a la falta de pago. Naturalmente está claro que no se precisa que la ley diga que el banco no debe pagar al portador contra la presentación de un documento que no es un cheque.

EL CHEQUE BANCARIO SIN FECHA O CON
FECHA ADELANTADA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

Pero, es oportuno preguntarse si el tenedor del cheque aparente podría llenar la fecha, y luego presentarlo.

Recuérdese que, el cheque al ser creado debe tener todas las enunciaciones entrar en circulación, de modo que, el tomador no podría recibir el cheque sin que llene todos los requisitos legales. No regirá para el cheque la facultad contenida al creador de un documento privado por el art. 402 del código civil que autoriza la firma de un documento privado en blanco), Esto es así porque con tantas veces se dijo, el cheque debe crearse con el contenido total de las enunciaciones.

Pero no existe alguna norma legal que imponga que el cheque deba ser redactado por entero por el mismo firmante. Esto lleva a permitir la confección del cheque por manos distintas de las del firmante; por lo que, en la práctica, la exigencia legal de llenar todas las enunciaciones en el momento de creación del instrumento, tiene reducido alcance; valida solo para aquellos casos en que pueda demostrarse la obtención ilícita del cheque con la fecha en blanco Y posteriormente escrita. De cualquier modo, esta prueba es muy difícil de producir, y entiéndase que los terceros de buena fe están protegidos por la disposición del art. 402. última parte del Código Civil.

Tercero, todavía quedaría la posibilidad de que se interpretara que el cheque adquiere la fecha con su presentación al Banco. No es posible que esto suceda o se admita jurídicamente por estas razones:

a) porque desde la creación del cheque, debe contener la fecha. Si la adquiriera en el momento de su presentación, habrá de convenirse que la creación del cheque pasaría por dos momentos:

a.1. El momento de su suscripción por el librador.

a.2. El momento de su presentación al Banco.

En la definición de la ley, la creación del cheque se da en un solo momento, cuando simultáneamente se expresen en el papel todas las enunciaciones. Recuérdese que el conjunto de requisitos que

indica la ley constituye una conjunción, esto es, el cheque debe contener, la fecha de emisión, y el lugar de emisión, y la firma del librador, etc., etc., lo que significa que, si fuera falso alguno de los términos del enunciado, el conjunto es falso, conforme a normas lógicas de cálculo, ya señaladas.

No existe, pues, una división de “momentos” de creación del cheque, sino un solo y único momento.

b) porque congruentes con lo anterior, tampoco existe norma legal que prescriba como fecha del cheque, la fecha en que se pone en circulación. Además, esto sería de hecho imposible, porque un “cheque” ‘sin fecha, pudo haber entrado en circulación mucho tiempo antes de su presentación al Banco, lo que lleva a otra Observación.

c) porque el “cheque” sin fecha, de hecho, consagraría un plazo infinito de presentación, invalidando la norma del art. 1726, que dispone el plazo de 30 días para la presentación del cheque, contados a partir de su emisión.

Nótese que la ley, habla estrictamente de 30 días contados desde su emisión.

Si el cheque no tuviera fecha, y por hipótesis fuera aceptada como fecha de emisión la de la presentación al Banco, convéngase que un cheque podría validarse, por decir, treinta años. Porque mientras el tenedor se reserve el cheque y no lo presente y no le inserte antes alguna fecha, el cheque tendría valor (en el tiempo) ilimitadamente, lo que visiblemente la ley veda al conferirle una fecha concreta, y breve, de valor como cheque.

Tampoco podría establecerse la fecha por la vía de indicar la fecha en que entró en circulación, porque esta fecha respecto del cheque es absolutamente incierta si no surge del contenido del mismo documento. Aquí es donde adquiere toda su fuerza la intención de la ley, en cuanto ordena el contenido completo de las enunciaciones como garantía de certeza de un documento que tiene efectos contra terceros no partes del contrato originario. Esta exigencia de fecha

EL CHEQUE BANCARIO SIN FECHA O CON FECHA ADELANTADA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

cierta respecto de terceros, que de buena fe demandan un documento válido, es lo que determina el requisito de la fecha, la que ausente del instrumento, le privaría a este de la certeza debida que pretende la ley.

d) Por último, si se dijera que, con el sello del Banco, -que cancela el cheque en el momento de su presentación- el cheque aparente adquiere a partir de ahí fecha cierta, se incurrirá en la contradicción de admitir como fecha de inicio de la vigencia del cheque -que implica el plazo dentro del cual puede circular- precisamente aquella que determina su extinción como documento circulatorio.

EL CHEQUE CON LA FECHA ADELANTADA

En primer lugar, deben hacerse algunas precisiones semánticas:

1. La fecha es la expresión numérica de un día solar conforme a un determinado calendario escogido por la ley. El cheque que consigne una determinada fecha, debe indicar solamente esta, es decir, aquella donde se produce la coincidencia entre el día calendario y la creación del documento.

2. Debe distinguirse la fecha de creación del cheque, de la fecha o plazo acordado entre librador y tomador para que el documento adquiriera el carácter de cheque que pretendieron las partes al celebrar el acto.

El plazo se define en el art. 334, del Código Civil como el lapso de que dispone una o ambas partes para determinar el momento en que un acto jurídico producirá sus efectos. Este plazo puede ser suspensivo, como en el caso del “cheque” posdatado, lo que quiere decir que no producirá sus efectos hasta que no transcurra el lapso que se indica en el mismo documento.

Si al librarse un “cheque” se expresa en una fecha adelantada y se lo entrega al tomador, técnicamente existe un plazo entre partes: el lapso que debe transcurrir para que el instrumento adquiriera el

carácter de cheque y pueda ser presentado al Banco para su cobro. Antes del transcurso del plazo, el instrumento será un “no cheque”.

Todo esto conduce a la conclusión que si el instrumento contiene una fecha “adelantada” no tiene la fecha de emisión que exige la ley para la creación de un cheque sino un plazo entre librador y tomador que difirieron de común acuerdo (válido, claro está) el momento a partir del que difirieron de común acuerdo cual el tal instrumento valdría como cheque. Ese momento se produciría ciertamente al coincidir la fecha expresada en el instrumento con el día calendario, produciendo todos los efectos de un cheque conforme nuestras leyes.

Dirigiendo la mirada con otra perspectiva; puede afirmarse que el falso es aquel que no coincide con la realidad de la situación, hecho y o acto. En este caso, la fecha expresada en el documento no es real, más precisamente aún, es falsa, porque no existe coincidencia entre el momento real de la creación del documento y la expresión numérica inserta en él, consagrándose una simulación. Jurídicamente, la falsedad es una alteración de lo verdadero, por supresión, agregación, modificación o sustitución de la realidad del acto. Dentro de este concepto de “falsificación” algunas son castigadas como delitos y a otras se les priva de algún efecto. Este es el caso de la fecha posdatada en un cheque: no produce el efecto que pretende su creador, porque suprime la verdad del acto, que exige la ley.

Contrastando la norma legal del art. 1696, con el enunciado simulado o falso del “cheque posdatado”, se infiere que un cheque con la fecha adelantada carece de un enunciado real que es condición necesaria para la existencia misma del cheque. Lo expresado, califica al “cheque con fecha adelantada” en la condición de un cheque sin fecha, con todas las consecuencias indicadas en el capítulo anterior, las que son aplicables al caso.

Siendo esto así, habrá de aceptarse que el documento-cheque aparente que contiene el enunciado de la fecha (ya porque no fue puesta, ya porque es falsa) es un no cheque, y no siéndolo, el -Banco

EL CHEQUE BANCARIO SIN FECHA O CON FECHA ADELANTADA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

girado no podría dar cumplimiento a una orden que no está instrumentada en la forma prescripta porque en realidad, le está vedado pagar algo que no es un cheque, salvo obviamente de que se trate de otro tipo de operación bancaria.

EL PAGO DEL CHEQUE A LA VISTA

La tesis que interpreta el art. 1725, del Código Civil, en el sentido de autorizar el pago del cheque con fecha adelantada con el fundamento de que se la tiene por no puesta, porque el cheque es pagadero a la vista y sin condiciones, descansa en:

a) que el cheque, es una orden pura y simple independiente de que no tenga fecha o sea ella errónea, falsa o irreal, y por tanto las condiciones o plazos puestos son irrelevantes, dándose como no existente el plazo, y por ello se debe pagar el cheque.

b) una concepción que asimila la fecha en que el mismo entra o sea puesto en circulación.

El error de esta interpretación puede establecerse así:

Es verdad que el cheque es una orden de pago pura y simple. Pero esta relación rige exclusivamente entre cuenta correntista, como se observa en el grafico N.1. El Banco (dentro de esa relación) no puede condicionar o diferir el pago del cheque, pero nada impide que entre partes ajenas a esa relación establezcan plazos o condiciones propias de la relación -diferente- que a ellas vincula. Pero entiéndase que esta relación no le es atingente al Banco, porque la transitividad demostrada implica la cesión del crédito de la cuenta correntista con el Banco y solo eso, porque es una relación asimétrica como se vio más arriba. (Grafico N.1). Si la relación hubiera sido simétrica, esto es, intercambiables los términos entre sí, se hubieran podido oponer al Banco las condiciones o plazos pactados entre él cuenta correntista A y el sujeto S, (ver gráfico 2), porque solamente cambiábamos A por B y entonces la conexión se daba entre B y S lo que se ve que no sucede y entonces sí se hubieran tenido por no puestas las modalidades entre A y S, de conformidad con la norma legal. Dicho,

en otros términos, la aplicación del art. 1725, surgiría solo si la relación del cuenta correntista con terceros tomadores del cheque fuera atingente al Banco en virtud del mismo contrato de cuenta corriente bancaria lo que se ha visto ya, no es así.

El Banco girado estaría aplicando erróneamente el art. 1725, del Código Civil, al pagar “a la vista” ese “cheque aparente” por dos razones: a) una que el documento no es un cheque por la falta de fecha o su fecha falsa, y b) porque estaría aplicando una norma legal a una relación para la cual no rige esa disposición.

La incondicionalidad se limita a los “cuenta correntistas” pero nada autoriza para extenderla a otros terceros ajenos a esa relación. De modo que, entre el librador y tomador de un cheque, (dentro de una relación diferente) podrán convenirse todas las modalidades permitidas y esas partes deben respetarlas conforme lo pactado.

Por otra parte, los efectos crediticios que pueden generar para terceros no partes de la relación originaría algunos instrumentos cuya circulación se autoriza por la ley, solo se produce si tal instrumento literalmente contiene enunciaciones verdaderas y no visiblemente falsas, como sería una fecha adelantada no coincidente con la fecha real de emisión.

Este razonamiento, por otro camino, prueba otra vez que la fecha del cheque no puede ser otra que la del día calendario de su creación, que lo sitúa como un verdadero cheque pagadero a la vista.

Si como se ha visto, la ley demanda una fecha cierta, la pretensión de establecerla por la vía de su “puesta en circulación” “es errónea” porque es completamente incierta además que el cheque aparente no contendrá alguna evidencia para el tomador para establecer inequívocamente en qué fecha entró en circulación. Esto ya fue considerado en el capítulo anterior, y valen aquí aquellas observaciones.

Finalmente, de aceptarse la tesis que se sostiene aquí, se vería suprimida la figura delictual de la “exigencia de cheque con fecha adelantada y sin fondos” es acogida por la ley 941, porque el tomador

EL CHEQUE BANCARIO SIN FECHA O CON
FECHA ADELANTADA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

estaría recibiendo un instrumento que, insiste, no es un cheque. Pero el análisis de esta cuestión, corresponde a otra disciplina ajena a los propósitos de este examen,

Restaría además para examinar la posición del Banco girado que pagó un que se trataba en verdad de un cheque bancario, que también merece capítulo aparte.

Observación: Las conclusiones precedentes, no se invalidan aún en el supuesto que se considere que la emisión de cheques descanse en un “pacto de cheque” como lo postula alguna doctrina, y aun si el girado no fuere un Banco. Siempre existirá un contrato en el que reposa la orden que debe contener las enunciaciones tantas veces citadas. Aclárase que no es este el lugar para elucidar sobre si existe o no un “pacto de cheque” autónomo distinto del cheque mismo.



El Mutuo

“PRÉSTAMO DE DINERO DE ACUERDO AL CÓDIGO CIVIL”

Francisco Bazán¹

CAPÍTULO 1.

EL MUTUO.

1. DEFINICIÓN: El mutuo genéricamente consiste en un préstamo, que puede ser de consumo o de uso. En cualquiera de los dos casos, se ha de devolver la cosa prestada que se ha recibido o su equivalente económico, al vencimiento del plazo acordado.

El mutuo propiamente es el préstamo de consumo, pues para el préstamo de uso se reserva el nombre de comodato. El mutuo se relaciona principalmente con el préstamo a interés, admitido por el Código Civil.

“Por el contrato de mutuo o préstamo de consumo -declara el art. 1292- una parte entrega en propiedad a la otra una suma de dinero u otras cosas fungibles que esta última está autorizada a consumir, con la obligación de restituirlas en igual cantidad, especie y calidad, al vencimiento del plazo estipulado”.

En el mutuo la propiedad de la cosa, aunque se trate de un préstamo, como el dinero, por ejemplo, se transmite al mutuuario o beneficiario del préstamo. A cargo de este queda la obligación de retornar igual cantidad de cosas equivalentes, aunque las recibidas por el prestatario se hayan perdido o deteriorado.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 22-1988.

La calidad de cosa fungible que se le adjudica al objeto del mutuo, ha ofrecido consideraciones dispares por los autores. Las cosas fungibles objetos del contrato de mutuo, según nuestro código no siempre tiene el carácter de consumible, y en este sentido no se adecua a una mejor definición de las cosas fungibles, porque no siempre estas se confunden con las consumibles. Conforme al art. 1292 de nuestro Código Civil, es posible autorizar el mutuo de cosas no consumibles siempre que sean fungibles, como ya señalara Lafaille respecto del Código de Vélez. “Pero habría error en tomar a la letra esta circunstancia corriente y erigirla en calidad diferencial”, dice dicho autor, y agrega: “No existiría en rigor, este último carácter, aun- que los magistrados lo quisieran, si los objetos se presentan evidentemente como individualidades diversas, tales como dos casas ya que desde Roma son fungibles tan solo aquellos objetos que se cuentan, pesan o miden y se determinan por tales medidas. A su vez los alimentos mismos pueden desempeñar en los negocios jurídicos y ser materia del comodato (art. 2260, Cód. Vélez) cuando son usados, no para sus fines normales sino en forma decorativa por ejemplo (1) “Es el préstamo ad pompan vel ostentationem que menciona el Digesto citado en la nota. Era posible entonces como ahora, entregar aun las cosas más consumibles -hasta manjares o monedas- para ser solamente exhibidas en un banquete o en una colección, debiendo ser res- tituidas en forma identica, según lo recuerda nuestra ley” (2).

A pesar de la disparidad de criterios, se considera (LAURENZ, CARRESI BORDA) el mutuo como contrato bilateral: por un lado, existe la obligación del prestamista de entregar la cosa y por parte del mutuario la de devolverla en su momento y la de pagar intereses sino se ha pataco expresamente lo contrario.

Para LAFAILLE es un contrato real unilateral (1) Sin embargo la opinión mayoritaria es la de que configura un contrato bilateral, porque de él derivan para las partes obligaciones recíprocas. En igual sentido, entre nosotros opina el doctor PANGRAZIO en su “Código Civil Paraguay Comentado”, en nota al art. 1292.

NOTAS

(1) "Curso de Contratos", t. III, Biblioteca Jurídica Argentina, Bs. As. 1928, pág. 264.

(2) Idem, pág. 250.

MARCADE, en nota al art. 536 del código francés, dice "Las cosas en sí mismas no son ni fungibles, ni no fungibles. Lo son solo en el caso particular en que deban ser entregadas a alguno, para ser devueltas después: y la misma cosa puede ser fungible o no fungible según la voluntad de las personas. Lo que ha hecho decir impropriamente que las cosas son fungibles o no fungibles es la confusión que se ha hecho entre dos cualidades muy diferentes la una de la otra, la de ser fungible y la de ser consumible por el uso. Pothier y muchos autores modernos, definen las cosas fungibles, diciendo que son aquellas que se consumen por el primer uso que se hace, y los autores del Código han aceptado esa misma idea; más este es un grave error. Hay una gran diferencia entre las cosas fungibles y las cosas consumibles: Se llaman cosas de consumo, las que no se pueden emplear en su uso natural, sin destruirlas, sea materialmente, como el pan, el vino, etc., o sea civilmente, haciéndolas salir de nuestro patrimonio, como la moneda. Las cosas no consumibles son las susceptibles de un uso repetido sin destruirse, como un caballo, un libro, etc. Se ve, pues, que la calidad de consumirse o no consumirse, depende de la naturaleza de las cosas, y no de la fantasía de las personas; 2a: Entre tanto, las cosas son fungibles o no fungibles, según que en la entrega que yo hago a una persona que debe devolvérmelas, estas cosas podrán ser devueltas por otras de la misma especie, en cantidad y calidad, o deberán devolverse las mismas cosas. Si yo os presto un Código en el que he puesto algunas notas, y os encargo que me lo devolváis, el libro no es fungible. Pero si al contrario un librero pide a un impresor un Código que de pronto necesita para devolverle después otro ejemplar igual, el libro es fungible. Se ve, pues, que la fungibilidad, en lugar de depender de la naturaleza de las cosas como la calidad de consumirse por el primer uso, depende únicamente de la intención de las partes; 3a: Que, en lugar de ser absoluta y continua,

es accidental y que tiene lugar cuando la cosa es entregada para ser devuelta; 4a: Que una cosa que no es de consumo poder ser muy bien fungible, como lo demuestra el ejemplo del librero”. Nota al pie art. 2241 del Código de Vélez.

GAMARRA, Jorge, “Trat. de Der. Civ. Uruguayo”, t. I Prim. pal video, 1957.

2. CARACTERES. El mutuo puede ser gratuito u oneroso: si se ha pactado el no pago de los intereses, es gratuito; del contrario es onerosos, pues los intereses deben por el solo hecho de la mora (art. 475, C.C.).

El mutuo es un contrato real, que se perfecciona con la entrega del objeto en préstamo y se presume oneroso.

3. PROMESA. EFECTOS. Siendo a título oneroso, la promesa de mutuo es obligatoria para ambas partes. Se puede exigir su cumplimiento por cualquiera de los contratantes. Si la promesa queda incumplida, la parte interesada en que el contrato de préstamo se concrete, podría demandar daños y perjuicios., Y para el promitente, es decir, para el mutuante, es obligatoria la promesa en caso de ser a título gratuito. Significa que el mutuario podrá exigirle que cumpla la promesa. Pero el autor de la oferta podrá revocar la promesa, negarse a la entrega del dinero, si quien ha de recibirlo sufriera una disminución de su responsabilidad patrimonial que pusiere en riesgo la restitución de la cosa prestada. Aún si tal situación ya existía al convenirse la promesa, siempre que entonces lo hubiera ignorado.

4. EL MUTUO EN EL CÓDIGO CIVIL. Desde la sanción del Código Civil Paraguayo, ha perdido relevancia la distinción entre préstamo civil y comercial, pues ambos han de regirse igualmente por las disposiciones de dicho cuerpo legal, y para ambos rigen los intereses. Salvo pacto en contrario, el mutuario debe abonar intereses al mutuante.

5. FORMA. El contrato de mutuo no exige forma determinada. El mutuo puede convenirse, inclusive, verbalmente (art. 1294), pero

en todos los casos su prueba se regirá por las disposiciones generales relativas a los contratos.

El art. 706 del Código Civil establece de manera expresa la forma en que deben probarse los contratos, disponiendo que aquellos que tengan por objeto una cantidad de más de diez jornales mínimos establecidos para la capital deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos. A contrario sensu, si el objeto del contrato es de un monto menor de diez jornales, podrá probarse por testigos. Para nuestro Código los contratos de un monto inferior a diez jornales mínimos, se considera de valor ínfimo, por lo que para ellos se admite, sin restricciones la prueba testimonial. Con tal temperamento se persigue no crear dificultades a las pequeñas contrataciones haciendo más difícil su prueba.

BORDA recuerda que: “La confesión del demandado de que ha recibido el dinero no prueba el mutuo si él alega que lo recibió por otra causa; corresponde al actor la prueba de que se trata de un mutuo, para lo cual puede valerse de cualquier medio, incluso testigos y presunciones. Más aun, la sola entrega del dinero es por sí sola una presunción importante, aunque no bastante”.

6. CAPACIDAD. Aunque en el capítulo del Código referente al mutuo, cada norma expresa respecto de la capacidad, siendo un acto de disposición de la entrega de dinero en préstamo solamente capaz de enajenar sus bienes. La falta (Puede ser realizado por persona tratos. Los representantes legales como los les a este efecto (arts. 830 y 884, C.C.), la propiedad, debe corresponder del mutuo, son muebles, ha de buena fe de una cosa mueble.

7. OBLIGACIONES DEL PRESTAMISTA. La obligación fundamental del prestamista consiste en entregar la cosa prometida. El mutuuario, por su parte, tiene el derecho de retener en su poder la cosa durante el tiempo acordado en el contrato. El mutuante, también es responsable si el dinero fuese falso, ello cuando se transmitió

a título oneroso, o sea a interés. Dicha responsabilidad surge por aplicación de los principios sobre vicios redhibitorios u ocultos que tornan la cosa impropia para su destino (art. 1789, C.C.).

Como al constituir el contrato ya se ha realizado la entrega del dinero, ya no cabe hacer efectivo este deber al prestamista, pero en cambio, le queda siempre la obligación de respetar al mutuario el término a cuyo vencimiento recién deberá restituirle la cosa.

8. OBLIGACIÓN DEL MUTUARIO. El beneficiario del préstamo está obligado a restituir la suma de dinero o la cosa entregada en préstamo, en igual cantidad, especie y calidad, al vencimiento del plazo estipulado (art. 1292). Cuando el mutuario no pudiere cumplir tal obligación, deberá el precio de la cantidad o de la cosa recibida, según regía en el lugar y tiempo en que debió devolverse (art. 1296).

Los riesgos de la cosa, cualesquiera sean ellos, corren por cuenta del mutuario que es el dueño de los objetos por cuanto la cosa dada en préstamo por el mutuante pasa a ser de la propiedad del mutuario. También es obligación de esta, cuenta el mutuo es oneroso, el pago de los intereses, siendo estos la retribución del dinero.

9. FORMA DE LA RESTITUCIÓN. Conviene recordar en primer término que el plazo de la devolución del dinero o de la cosa, favorece a ambas partes: se presume estipulada a favor del mutuante, porque a su término a él se le debe restituir la cosa prestada, y del mutuario porque a este no se le podría exigir su devolución antes del vencimiento del termino estipulado. Más si el mutuo es a título gratuito, el plazo acordado es a favor del prestatario (art. 1295).

Ahora bien, si no se ha fijado termino para la devolución, el lazo es indeterminado y la restitución debe realizar cuando la reclamara el prestamista, una vez transcurridos quince días de la celebración del contrato y debe llevarse a cabo dicha restitución en el domicilio del mutuario. Queda pues en claro que el plazo en el caso es indeterminado y que el mutuante puede demandar la restitución, pero esta no podrá efectuarse antes de transcurridos quince días de la celebración

del contrato. Demandada la restitución el juez, ha de señalar el plazo para efectuar la misma.

El Código no señala plazos específicos para el efecto, de modo que su fijación queda a criterio del magistrado.

9 (bis) DEVOLUCIÓN DEL CAPITAL ANTES DEL TÉRMINO FIJADO. La regla es que el mutuo sea oneroso, solo de pactarse expresamente resulta gratuito. Y siendo oneroso el mutuario está obligado al pago periódico de intereses. El art. 1297 de nuestro Código establece que: “Si el mutuario no cumple la obligación del pago de los intereses, el mutuante puede pedir la resolución del contrato”. Por el Código de Vélez el prestamista carecía de derecho para pedir la resolución del contrato, por la causa establecida en la norma transcripta. El art. 1297 recoge el criterio de BORDA, en el sentido de que el atraso en el pago de intereses da derecho al prestamista a pedir la resolución del contrato y a reclamar la devolución del capital antes del término fijado. (1)

En cambio, importa concesión tácita de plazo recibir intereses adelantados; en el caso, se entiende prorrogado el plazo durante todo el período cubierto por los intereses. Este criterio ha sido recogido por nuestra justicia, que ha establecido que el recibo de pago de intereses por adelantado, implica el otorgamiento de una prórroga de plazo de la obligación por todo el tiempo que dichos intereses fueron exigidos y percibidos.

De suerte que el contrato de mutuo puede ceder antes del término fijado, como en el primer caso, o ser prorrogado tácitamente como en la segunda circunstancia.

(1) BORDA, “Manual de Contratos”, 9a. ed., Ed. Perrot Bs.As., 1978, p. 866

MUTUO BANCARIO

10. EL MUTUO BANCARIO Y LA APERTURA DE CREDITO.

El préstamo de dinero es la operación bancaria fundamental. En la base de un contrato de crédito existe siempre un préstamo de dinero. Secularmente el mutuo fue considerado un contrato real; actualmente se sigue sosteniendo dicha doctrina por la generalidad de los tratadistas que se ocupan del tema. Sin embargo, no faltan quienes sostienen la existencia del mutuo consensual.

Si el mutuo es un contrato real, como lo es para nuestro Código Civil, al consenso de las partes que formalizan un acuerdo de préstamo de dinero, para su perfeccionamiento se debe agregar la tradición material del dinero. Tal es lo correcto, por cuanto el mutuo origina una obligación de restituir lo recibido, y no podrá devolverse lo que no ha sido antes entregado por el prestamista.

No obstante, en la práctica bancaria, en el contrato de crédito, el Banco no entrega una cantidad de dinero a su cliente. Cuando el Banco presta dinero, generalmente, lo que hace es acreditarle una cantidad en una cuenta al prestatario. El cliente pide una suma en préstamo y firma un pagaré al efecto, o descuenta un documento, pero no recibe nada, solo se lo constituye en titular de un depósito irregular en dinero. El depósito es irregular porque el cliente no ha depositado dinero alguno en el Banco, no ha entregado nada de metálico. Nos encontramos, pues, ante dos contratos de realidad indiscutible: un contrato de préstamo; y en ambos casos no ha habido tradición de la cosa, en el caso de dinero, pero el cliente se considera deudor del banco por el préstamo, a la vez que se considera con derecho de disponer de su depósito.

El mutuo bancario efectuado a través de un depósito, por un lado, se realiza sin tradición del dinero, y por otra parte produce una disponibilidad para el cliente.

Tal acreditamiento a favor de este, se realiza a través de un asiento contable: el Banco asienta en sus libros la suma que presta y

el monto de lo que acredita en la cuenta del mutuario o cliente. De este modo se opera la siguiente relación: el cliente es deudor en el mutuo y acreedor en el depósito, en este último carácter es titular de una disponibilidad que ha sido creada mediante un asiento contable. La disponibilidad se debe a un crédito. El asiento en los libros bancarios equivale a la tradición de la cosa; una tradición que se convierte en simbólica. (1)

“La apertura de crédito dice SIMONETTO- no se realiza para quien precisa inmediatamente el capital. A esta necesidad responde el medio técnico, mucho más rápido y conveniente, del mutuo. La apertura de crédito la estipula quien solo tiene una necesidad eventual de capitales, en momentos predeterminados y que puede no conocer ni el momento exacto en que habrá de hacer la petición de fondos ni la cuantía de estos, ni siquiera si efectivamente tendrá necesidad de ellos”(2)

Nuestro Código Civil nada dispone sobre el mutuo bancario, y todo aquél que fuere a contratarse deberá regirse por sus normas sobre el mutuo, lo que comporta que para que sea tal, suponiendo que es un contrato real, debe existir tradición del dinero, En cambio, el Código Civil legisla por separado sobre la apertura de crédito bancario.

A la sazón, la jurisprudencia ha sentado con toda distinción y claridad que el mutuo consiste en un contrato real y la apertura de crédito en un contrato consensual. El primero requiere para consumarse la entrega de la cosa, la tradición, y al segundo le basta el consentimiento de las partes. Pero SIMONETTO, si bien no niega en principio esta diferencia, cree que la realidad del mutuo típico, cede cuando se trata de contratos bancarios. “Existe una particular categoría de contratos de créditos que es precisamente la de los contratos bancarios, que escapa a la regla de la realidad. Conviene examinar atentamente las razones de esta aparente desviación, para evitar que de la disciplina de los contratos bancarios se extraigan erróneamente argumentos en contra de la realidad en general. ¿Cómo es posible

que la conciencia social y jurídica, a través de una experiencia multiseccional, haya creado la realidad de los contratos de crédito, y en un segundo momento, haya concebido otros contratos que aun cumpliendo la misma función parecen escapar a la regla de la realidad?”. (X) y el mismo autor da la pauta o razón que posibilita dicho fenómeno.

LAS RAZONES ESTRIBARÍAN EN LA POSIBILIDAD QUE TIENEN LOS BANCOS PARA OBTENER UNA REFERENCIA COMPLETA SOBRE LAS CONDICIONES PERSONALES Y ECONÓMICAS DE SUS CLIENTES, ASÍ COMO LA EXISTENCIA EN PODER DE DICHAS INSTITUCIONES DE SUMA LÍQUIDAS SUFICIENTES Y DISPONIBLES PARA SATISFACER LAS ÓRDENES DE PAGO.

SOBRE LAS DISPONIBILIDADES CREADAS, LO QUE HARÍA INVEROSÍMIL LA EJECUCIÓN DE SUS BIENES PARA CUMPLIR CON LA ENTREGA DE LA COSA.

Con suficiente razón, al parecer, se pretende considerar actualmente que la apertura de crédito es una especie evolutiva del mutuo; apertura creada por la práctica bancaria para satisfacción de necesidades parecidas. Aceptada la identificación de ambos contratos significaría aprobar la posibilidad del mutuo consensual, que, aunque en la práctica bancaria puede constituir una modalidad del préstamo de dinero, fundada -antes que, en su naturaleza jurídica en la reiterada práctica y logro del resultado perseguido, en el Código Civil en puridad, no se contempla tal especie de mutuo. No obstante, ello no obsta a que el acreditamiento de un depósito que concede una disponibilidad al cliente, no pueda en la práctica operarse. Como se ha visto, sí puede realizarse.

Se ha especulado inclusive sobre si la disponibilidad existente en un depósito irregular podría ser objeto de embargo y se ha llegado a concebir dicha posibilidad.

GIRALDI dice que: “Si se concibiera la apertura de crédito como un mutuo consensual, su obvia onerosidad nos llevaría a considerarlo

bilateral y, por lo tanto, cabría a ambas partes--no solamente al cliente- la facultad de forzar su cumplimiento. El Banco podría, en consecuencia, obligar al acreditado a utilizar la disponibilidad y a pagar intereses por un dinero que no necesita. Además, los actos de utilización resultarían actos de ejecución del contrato, es decir, que la entrega de la cosa y su posterior restitución constituirían el cumplimiento de las obligaciones nacidas del mutuo. La vinculación entre los actos de disposición y el contrato de apertura de crédito, considerados aquéllos como actos de cumplimiento de este, implicaría la posibilidad de que la disponibilidad fuera embargada, ejecutada por un tercero u objeto de una acción subrogatoria (art. 1196, Cód. Civil de Vélez). (1)

Cabe destacar, luego de todo lo expuesto, que el mutuo y la apertura de crédito, a pesar de ser empleados simultáneamente en la práctica bancaria, son dos contratos diferentes: del mutuo, conforme el art. 1292 de nuestro Código Civil, surge la obligación de restituir la cosa o la suma de dinero, en igual cantidad, especie y calidad, al vencimiento del plazo especulado, y de la apertura de crédito la obligación de crear una disponibilidad para cumplir posibles órdenes de pago del acreditado, o sea del cliente del Banco. En el mutuo existe una obligación de restituir al vencimiento de un plazo determinado, es una obligación diferida. En la apertura de crédito, por su parte, la obligación de restituir no es una consecuencia inmediata ni necesaria del contrato, sino que solo emergerá y existirá si el acreditado utiliza efectivamente la disponibilidad, es decir, si en consecución de sus negocios necesita y emplea mediante órdenes de pago el depósito del que es titular.

Dentro de la actividad bancaria corriente, el mutuo se da por el procedimiento de la apertura de crédito, mediante un asiento contable, sin entrega material inmediata del dinero. Y ello lo pueden hacer dichas instituciones, por la posibilidad que tienen dichos clientes de obtener información completa sobre las condiciones personales y económicas de sus clientes, así como la existencia en sus cajas de sumas líquidas suficientes y disponibles para satisfacer las órdenes de pago

de los dichos clientes, sumas que no hacen verosímil la ejecución de sus bienes para el cumplimiento de la entrega de la cosa.

GIRALDI, Pedro Mario, “Cuenta Corriente Bancaria y Cheque”, Ed. Astrea, Bs. As. 1973, pág. 12

SIMONETTO, E., “Los Contratos de Crédito”, Barcelona, 1946, pág. 59



Juicio sobre separación de cuerpo por mutuo consentimiento: Problemática – Experiencia. Primeras resoluciones

Carlos Campausina¹

JUICIO SOBRE SEPARACIÓN DE CUERPO POR MUTUO CONSENTIMIENTO: PROBLEMÁTICA - EXPERIENCIA - 1ra. PROVIDENCIA. INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

El problema que se plantea ante esta nueva institución en el ordenamiento legal paraguayo, es que el Código Civil entró en vigencia en fecha 1° de enero de 1987, cuando aún no había sido estudiado por el Parlamento el Proyecto de Código Procesal Civil, que en el Libro IV, Título IV, arts. 579 al 588, reglamente el procedimiento a ser aplicado a este tipo de juicio.

Este trabajo no pretende ser un aporte doctrinario, ni mucho menos una interpretación del nuevo Código Civil; solo pretende dar un enfoque práctico al procedimiento y a la legislación aplicable citando y transcribiendo los artículos correspondientes, que fueron aplicados por el Juzgado del Décimo Turno en lo Civil y Comercial, en los primeros juicios de separación de cuerpo por mutuo consentimiento, promovidos durante la vigencia del nuevo Código Civil Paraguayo. Como método de análisis de este tema, y para una mejor interpretación del trabajo, el mismo estará dividido en los siguientes sub-títulos:

- A- Presentación
- B- Primera Providencia

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 22-1988.

- C- Audiencias
- D- Sentencia Definitiva
- E- Costas

A-PRESENTACION

En la misma debe darse cumplimiento del art. 72 del Código de Procesal Civil y Comercial, el cual textualmente establece lo siguiente: “La demanda será deducida por escrito y contendrá:

1. El nombre y domicilio del demandante
2. El nombre y domicilio del demandado
3. La cosa demandada, designándola con toda exactitud
4. Los hechos en que se funde, explicados claramente
5. El derecho expuesto sucintamente, evitando repeticiones innecesarias
6. La petición en términos claros y positivos

Es importante destacar que la demanda debe ser interpuesta por escrito, puesto que luego y como veremos más adelante las audiencias se harán en forma oral debiendo asentarse en acta todo lo manifestado Y obrado, lo cual permite al magistrado la indemnización de la prueba que será la que demostrará en autos, el consentimiento mutuo otorgado por los cónyuges que soliciten la separación.

Los demás requisitos establecidos en el artículo transcrito son de cumplimiento necesario, y a los cuales no nos referimos, puesto que sobre los mismos nos remitimos a las tantas obras existentes sobre el tema.

De conformidad al art. 73 del cuerpo legal citado, que transcrito dice: El actor deberá acompañar con la demanda, las escrituras su derecho. Si no lo tuviere a su disposición los mencionara con la individualidad posible, expresando lo que de ello resulte y designando el archivo, oficina pública o lugar donde se encuentren los originales. Como condición sine-quantum, deberá acompañar certificados

JUICIO SOBRE SEPARACIÓN DE CUERPO POR MUTUO CONSENTIMIENTO:
PROBLEMÁTICA – EXPERIENCIA. PRIMERAS RESOLUCIONES

de nacimiento de los cónyuges y el certificado de matrimonio, por lo cual se acredite el vínculo matrimonial existente entre los que pretenden la separación. Este documento permite al Juez que entiende la causa *prima facie* apreciar el cumplimiento de lo dispuesto en la primera parte del art. 167 del Código Civil, o sea el transcurso de dos años de vida matrimonial, concepto este último sobre el cual volveremos. El pedido podrá ser formulado conjunta o separadamente, con el patrocinio del mismo profesional u otro distinto.

Es importante destacar, que además de las normas enunciadas debe darse cumplimiento a los arts. del Código de Procesal Civ. y Com. Nros. 11 y su aplicación al 19 de la Ley 662 que establece la obligación del litigante de constituir domicilio, igual obligación para los abogados patrocinantes; arts. 14 y 15, en virtud de los cuales se debe acompañar el testimonio de poder, que acredite el carácter que inviste, cuando se presente en juicio por un derecho; que no sea el propio.

El profesional encargado de la causa al redactar su escrito de promoción del juicio sobre separación de cuerpo, deberá poner especial cuidado en el petitorio, que necesariamente debe contener los siguientes puntos:

1. Tener por reconocida la personería del recurrente en el carácter invocado y por constituido su domicilio en el lugar señalado. Ordenar el desglose y devolución del testimonio de poder presentado, previa agregación de constancias debidamente autenticadas en autos.

2. Tener por promovido este juicio sobre separación de cuerpo de los esposos XX y NN, y, en consecuencia, señalar las audiencias a los efectos) de que los citados comparezcan ante el Juzgado en forma separada para que confirmen o no su voluntad de separarse (art. 168 C.C.).

3. Conceder intervención al señor Agente fiscal en lo Civil y Comercial

4. Previo el procedimiento de rigor, se dicte sentencia definitiva, homologando el acuerdo al que arribaron los cónyuges XX y NN, declarándolos en consecuencia separados por mutuo consentimiento de conformidad al art. 169 del Código civil.

A nuestro criterio se podrá acordarle el derecho a cualquiera de los cónyuges a recibir alimentos; que uno solo de ellos asuma la culpa exclusiva de la separación; de la carga de las costas. Este criterio es además sustentado por el art. 579 del Proyecto del Código Procesal Civil.

Se puntualiza, además, que antes de la presentación en la Secretaría de turno se debe dar cumplimiento obligatoriamente a lo dispuesto en la Ley 284 “que establece el pago de tasas judiciales en el Poder Judicial y el destino de las mismas”, y a su modificación por la Ley 1.165.

El art. 186 del Código de Organización Judicial (Ley 879) textualmente expresa en su parte pertinente: “Los secretarios son los jefes de sus respectivas oficinas y tienen las siguientes funciones: inc. b) Recibir los escritos y documentos que presenten los interesados y poner los cargos con designación de fecha, horas, y si llevan firma de abogado en su caso, y otorgar los recibos respectivos, siempre que fuesen solicitados.

Inc. c) Presentar sin demora a los jueces, los escritos, documentos, oficios, y demás despachos referentes a la tramitación de los asuntos”.

Hecha la presentación correspondiente, el secretario deberá dar cumplimiento a la norma citada, y como medida de precaución el profesional podrá exigir el otorgamiento de los recibos respectivos de escritos y documentos presentados, estos pueden ser otorgados en fotocopias de los instrumentos requeridos, a los cuales se pondrá el sello del cargo, firmando el actuario.

B. PRIMERA PROVIDENCIA

En esta providencia el Juez deberá proveer el petitorio de la forma más correcta posible, tratando de que la misma disponga de forma correcta y sin dejar duda, todo lo solicitado en el petitorio correspondiente. Como sugerencia se propone la resolución referida de la siguiente forma:

“A mérito del testimonio de poder presentado (debiendo en esta parte tenerse en cuenta, si actúa por poder o por derecho propio, bajo patrocinio de abogado), reconócese la personería del recurrente en el carácter invocado. Ordénese el desglose y devolución del poder y de los documentos originales presentados, previa agregación y autenticación de las respectivas fotocopias por el actuario y bajo constancia en autos. Téngase por iniciado el juicio de separación de cuerpo de los esposos XX y NN. Señálese las audiencias de los días y del mes del año, hs., a fin de que comparezcan respectivamente en forma separada, los cónyuges antes citados, a los efectos de lo dispuesto en el art. 168 del Código Civil. Dése intervención al señor Agente Fiscal en lo Civil y Comercial. Al último punto, téngase presente (en este punto se tiene presente el pedido de sentencia definitiva). De conformidad a la facultad otorgada al Juzgado por el art. 50. de la Ley 1.110/85, notifíquese personalmente o por cédula, esta providencia”.

En esta primera resolución, se destacan tres puntos importantes que son: 1) La fijación de audiencias; 2) La intervención del Ministerio Público; 3) La notificación personalmente o por cédula de la misma.

La fijación de las audiencias, se encuentran señaladas de conformidad al art. 168 del Código Civil, que establece: “El Juez escuchará separadamente a los dos cónyuges dentro del plazo de treinta a sesenta días, para que firmen o no su voluntad de separarse”. Es por esta norma que las audiencias se fijan por separado para ambos cónyuges dentro del plazo no menor de treinta días ni mayor de sesenta días, a contar de la fecha de la presentación. Estas audiencias son fijadas sin apercibimiento. Pero sostenemos el criterio de que, si

cualquiera de las partes dejare de concurrir, sin justa causa, a la misma se la tendrá por retractada. Apercibimiento este, que es legislado en el art. 582 del Proyecto de Código Procesal Civil, pero ya, para la primera audiencia.

Se precisa que el Agente Fiscal, es parte en los juicios de separación de cuerpos por mutuo consentimiento atendiendo a la normativa enunciada y que transcrita, dispone: “Art. 65 del Código de Organización Judicial (Ley 879): Corresponde a los Agentes Fiscales en lo Civil y Comercial intervenir: inc. b) En los juicios sobre nulidad de testamento, de matrimonio, filiación, y en todos los demás relativos al estado civil de las personas”, debiendo este representante del Ministerio Público, prevenir o perseguir todo error, dolo, fraude y violación de las disposiciones legales. Además, es de notar que rigen para la institución estudiada las reglas comunes de la nulidad de los actos jurídicos por vicio del consentimiento. Este criterio no se compadece con el criterio sustentado por el proyecto de Código Procesal Civil, cuyo art. 583 dispone: “Ministerio Público: no es parte en este proceso el Ministerio Público”. Consideramos que la simple negligencia de algunas de las partes carece de trascendencia, dado que este convenio a ser legalizado en última instancia por el magistrado, presenta las solemnidades que salvan este posible vicio.

En cuanto a la notificación personal o por cédula, creemos que así deberá procederse, aplicándose el art. 50. de la Ley 1.110/85 que reza lo siguiente: “El Juzgado o Tribunal podrá disponer la notificación personal o por cédula de aquellas resoluciones o providencias que estimasen convenientes”. Estimamos conveniente, que la notificación, si es por cédula, se notifica en el domicilio real de las partes, puesto que en la providencia se fija una audiencia de carácter personalísimo, la que solamente podrá realizarse con la presencia de los cónyuges concurrentes. Es de notar que dentro de los incisos establecidos en el art. 3° de la Ley 1.110/85 no se contempla de manera expresa dicha notificación para este tipo de juicio, por lo cual es de aplicación la norma transcrita.

JUICIO SOBRE SEPARACIÓN DE CUERPO POR MUTUO CONSENTIMIENTO:
PROBLEMÁTICA – EXPERIENCIA. PRIMERAS RESOLUCIONES

Se aprecia en el art. 584 del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, que se sustenta un criterio igual al enunciado, puesto que la citada norma manda notificar la audiencia en forma personal o por cédula.

C. AUDIENCIAS

Hemos dicho en párrafos anteriores que las audiencias son fijadas en la primera providencia, de conformidad al ya citado art. 168 del Código Civil; además, y de conformidad a las normas establecidas en el Capítulo VII del legal citado, estas son fijadas sin apercibimiento para la primera oportunidad, puesto que el mismo no se encuentra legislado para esta ocasión; pero como el derecho no puede quedar en indeterminación, por negligencia alguna, es que se optó por establecer el apercibimiento para la segunda audiencia.

Las audiencias se inician a la hora y día fijado, debiendo el Juez solicitar del compareciente el correspondiente documento que acredite su identificación. Como buena práctica se deberá tomar el número del mismo que se hará constar en el acta.

En las audiencias, se debe formular el siguiente cuestionario:

1) Preguntado:

Por su nombre y apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio.

2) Preguntado: En qué fecha contrajo matrimonio, y si tiene más de dos años de vida marital.

En esta pregunta que se formula a raíz de lo dispuesto en el art.167 del Código Civil, se ha planteado el problema de definir los conceptos de VIDA y MARITAL, Y sobre los mismos el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio, pág. 450 y 783 dice: VIDA: “Constituye la manifestación y la actividad del ser. Estado de funcionamiento orgánico de los seres. Manera de vivir o

costumbre y práctica de una persona”. MARITAL: “Referente al marido o a él perteneciente, propio de la vida conyugal, o que le parece. Relativo al matrimonio en general”.

3) Si se ratifica en que desea separarse judicialmente de cuerpo de conformidad a los arts. 167, 168 y 169 del Código Civil, a los que se dan lectura en este acto.

4) Preguntado/a: Si se ratifica que desea la separación de cuerpo por mutuo consentimiento.

5) Preguntado/a: si se ratifica en que desea la separación sin expresión de causa.

Luego de responder a todas estas preguntas, lo cual se hace constar en acta deben suscribir la misma, el Juez, el Secretario, el recurrente y en su caso el abogado.

Con lo que se da por terminada la audiencia.

D. SENTENCIA DEFINITIVA

Con todas estas constancias se remite los autos a la consideración del Agente

Fiscal en lo Civil y Comercial, el cual evacua la vista por medio de un dictamen y el expediente queda en estado de resolución.

Antes de hacer un estudio sobre la sentencia final, hemos redactado un proyecto de resolución, que podría ser considerado como modelo, y en la cual hemos analizado todos los puntos que deben contener la misma.

JUICIO “XX Y NN S/ SEPARACIÓN DE CUERPO POR MUTUO CONSENTIMIENTO”.

S.D. N°:

..// cion, de de 1987

VISTO: Estos autos, de los que

JUICIO SOBRE SEPARACIÓN DE CUERPO POR MUTUO CONSENTIMIENTO:
PROBLEMÁTICA – EXPERIENCIA. PRIMERAS RESOLUCIONES

RESULTA

Que, en fecha...de...del año..., se presenta ante este Juzgado el abogado JJ e invocando la representación conjunta de los esposos XX y NN que contrajeron enlace matrimonial en fecha ...en ..., lo cual se acredita con el certificado de matrimonio que también acompaña, habiendo los mismos acordado su separación de cuerpos por mutuo acuerdo. Por ello, a través del poder especial que se han conferido, le encomendaron que promueva el correspondiente juicio en virtud de lo establecido por el art. 167 de nuestro Código Civil, que dice: “Los esposos, pueden cualquiera sea el país donde celebraron su matrimonio, separarse judicialmente de cuerpo por mutuo consentimiento y sin expresión de causa, después de transcurrido dos años de vida marital...” a fin de que previa comparecencia de mis representados ante el Juzgado a los efectos de ratificar su voluntad de separarse (art. 168) se dicte sentencia homologando el acuerdo citado...”, concluye peticionando, entre otras cosas, tener por promovido el juicio, se señale las audiencias a los efectos citados, se conceda intervención al señor Agente fiscal en lo Civil y Comercial, y se dicte sentencia definitiva en su oportunidad homologando el acuerdo al que arribaron los nombrados cónyuges.

El Juzgado por providencia de fecha..., tuvo por iniciado el juicio de separación de cuerpos promovido por los esposos XX y NN, señalando las audiencias para los días, del mes de...del año...los cónyuges comparezcan ante el Juzgado, respectivamente, a los efectos de lo dispuesto en el art. 168 del Código Civil. Estas audiencias fueron llevadas a cabo en las fechas señaladas, con la comparecencia por separado del Sr. XX (fs....) y de la Sra. NN (fs....), en las que estos se ratificaron en su voluntad de separarse judicialmente de conformidad con los arts. 167, 168 y 169 del Código Civil, a los que se les dio lectura en el acto, por mutuo consentimiento y sin expresión de causa.

El Agente Fiscal en lo Civil y Comercial del...Turno, por Dictamen N° de fecha, aconsejó la homologación del acuerdo, y.

CONSIDERANDO:

QUE, el caso sub-examine, se trata de un juicio promovido por los esposos XX y NN, para obtener homologación del acuerdo que formularon sobre separación de cuerpos, por mutuo consentimiento y sin expresión de causa, legislado por los arts. 167, 168 y 169 del Código Civil, que transcriptos textualmente expresan: art. 167 “Los esposos pueden, cualquiera sea el país donde celebraron su matrimonio separarse judicialmente de cuerpos por mutuo consentimiento y sin expresión de causa, después de transcurrido dos años de vida marital. De este derecho gozarán igualmente los menores emancipados por el matrimonio, pero solo después de dos años de cumplida la mayoría de edad de ambos esposos”. Art. 168: “El Juez escuchará separadamente a los dos cónyuges, dentro del plazo que les fuere señalado.

Si cualquiera de ellos se retractare o guardare silencio, se rechazará el pedido de separación.

QUE, las disposiciones legales citadas exigen para la procedencia de la petición formulada en autos, el cumplimiento de los siguientes requisitos: 10.) Matrimonio válido por más de dos años (art. 167); 20.) ratificación ante el Juzgado de la voluntad de separarse (art 168 y 169) pudiendo hacerlo sin expresión de causa (art 167)

El primero de los requisitos se halla demostrado con el certificado de matrimonio glosado a fs. ...de autos, en el que consta que los nombrados cónyuges se unieron en legítimo matrimonio en fecha...en...

En cuanto al segundo requisito, el Sr. XX (fs.) y la Sra. NN (fs....) han comparecido personalmente ante este juzgado, en las fechas ya indicadas en el cuerpo de esta sentencia y se ratificaron a la requisitoria formuladas en la voluntad de separase de cuerpos, por mutuo consentimiento, sin expresión de causa.

Es consecuencia, se hallan plenamente reunidas en el caso de estudio las exigencias legales para la procedencia de la homologación

JUICIO SOBRE SEPARACIÓN DE CUERPO POR MUTUO CONSENTIMIENTO:
PROBLEMÁTICA – EXPERIENCIA. PRIMERAS RESOLUCIONES

del acuerdo formulado entre. los nombrados esposos, y en tal carácter deberá pronunciarse en esta sentencia.

La Fiscalía en lo Civil y Comercial de ... Turno, se ha expedido en igual forma en su dictamen N° ...de fecha ... que transcripto en su parte pertinente expresa: “Que de conformidad a lo dispuesto en el art. 169 del Código Civil, esta Fiscalía opina que podrá homologarse el acuerdo de los cónyuges XX y NN, en cuanto a la voluntad de separarse judicialmente por mutuo consentimiento y sin expresión de causa, habiéndose realizado el matrimonio entre los esposos en fecha según el correspondiente certificado matrimonial obrante a fojas de autos, y por estar cumplidos los requisitos legales establecidos en los arts. 167, 168 y demás concordantes del Código Civil.

POR TANTO, en atención a las consideraciones presentes, las disposiciones legales enunciadas y el dictamen fiscal que antecede el Juzgado;

RESUELVE:

HOMOLOGAR, el acuerdo formulado por los esposos XX y NN, en consecuencia, declárase a los mismos, separados por mutuo consentimiento sin expresión de causa.

ANOTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Ante mí:

E- COSTAS

Las costas deben imponerse en el orden causado, salvo conveni- ción en contrario, por tratarse de un juicio voluntario que solamente puede plantearse por mutuo consentimiento.

Sobre el particular, no tenemos regulación legislativa. El Pro- yecto de Código Procesal Civil, que se halla en estudio en el Poder Legislativo, en el Libro IV, Título IV (arts. 579 a 588) al establecer el procedimiento de la separación de cuerpos por mutuo consenti- miento, en los arts. 580 y 589 se refiere a las costas, ratificando el

criterio, jurisprudencial, que es el que compartimos y al que nos hemos referido más arriba.

Los honorarios deben estimarse de conformidad a las disposiciones de los arts. 5º. y 6º, de la Ley 110, en concordancia con el art. 10. de la Ley 465. El primero de ellos acoge los criterios objetivo y subjetivo, a ese efecto. El objetivo, en atención “al monto del asunto, su naturaleza y complejidad” (incs. a y b) y el subjetivo, en atención al trabajo profesional (inc. c).

El Prof. Dr. Alexis Frutos Vaesken, en su obra “Honorarios, Análisis y Crítica de la Ley 110”, pág. 35, expresa que la posición social y la capacidad económica de las partes son circunstancia que deben influir en la regulación, y en algunos casos -juicio de divorcio, filiación, etc.-, factores principalísimos a ser atendidos para la fijación de honorarios.

En conclusión, y compartiendo dicho criterio, juzgamos que la posición social y la capacidad económica de las partes, y la trascendencia que para ellos tenga la cuestión debatida, también deben incidir en la estimación de los honorarios, siempre en concordancia con las disposiciones mencionadas precedentemente.



La concentración de empresas y el Código Civil Paraguayo

Raul Sapena Brugada¹

I

EL FENÓMENO DE LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIA

1- SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN

Llamamos CONCENTRACIÓN O INTEGRACIÓN un tipo especial de crecimiento de una empresa que consiste en absorber, controlar o de algún otro modo integrar su actividad con la de otras empresas, en beneficio propio, pero no necesariamente con exclusividad.

Se trata, como es fácil notar, de un fenómeno económico y para aclarar y ampliar esta definición se debe recurrir a los especialistas de ese campo.

Es corriente distinguir la CONCENTRACIÓN HORIZONTAL (que se da cuando una integración se produce entre empresas del mismo ramo, como sucedió en la industria automovilística en todo el mundo) de la CONCENTRACIÓN VERTICAL, la cual puede ser HACIA ATRÁS: cuando una misma industria automovilística absorbe o controla empresas que fabrican frenos, neumáticos etc., y HACIA ADELANTE cuando una industria decide intervenir en la comercialización de sus productos terminados, distribución o incluso, venta directa al detalle.

Cuando las autoridades norteamericanas antimonopólicas detectaron y padronizaron estas formas de concentración, apareció una nueva y curiosa forma que no es ni HORIZONTAL NI VERTICAL.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 23-1988.

Es el famoso conglomerado. Un caso muy conocido es el de la ITT que además de telecomunicaciones, tiene una famosa cadena de hoteles y es muy difícil considerar que esta concentración es monopólica.

La concentración empresarial es una de las características más descolantes del sistema económico de los países occidentales en nuestros días.

Jurídicamente produce efectos sumamente curiosos y que han revolucionado el derecho societario. La subsidiaria integral (que puede ser una sociedad de un solo socio), la holding cuya actividad más similar a la de una sociedad comercial “a la antigua” se produce cuando compra o vende una sociedad -o su paquete accionario-, y sociedades dedicadas casi totalmente a la investigación tecnológica y que parecerían auténticas fundaciones si no se supiera que forman parte de un grupo.

Los patrones básicos (horizontal y vertical) se repiten en formas muy diversas de integración, incluso cuando no hay dependencia ni control sino auténtica cooperación y hasta en figuras tan diferentes de las anteriores como la agrupación de colaboración y la unión o agrupación temporaria -que en nuestro país llamamos consorcio.

Sobre cuál término utilizar o si usarlos como sinónimos puede dar mucha tela que cortar. En principio debería ser responsabilidad de los economistas, pero, como, sus manifestaciones son -o deben ser- reglamentadas jurídicamente no hay duda de que nos interesa a nosotros también.

CONCENTRACIÓN viene de cum-centrare y evoca la idea de centralización que parece ser esencial en esta figura, lamentablemente también tiene el inconveniente de evocar una forma muy especial de integración, aquella que se manifiesta en fusión, absorción, o agrupación de subordinación donde una empresa matriz -o una holding- controla a las demás (la controlante centraliza el poder). Lo usamos como genérico en este trabajo, siguiendo el ejemplo de Claude Champaud porque tiene la ventaja de no ocultar en un con-

cepto jurídico su significado como fenómeno económico. “De lege ferenda”, el término más usado en nuestros días es, AGRUPACIÓN DE EMPRESAS O DE SOCIEDADES, al extremo de considerar estas figuras como parte de una flamante rama del derecho, el derecho de la Agrupación Empresaria o Societaria. Pero este término tiene el defecto inverso: parece excluir los casos en que se llega a la fusión o absorción y lo que resta es una sociedad y no una agrupación.

Sin rechazar otras denominaciones en este trabajo, hablaremos de CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS.

Un último detalle; ¿por qué EMPRESAS y no SOCIEDADES? Justamente nuestro código rehúye el uso de la palabra empresa a la que no confiere entidad jurídica alguna y otorga personería jurídica a todas las sociedades. Pero seguimos prefiriendo CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS porque los contratos de los que vamos hablar con contratos de “categoría”. Llamamos así a los que exigen en las partes determinada categoría. No puede concentrarse ninguno de ellos entre una monja, un militar y un abogado: deben ser “empresas”, aunque su definición sea económica y no jurídica. Podría, en algunos casos, participar una EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (que en nuestro país no es una sociedad) y podría resultar anómala la participación de una SOCIEDAD SIMPLE que no se caracteriza por ser empresaria.

2- LA CONCENTRACION EMPRESARIA, LA LEGALIDAD Y LA ÉTICA.

Aunque estamos en el pleno campo de las ideologías, creo que podemos ponernos de acuerdo en una cosa: si se acepta el capitalismo, (salvo los que sostienen un capitalismo liberal utópico no conocido en la historia), no se puede condenar la concentración por sí misma. Los motivos para que haya una concentración “tolerada” e incluso promovida y otra “condenada” deben surgir específicamente de leyes penales (por ejemplo: antimonopólicas). La prueba de que hay una forma de integración no solo no condenada sino promovida es la ley de Cooperativas la cual legisla expresamente la “integración

cooperativista”, con todas las características de las distintas formas de concentración y encarga a la Dirección de Cooperativismo promoverlas (ver más adelante segunda parte de este trabajo). Las leyes de los países occidentales además privilegiando y promoviendo una nueva especie de concentración (Los Groupement D'Interet Economique, franceses, Sociedades de Empresas españolas, Agrupaciones de Colaboración argentinas de las que hablaremos más adelante).

Este trabajo no trata de aspectos penales ni antimonopólicos, y no puede sino presumir la licitud de negocios jurídicos no condenados por una ley vigente.

3- CLASES DE CONCENTRACIÓN.

La distinción básica, de Claude Champaud, distingue la concentración en la UNIDAD (que LLEGA A LA FUSIÓN O ABSORCIÓN), y la concentración en la PLURALIDAD (que frustra esta finalidad teórica, limitándose a adquirir porciones controladoras en las sociedades que le interesa).

En la práctica, el primer sistema es el preferido en los Estados Unidos, y el segundo por los europeos.

4- EL ESTILO AMERICANO DE CONCENTRACIÓN.

En los Estados Unidos, la “statutory merger” y la “consolidation” hecha también acorde a las leyes, no solamente no se halla prohibida, sino que es sujeto de beneficios tributarios. Es más, la statutory merger y consolidation es solo el TIPO A de seis métodos semejantes o que producen idénticos resultados.

En idioma inglés se llama MERGER a la absorción o incorporación. Hay dos empresas: “X” e “Y”, “X” absorbe o incorpora a su propio patrimonio la totalidad del activo y del pasivo de Y, la cual, desaparece sin liquidarse. En la “consolidation”, como en nuestra fusión, X e Y desaparecen sin liquidación, y nace “W” como la suma de ambos patrimonios. Estos procedimientos se llaman en los Estados Unidos “reorganización corporativa” y cuando son hechos conforme a

la legislación “statutory merger” y “statutory consolidation”. Como ya lo dijimos no solamente no son prohibidas, sino que gozan de ventajas impositivas.

Es difícil para un latino comprender la preferencia de los americanos por lo que parece un método “antropofágico” y “brutal”, pero en el fondo, la mayor elegancia del sistema europeo es solo un reflejo de un “espacio económico” dividido en la “Europa de las patrias” y el método americano, el propio de un “espacio económico” unido con un inmenso poder adquisitivo. Por otra parte, en el “statutory merger o consolidation” se hallan protegidos los intereses de los accionistas, que pasan a socios de otra sociedad, previas decisiones de sus órganos, con derecho de “receso” (appraisal remedy), tal como sucede también en nuestro código. En el sistema Europeo, salvo donde existen leyes especiales como en Alemania, la situación de los accionistas de las sociedades controladas no está protegido tan drásticamente.

Hay como dijimos otros métodos, en los Estados Unidos, similares a los citados o que llevan a ellos (concluyen en un Merger, o equivalen a él).

Por ejemplo, la COMPRA MASIVA por parte de la Corporación A de acciones de la CORPORACIÓN B (take over bid) lo que puede hacerse de dos formas básicas:

1) “A” adquiere las acciones de B (o una mayoría substancial de ella más del 80%), “for cash” o en pago de deudas en este caso B pasa a ser una subsidiaria integral de A.

2) “A” cambia parte de sus acciones por el 80% de las acciones de B (Stok for stok). En este caso, la corporación A puede decidir; operar a B como una subsidiaria integral, liquidarla, absorberlas, etc.

Este patrón de 80% o más para caracterizar a la subsidiaria integral, es comúnmente usado en otras legislaciones para distinguirla de las simples sociedades CONTROLADAS (para las cuales

basta cualquier porción que les permita controlar la asamblea de la controlada).

5- EL ESTILO EUROPEO DE CONCENTRACIÓN (LA CONCENTRACIÓN EN LA PLURALIDAD).

Así como a un latinoamericano parece extraña la preferencia norteamericana por el sistema de las funciones, grande fue el escándalo que produjo a los norteamericanos cuando ocuparon Europa y constataron la existencia de Carteles en Alemania y en Italia admitidos y legislados (en Italia existía además de los Carteles otra figura llamada consorcio -que no tienen nada que ver con la agrupación temporaria o joint venture que en nuestro país llamamos del mismo modo- (un consorcio según el Código Italiano, de 1942 era algo así como un Cartel con pantalones largos).

Cuando nosotros, o los europeos, nos imaginamos un monopolio, dibujamos un octópodo (pulpo) cuya cabeza bien agrandada representa a la empresa monopólica y los brazos sus subsidiarias y agencias. En los Estados Unidos, aunque también influye el tamaño, casi todos los indicios que mueven los resortes de las autoridades “anti trust” comienzan cuando dos o más directores, de empresas competidoras influyentes en un mercado dado, desayunan o juegan al golf juntos con demasiada frecuencia. El prototipo del delito monopolístico en los Estados Unidos es algún tipo de combinación entre varias empresas para fijar políticas de precios u otras consideradas peligrosas al sistema de mercado. En Antitrust Law and Practice, de Marcus, podemos leer pág 286 # 182. “Parecería obvio que una corporación individual puede ser monopólica” (y en la nota al pie, dice “pero...” y cita fallos en contra), continúa diciendo “La mayor parte de los casos de la Sección 2 sin embargo, envuelven a más de un involucrado”. Algunas combinaciones son consideradas “per se” delictivas otras estudiadas con acuerdo a los precedentes, listas de las características de esas operaciones prohibidas, todo bajo el control de lo que los americanos llaman “the rule of reason” que se podría traducir mejor libremente como la regla de lo razonable.

Los europeos, en cambio, distinguen, entre las formas de agrupación lícita-, dos tipos: las AGRUPACIONES DE COORDINACIÓN y las AGRUPACIONES DE SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA. Las primeras se hallan perfectamente ejemplificadas en los KARTELLS y las segundas en los KONCERNS de ALEMANIA - La figura del grupo (empresas controladas o subordinadas a una matriz u holding) aparece también en la legislación Brasileña en 1976.

La primera etapa (de la coordinación) empieza con un simple contrato o un entente de Cartel (sin organización). El Cartel de Orden Superior (que menciona Julius Von Gierke), comienza cuando un Cartel crea una “central de ventas”, lo que significa que crea una “organización” y de ese modo se acerca al “contrato asociativo”. Puede concluir además en la constitución de una Sociedad Comercial como ÓRGANO DEL CARTEL. (Sociedad Órgano), mientras el cartel, por su parte se constituye generalmente, en Alemania, bajo forma de sociedad civil. Hay entonces dos sociedades. También puede el Kartell constituirse directamente bajo forma de sociedad (sociedad cúpula o sociedad techo). Lo mismo se da en el Consorcio Italiano de 1942 y Messineo habla de la SOCIEDAD -FORMA cuando el Consorcio nace bajo forma de sociedad (comercial) principalmente o solo para gozar de su mayor capacidad para realizar actos de comercio. En esencia sigue siendo un Consorcio (por eso la llama Messineo Sociedad - Forma). Estas son en grandes rasgos las agrupaciones de COORDINACIÓN, cuyo aspecto parece casi tan tierno y democrático como una cooperativa.

Paralelamente nacía otro fenómeno, de apariencia sombría, la AGRUPACIÓN DE SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA, llamado en Alemania KONCERN. El Konzern es una agrupación de empresas, JURÍDICAMENTE INDEPENDIENTES, PERO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES. Hay una empresajefe del grupo, que tiene la suficiente injerencia en las empresas controladas como para imponer totalmente su voluntad.

Generalmente este control se logra con la posesión de se logra con la posesión de acciones suficientes de las sociedades controladas.

Pero existen otras formas de lograr el mismo resultado y que, justamente, ley alemana equipara al KONCERN. Vale la pena explicar esto porque nuestro Art. 1074 habla de vínculos contractuales y es difícil imaginar cuáles pueden ser si no se conoce la experiencia de otros países.

La AKTIENGESETZ de 1965, establece como posibilidades de agrupación (de dominio o subordinación) el contrato de Konzern propiamente dicho y varios contratos inter-empresarios. Los principales conceptos son los de Empresa Dominante y Empresa Dependiente: “considerase empresas dependientes aquellas sobre las cuales aun siendo jurídicamente autónomas, OTRA EMPRESA dominante, pueda ejercitar directa o indirectamente una influencia dominante” Una empresa CONTROLADORA (anótese la diferencia con el concepto general de dominante) mediante PARTICIPACIÓN MAYORITARIA, se presume dependiente de la empresa que detiene la participación mayoritaria (17 de la Aktiengesetz, de 06.09.65) Esta presunción hace equiparar los tratamientos del Konzern a los demás grupos creados por contratos inter empresarios.

Los contratos previstos por AKG son:

- a) El contrato de dominación, por el cual una empresa entrega o confía a la otra su dirección.
- b) El contrato de transferencia de lucros, mediante el cual una empresa cede a otra la TOTALIDAD de sus utilidades.
- c) El contrato de repartición de lucros, y
- d) Y finalmente, dos contratos basados en el “arrendamiento” del establecimiento mercantil.

Por extraño que parezca estos son contratos, decididos y votados en las Asambleas de las futuras empresas dependientes, y estas deciden que la centralización y la dominación de una empresa central son convenientes para los intereses de los accionistas. No como en los grupos de hecho donde de un día para el otro los accionistas se encuentran que su sociedad, es dominada por otra. RACIONALMENTE

era mejor la concentración que el atomismo y ellos mismos lo decidieron.

Otro supuesto también previsto por la legislación alemana es la “participación recíproca”.

6- ¿POR QUE SE PREFIEREN LAS AGRUPACIONES DE SUBORDINACIÓN A LAS DE COORDINACIÓN?

Los carteles son formas de apariencia mucho más simpáticas que los KONCERNs y los GRUPOS. Son formas de consumo, muchas veces similares a una cooperativa. En realidad, Charles Gide, fanático de las cooperativas de consumo, decía que las cooperativas de sola venta SON carteles. Muchas personas no comprenden por qué se tiene unos y se combate los otros. MESSINEO explicó esto hace mucho tiempo:

“En efecto -decía- la coordinación sustituye la lucha entre las empresas para acaparar la clientela por la LUCHA DE LAS EMPRESAS (de acuerdo y no ya en oposición entre sí) CONTRA LA CLIENTELA, o sea suprime la competencia, influyendo así sobre el mercado y sobre los precios de las mercaderías y de los servicios”

(El propio Messineo, dice más adelante) “Desde el punto de vista de su finalidad económica, NO ES MUY DIVERSO DEL CARTEL, EL CONSORCIO” (DESDE LUEGO SE REFIERE al consorcio del Código Civil de 1942 antes de la modificación de 1976).

Y ahora, sobre la “bondad” de la CONCENTRACIÓN POR SUBORDINACIÓN (o Grupo, o Konzern) dice siempre MESSINEO: “Hay acá un aspecto fácilmente aceptable y es el de la reducción de los costos de producción, que las señaladas tendencias hacen posible, mediante la constitución de los grupos” -Así pues, “LO QUE SE PROPONE EL GRUPO NO ES LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA SINO la ORGANIZACIÓN TÉCNICAMENTE MAS EFICIENTE y por consiguiente, la potencialización de la actividad económica” “Agrega MESSINEO como una admonición: “por lo que no

es lícito confundir, en un juicio, apresuradamente acumulativo, LOS GRUPOS CON LOS CARTELES”.

Lo que se condena como es fácil percibir no es la colaboración, sino la COREGULACIÓN. En un sistema como el nuestro que puede ser llamado “de precios y mercado” la coregulación destruye el sistema por lo que no se le puede aceptar.

La tendencia a conservar (al mismo tiempo que controlar) los “Grupos” o Konzerns tiene además una explicación geo-política, y económica en Europa. En 1967, se publicó el famoso libro de JJ SERVAN SCHREIBER, EL DESAFIO AMERICANO, cuyo tema central no era el “Gap tecnológico” ni la exaltación del sistema americano. El tema de fondo, se relaciona estrechamente con nuestro problema. “La tercera potencia industrial del mundo, después de los EE.UU y de la URSS, decía Servan Schreiber, podría ser muy bien, dentro de quince años, NO YA EUROPA sino la INDUSTRIA AMERICANA EN EUROPA. Ya en la actualidad, a los diez años del Mercado Común, la organización de este mercado es esencialmente americana”. Y dice casi enseguida “la reciente aceleración de los movimientos de concentración y de fusión en Europa tienen por causa esencial LA NECESIDAD DE HACER FRENTE A LOS GIGANTES AMERICANOS COMO LA “IBM” Y LA “GENERAL MOTORS”.

La respuesta europea, es la concentración en la pluralidad. Por el mismo motivo que en un espacio económico integrado inmenso como son los EE.UU, lo apropiado es absorber o adquirir el 80% o más de las acciones de las competidoras, o proveedoras, o vendedoras; en Europa, a una gran empresa fabricante de productos farmacéuticos suiza o alemana le conviene controlar empresas españolas o francesas y no absorberlas o transformarlas en subsidiarias integrales. Por eso decimos que el fin teórico es el mismo: actualizado en la absorción y frustráneo en el control.

7- LA HOLDING COMPANY.

La HOLDING COMPANY es una de las más típicas figuras del control societario, tanto en el estilo americano como en el europeo. Hoy día, es usada, no solamente por las empresas privadas, sino también por el Estado. Cuando el Estado explota servicios públicos a través de numerosas empresas, con emisión de acciones, es muy probable que el “ENTE AUTARQUICO CENTRAL”, sea en realidad una HOLDING de las acciones de propiedad del Estado: el IRI (Instituto per la ricostruccioni industriali) en Italia, la Corporación de la Producción en Chile, la Industrial Development Corporations en Pakistán, y la ELECTROBRAS en el Brasil, son en realidad HOLDINGS. Es decir, no realizan directamente ninguna actividad productiva, sino que poseen las acciones de las distintas empresas estatales o locales.

Pero, desde luego, el HOLDING es una típica figura del fenómeno de la concentración empresarial privada.

La palabra HOLDING tiene varios usos, que debemos distinguir con cuidado para evitar confusiones:

1- Algunos países acostumbran a llamar también HOLDING a la “sociedad de sede” o de “simple domicilio”. Este tipo de sociedades, aunque tenga oficina (o no la tenga) en el lugar de constitución, se compromete por su estatuto a desarrollar su actividad FUERA del país de constitución. Por este motivo tiene un tratamiento impositivo especial. Las “sociedades de sede”, o “de simple domicilio” pueden actuar como un HOLDING verdadero, pero existen otros motivos por los cuales alguna persona podría constituir una sociedad de ese tipo mal llamada Holding, sin tener en vista el control de otras sociedades. La distinción clave, desde luego, es generalmente impositiva y solamente existe en los países llamados “paraísos impositivos”, donde una sociedad HOLDING puede constituirse para actuar como tal DENTRO Y FUERA del país de constitución, o SOLAMENTE AFUERA, (en cuyo caso gozaría de ventajas impositivas importantes).

2- También se acostumbra a llamar HOLDINGS a las sociedades de inversiones, que adquieren acciones, bonos y otros títulos y valores, pero NO CON LA INTENCIÓN DE CONTROLAR las sociedades emisoras. En este caso, se trata de técnica de administración e inversión, que permite minimizar los riesgos y aumentar las utilidades. Es decir, si una persona quisiera ser conservadora adquirirá acciones de poca utilidad y si desea ganar mucho (en la bolsa de valores) probablemente tenga que arriesgarse. La técnica de administración del portafolio consiste en distribuir las inversiones de modo a no cargar con la totalidad del riesgo de las operaciones ventajosas, ni la mediocridad de las operaciones conservadoras.

3- También está la HOLDINGS de FINANCIAMIENTO que es prácticamente una entidad FINANCIERA. Pueden captar fondos, pero tienen la limitación de que solo pueden financiar a las sociedades de su grupo.

Estos HOLDINGS DE FINANCIACIÓN, pueden ser particulares o pueden estar hechos CON PARTICIPACIÓN DE BANCOS, en cuyo caso, a pesar de ser Bancos, no podrían disponer de los fondos captados por el holding más que para su grupo.

Otra variedad es la PROMOTING COMPANY que adquiere acciones en forma temporaria, hasta que la sociedad se haya desarrollado.

EL HOLDING PURO, de que hablamos, es algo más preciso.

Es una sociedad que tiene por objeto preciso adquirir acciones de otras sociedades, PARA CONTROLARLAS.

El uso del holding, dijimos, es frecuente también en el sistema europeo. Al comienzo, era la empresa manufacturera quien adquiría acciones de otras para controlarlas y eso produce un GRUPO INDUSTRIAL ahora es frecuente que también las acciones de la matriz estén, junto con las otras, en propiedad de una holding y eso produce un GRUPO FINANCIERO.

8- SUBSIDIARIA INTEGRAL (WHOLLY OWNED SUBSIDIARY).

Junto con la holding, es el alma de la concentración de estilo americano. En principio puede tratarse y de allí viene el nombre, de una sociedad cuyas acciones, en su totalidad, pertenecen a la holding (o a una subsidiaria intermedia-subsidiaria de una subsidiaria), pero esto es necesario. Lo lógico, es que existan acciones en circulación en manos de terceros pues no hacerlo significaría despremiar el mercado local para captar fondos de financiación interna. En qué se diferencian entonces una subsidiaria integral y una sociedad controlada de un Grupo o un Konzern. Cuando ambas figuras son “de hecho” pueden hacerse difícil e inútil la distinción. Lo que pretende la legislación alemana y la brasileña es que los accionistas de las sociedades controladas sean informados y defendidos sus derechos.

El sistema brasileño que es uno de los más perfectos supone sociedades de verdad, con accionistas de verdad, que deciden concentrarse alrededor de una sociedad para que los accionistas de todas las sociedades obtengan las ventajas de la concentración empresarial. El Grupo o Konzern existe propiamente hablando donde hay una legislación apropiada que proteja a los accionistas de las sociedades controladas. De hecho, el Konzern se pacta por contrato, o se presume *juris et de jure* por la posesión de una cantidad suficiente de acciones para controlar la sociedad. En cualquiera de ambos casos los accionistas deben ser informados y llevados a Asamblea Extraordinaria.

Una subsidiaria integral, en cambio, es constituida (o adquirida) *exprofeso* por una matriz o una holding con la intención de manejarla como si fuera una sucursal. Los poseedores de acciones en circulación son, en suma, poco más que meros inversores.

9- LAS AGRUPACIONES DE COLABORACIÓN EMPRESARIA.

Ya mencionamos el estigma que conllevan las AGRUPACIONES DE COORDINACIÓN. A pesar de tratarse de un admirable esfuerzo de cooperación, este se logra -como es frecuente entre los lobos y entre los hombres- mediante un “enemigo común”. En este caso, el enemigo común es mismísimo pivot de la economía de mercado: EL CONSUMIDOR, LOS CARTELES tienen una DIRECCIÓN CONTRA EL CONSUMIDOR; hay en cambio un nuevo tipo de AGRUPACION que está logrando la promoción y el apoyo de numerosos países. El concepto que de ella tiene del Estado Benefactor es casi tan favorable como el que tiene del cooperativismo.

Se trata, prácticamente, de obtener los beneficios de la concentración, sin entregarse a una empresa “Jefe”. Se pretende lograr mediante la colaboración democrática entre las empresas, los beneficios de la concentración (disminución de costos, innovación tecnológica, etc.). La forma más rudimentaria de lograr este objetivo es constituyendo una FILIAL COMUN (terminología francesa que equivale a “subsidiaria común”).

Esta “filial común” es CONTROLADA DEMOCRATICAMENTE POR LAS EMPRESAS AGRUPADAS, y los lucros que obtiene no son para sí misma (para la filial) sino para las empresas agrupadas. Como la filial sería seguramente, una sociedad comercial -probablemente anónima- eso la hubiera transformado en nuestro antiguo código de comercio, en anómala. La definición del Art. 959, en cambio es tan amplia que cabe no solo la filial común sino hasta la sociedad cooperativa. Esta sería la única forma de lograrlo en el Paraguay donde no existe legislación apropiada (constituyendo una filial común).

Pero en otros países, hace ya unos años, están empezando a legislarse y obtener beneficios impositivos y privilegios.

Esta forma de coordinación que no está dirigida contra el consumidor sino que busca los otros beneficios de la concentración, se

puede llamar COORDINACIÓN FUNCIONAL O DE COMPLEMENTACIÓN.

España fue la precursora con la Ley 196, del 26 de diciembre de 1963 que colmó de beneficios impositivos a un sub-tipo anómalo o de sociedad anónima denominado “SOCIEDAD DE EMPRESAS”, Francia por Ley N°. 67.821 de 1967 hizo lo mismo creando un “estatuto propio” para estas agrupaciones a las que llamó GROUPEMENT D'INTERET ECONOMIQUE, la imitó Bélgica con el mismo nombre, Portugal con el nombre de Agrupamentos Complementares de Empresas (1973), Italia modificando el consorcio de tipo Cartel en 1976 y la Argentina en 1983 en la misma reforma en la que nació la Unión Transitoria de Empresas, con el nombre de agrupación de Colaboración.

10- LOS CONSORCIOS (AGRUPACIONES O UNIONES TEMPORARIAS DE OF EMPRESAS).

Hace algún tiempo, cuando comenzaron las obras de infraestructura en nuestro país, eventualmente oíamos la palabra “consorcio” para traducir el término “joint venture” pero estaba referido a las agrupaciones totalmente extranjeras que aparecían detrás de los paquetes llave en mano. Hacia los años 70 comenzó a usarse en toda el área de la cuenca de la plata, la palabra CONSORCIO para hacer referencia a todo tipo de contrato de colaboración accidental o transitoria concluido entre Empresas que pretendían participar conjuntamente en alguna licitación. Los autores argentinos - creo que solo ellos - reaccionaron airadamente contra ese uso, en parte por su equivocidad (hay otra figura homónima en el derecho civil argentino, los “consorcios” de propietarios) y en parte a la posibilidad de confundir nuestra figura con el CONSORZIO italiano de 1942.

Halperin (ya fallecido), Zaldívar, Palmero y otros la figura vieron consagrada su posición al denominarse a UNIÓN TRANSITORIA DE EMPRESAS en la ley 22903 de 1983. Los brasileños, legislaron el instituto con el nombre popular de CONSORCIO, en 1976. En ese mismo año se modificó el temible consorcio italiano del Código

Civil de 1942 para ponerlo en la línea de las agrupaciones de coordinación funcional o colaboración, como la hemos llamado.

También el cabalístico año 1976 se presentó en Francia un proyecto de GROUPEMENT MOMENTANEE de cuya aprobación no tenemos noticia.

Los precursores del término AGRUPACIÓN TEMPORARIA fueron los españoles en 1963.

El proyecto francés dice “El contrato de agrupación momentánea es concluido entre dos o más personas físicas o morales, que se comprometen a ejecutar... PRESTACIONES DISTINTAS en vista de una operación común determinada. Agrega el proyecto: No da nacimiento a una sociedad ni confiere personalidad moral”.

La ley brasileña de 1976, simplemente expresa: “Las compañías y cualesquiera otras sociedades, bajo el mismo control o no, pueden constituir consorcio para ejecutar determinado emprendimiento, observando lo dispuesto en este capítulo y agrega en el párrafo primero “El consorcio no tiene personalidad jurídica y las consorciadas solamente se obligan EN LAS CONDICIONES PREVISTAS EN EL RESPECTIVO CONTRATO, respondiendo cada una por sus obligaciones SIN PRESUNCIÓN DE SOLIDARIDAD”.

El proyecto francés y la ley brasileña destacan pues el carácter contractual y la no creación de una persona jurídica por parte del consorcio.

La ley argentina, que los llama UNIÓN TRANSITORIA DE EMPRESAS, tiene por finalidad “el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro CONCRETO dentro o fuera del país”.

Agrega, igual que el proyecto francés que “no constituyen sociedades”.

En 1977, en Italia, se creó también el instituto de “RAGRUPAMENTO TEMPORANEO DI EMPIRESE”, distinto a nuestro consorcio, por cuanto se basa en el modelo de la “empresa piloto” debiendo

las empresas dar un mandato colectivo a “impresa -cappo-gruppo”, pero también es posible constituir otra forma de agrupación temporaria fundada en la modificación del consorcio italiano hecha en 1976. La ley española asigna también un gerente único. El consorcio brasileño se basa más bien en un MANDATO MUTUO como el “joint venture” americano.

El consorcio como se ve es más conocido por una de sus características: Su carácter accidental, transitorio o temporario. Pero eso hay que entenderlo muy bien, ni accidental ni transitorio ni temporario quiere decir POCO DURADERO. Se puede constituir una S.R.L., para ejercer el comercio por dos años o incluso por un año y un día. Hay consorcios que ya tienen más de diez años. “Transitorio” o “Temporario” significa NO ESTABLES, NO DEFINITIVOS. Se refiere a los VINCULOS entre las empresas; no pretenden ser estables y ello está lógicamente asegurado cuando se limitan al cumplimiento de un contrato de obra o a la realización de una cualesquiera operación determinada. El carácter transitorio, limitado a operaciones determinadas, no es lo que define al consorcio (pues eso mismo se logra con una sociedad accidental o en participación donde existe este tipo legislado, cosa que ya no se puede decir en el Paraguay) pero es su característica más resaltante. Además es una característica que produce efectos dramáticos en todas las formas de asociaciones; los llamados “comités de emergencia” (para ayuda a los damnificados, por ejemplo) tienen todas las características de las Asociaciones civiles menos la permanencia (que por otra parte casi nadie considera esencial) y sin embargo no son asociaciones, los “clubs de compras” son estructuralmente idénticos a ellas pero no son sociedades cooperativas y la propia “sociedad accidental o en participación”, en otros países, no es considerada una sociedad, y en nuestro Código Civil fue suprimida entre los tipos societarios.

La falta de estabilidad o permanencia, hace innecesaria la injerencia interna en los mecanismos de poder de las demás empresas (aunque haya una empresa líder poderosa). La defensa de esta inde-

pendencia tiende a “personificar” de algún modo el aspecto patrimonial del consorcio (para limitar a ese “cerco” el liderazgo de la socia mayor) y ello ha hecho que se confunda al consorcio con alguna forma de sociedad.

Este tema, lo mismo que la de las Agrupaciones de Colaboración merecen trabajos más extensos. Hace muchos años estamos trabajando en el campo de las agrupaciones temporarias (consorcios) y publicaremos un trabajo sobre el tema.

II- EL DERECHO POSITIVO PARAGUAYO.

1- EL ANTIGUO CÓDIGO DE COMERCIO.

La única referencia que traía el Código de Comercio era la del Art. 354 que trataba de los casos de Asambleas “Especiales” para los cuales se necesitaba un quórum de constitución y una votación especial. Podía incluirse el tema en una Asamblea Ordinaria o Extraordinaria. En cualquier caso, se requería la presencia de socios que representen las tres cuartas partes del capital y el voto favorable de socios presentes que representen la mitad del Capital, para resolver una lista de temas entre los cuales se encontraba en el inc. 3 “Fusión con otra sociedad”.

Ni una palabra más, en todo el Código de Comercio.

2- LA LEY 349 DE COOPERATIVAS.

La Ley de Cooperativas se adelantó con mucho (1961) y bastante ampliamente a la legislación comercial. En el Art. 12 se establece entre las disposiciones que debe contener el estatuto de una cooperativa, “...inc. i) El régimen previsto para la... fusión o liquidación de la sociedad”. En realidad, la ley es bastante reglamentaria, y esta previsión se debe al caso de los asociados ausentes (Art. 62) en la Asamblea que decida la fusión. Los disconformes -lógicamente, presentes- tienen derecho de receso según el mismo artículo. Como era de esperar la decisión se halla incluida entre las atribuciones de

la Asamblea, Art. 41 inc. f) **AUTORIZAR LA FUSIÓN, INTEGRACIÓN O AFILIACIÓN A OTROS ORGANISMOS COOPERATIVISTAS**". La distinción entre **FUSIÓN E INCORPORACIÓN** la hace también en el Art. 52, estableciendo a ambas, como alternativas, entre las causales de disolución de sociedades cooperativas. Además, el Art. 59 (luego de que los anteriores hicieran referencia a la fusión (aquella en la cual desaparecen las dos y nace una tercera), prevé expresamente la **"INCORPORACIÓN DE UNA COOPERATIVA A OTRA DE MAYOR CAPACIDAD"** con el resultado de cancelar la personería de la sociedad incorporada (mismo artículo).

Como una especie de confirmación de lo que hemos dicho sobre la concentración y su aspecto ético y legal, la ley de cooperativas, autoriza a la Dirección de Cooperativismo a **PROMOVER** la fusión de sociedades (Art. 60) la cual se realiza **"A LOS EFECTOS DE ALCANZAR CON MAYOR EFICACIA SUS OBJETIVOS SOCIALES"** (Art. 57) finalidad que deberá surgir de un plan de las operaciones que debe ser aprobado por la Dirección y las Asambleas de las cooperativas afectadas (Art. 57 ya citado). En el Art. 62 se prevé además que tres o más cooperativas a concertar la constitución de centrales cooperativas departamentales o regionales".

3- REFERENCIAS DISPERSAS EN OTRAS LEYES.

El Art. 7 de la Ley 417 de Bancos y otras entidades financieras requiere autorización previa del Banco Central para que estas puedan... "fusionarse, ni absorber..." La ley 772 de Mercado de valores, Art. 75 se refiere al fenómeno para excluir de la Bolsa las transferencias de acciones "las operaciones con títulos valores a los que se refiere el Art. 10 y aquellos que sin constituir oferta pública tengan por objeto la suscripción de acciones. **LA FUSIÓN** o la transformación de sociedades o transferencias de acciones a título singular".

4- LA LEY DEL COMERCIANTE (1034/1983).

La Ley del Comerciante adelanta a su artículo primero que trata, entre otros objetos, de la COMPETENCIA COMERCIAL y lo hace de los Arts. 105 a 111.

Los Arts. 105 y 106 contienen los principios básicos: Art. 105. La competencia comercial puede ejercerse libremente siempre que no lesione los intereses de la economía nacional y dentro de los límites establecidos por las disposiciones de este Código, las leyes especiales o lo que las partes acordasen contractualmente.

Art. 106. El pacto que limite la competencia será válido si se circunscribe a una zona y actividad determinada y por no más de cinco años, siempre que no tenga por finalidad perjudicar a terceros. Si no se hubiese estipulado plazo o se conviniere uno mayor al establecido en este artículo su duración será de cinco años.

Es poco lo que se puede sacar de estos artículos (y menos de los siguientes). Solo se prevé una posible entente y como se ve no protege solo los intereses de los comerciantes sino también los de la economía nacional. En todo caso, estos y los principios constitucionales pertinentes serán las bases de una legislación antimonopólica futura.

5- EL CÓDIGO CIVIL.

El Código Civil llena la falta de disposiciones relativas a las llamadas formas de reorganización societaria (transformación, fusión, absorción, etc.) que habíamos notado en el antiguo Código de Comercio. Esto salda un débito con el aspecto del Derecho estrictamente Societario.

Los Arts. 1192 y 1194 establecen la distinción clásica entre fusión y absorción:

Art. 1192. Mediante la fusión, dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva, o una de ellas absorbe a la otra u otras que se disuelven sin liquidarse.

La nueva sociedad, o la absorbente, se convierte en titular de los derechos y obligaciones de las disueltas, desde que se formalice el acuerdo de fusión, pero este no es oponible a terceros sino desde que se registre, y previa aprobación del cambio de estatuto de la sociedad anónima afectada por la fusión, en su caso.

Art. 1194. Cuando la fusión se produce por disolución de sociedades se constituirá la nueva conforme a las normas que correspondan.

En caso de absorción, es suficiente el cumplimiento de las normas atinentes a la reforma estatutaria realizada para el cumplimiento del acto.

Los representantes de la sociedad creada o absorbente representarán necesariamente a las disueltas, con la responsabilidad de los liquidadores y sin perjuicio de la propia. El órgano de administración de la sociedad disuelta quedará suspendido en su ejercicio hasta el momento de la constitución definitiva de la sociedad nueva de la ejecución de la absorción.

La defensa básica de los accionistas (el derecho de receso y el mantenimiento de los privilegios que tenía en la sociedad), se halla en el Art. 1195. En caso de fusión rigen las normas sobre derecho de receso y preferencia establecida para casos de transformación.

6- LAS FORMAS DE CONCENTRACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO.

A) LA SUBSIDIARIA TOTAL O INTEGRAL, si por tal se entiende la adquisición del total de acciones de una sociedad por otra, o la constitución de una sociedad de un solo socio, NO ESTÁ PERMITIDA. TODA SOCIEDAD DEBE TENER AL MENOS DOS SOCIOS Art. 959 del CC. No debe confundirse esto con la EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA que no es una sociedad de una sola persona, es solo una empresa unipersonal -de una persona física- con una responsabilidad limitada (ver Ley 1034, y RAÚL

SAPENA PASTOR Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Ed. El Foro, Asunción 1984 pág. 11).

B) GRUPOS, HOLDINGS, SOCIEDADES CONTROLADAS, CONTROLANTES, PARTICIPACIÓN RECÍPROCA ENTRE SOCIEDADES, RELACIONES CONTRACTUALES DE DEPENDENCIA tenemos solamente el Art. 1074 que estudiaremos más abajo.

C) AGRUPACIONES DE COLABORACIÓN, no están previstas y de ser hechas, deberán usar el método de la FILIAL COMÚN como en Francia, antes de 1967.

Estamos preparando un trabajo sobre este tema.

D) CONSORCIOS: o agrupaciones temporarias, tampoco han merecido la atención del legislador. En ningún modo puede considerarse incluida la figura en las vinculaciones contractuales de las que habla el 1074 pues este se refiere a “sociedades controladas” y ello implica una injerencia interna en los órganos de poder de las sociedades consorciadas, lo que nunca suceden en los consorcios, uniones transitorias, o agrupaciones temporarias, cuando son auténticas.

7- LA HOLDING, LAS SOCIEDADES CONTROLADAS Y LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 1074 DEL CÓDIGO CIVIL.

7.1 CONTEXTO DEL ARTÍCULO 1074.

El Art. 1074 se halla en la sección correspondiente a las sociedades anónimas, y no habla de “las sociedades” como el italiano.

El artículo anterior trata de la protección del capital de las sociedades anónimas y este (el 1074) se presenta como una continuación del tema “Tampoco podrá...”.

7.2 El Art. 1074 del Código Civil tiene dos párrafos y citamos primero el segundo porque define lo que sociedad controlada y no tiene problemas dramáticos de interpretación: “Se consideran SOCIEDADES CONTROLADAS aquellas en las que OTRA SOCIEDAD posee un número de acciones que le asegure la mayoría de los votos

en las asambleas, o aquellas que, en virtud de vínculos contractuales particulares, están bajo la influencia dominante de otra sociedad”. Hay pues dos formas de que una sociedad controle a otras: a) la posesión de acciones suficientes para decidir en sus asambleas y b) “vínculos contractuales” de los que hemos hablado más arriba tomando como ejemplo la AKG de 1965 de Alemania.

En cualquiera de ambos casos hay una SOCIEDAD CONTROLANTE y una CONTROLADA. No por perogrullo sino porque allí está la confusión en el artículo que estudiamos (párrafo primero) aclaramos que, lógicamente, la SOCIEDAD QUE EJERCE CONTROL SOBRE una sociedad “x” se llama CONTROLANTE y no CONTROLADA.

7.3 El primer párrafo del art. 1074 que es el que crea problemas dice:

“Tampoco puede invertir su capital en acciones controladas por ella”.

Esto significa, usando los elementos del segundo párrafo: a) hay una sociedad que posee acciones suficientes para controlar la asamblea de la otra, o que la controla por medio de vínculos contractuales.

b) La sociedad CONTROLANTE no puede invertir SU CAPITAL, en la sociedad CONTROLADA.

¿Cuál es la fuente de este artículo? No hay nada similar en la legislación argentina que es una de las fuentes principales en materia de sociedad anónima. Su fuente evidente, aunque con un retoque que explicaremos, es el Art. 1687 del Anteproyecto de De Gásperi que dice: “Las sociedades no pueden invertir ni aun parcialmente, propio capital en ACCIONES DE LA SOCIEDAD CUYO CONTRALOR EJERCEN O EN LAS OTRAS SOCIEDADES CONTROLADAS POR ELLA...”. Esta redacción no parece ser distinta sino solo más de tallista que la del Código, tal vez a la Comisión Nacional pareció una redundancia, pero si uno lee la apostilla de De Gásperi tiene la im-

presión de que no coincide con el artículo. También surge evidentemente que De Gásperi está convencido que copió textualmente el Art. 2359 del Código Italiano y posiblemente lo hizo y fue traicionado por un dactilógrafo.

El Art. 2359, fuente de ambos artículos citados, dice algo que literalmente es lo CONTRARIO A LO QUE DICE NUESTRO ART. 1074. El Art. 2359 CC. Italiano establece que “Las sociedades no pueden invertir, ni siquiera parcialmente su propio capital en acciones de la SOCIEDAD QUE EJERCITA CONTROL SOBRE ELLA, o de otras sociedades CONTROLADAS POR LA MISMA”.

Nuestro Art. 1074 como vimos, prohíbe a la sociedad A, invertir su propio capital en acciones de la sociedad B (la sociedad controlada). En cambio, el Código italiano prohíbe a la sociedad B -la sociedad controlada- invertir ni siquiera parte de su capital en la sociedad A -LA CONTROLANTE-

La apostilla de De Gásperi, evidentemente convencido que su artículo es idéntico al Italiano dice (cito parcialmente):

Ver: Art. 2359 C. Italiano, sin antecedentes en el C. Italiano de 1882, ni en nuestro C. de Comercio. No estando prohibido que una sociedad por acciones sea socia de otra sociedad o que se convierta en tal por la adquisición de acciones de una sociedad ya constituida o que concurra a constituir la, se ha dado la posibilidad de que se constituyan entidades designadas con el nombre de holding, fenómeno al cual se ha dado en llamadas “afiliación” y, “filiales” a las sociedades derivadas de la matriz. Tal participación, dice Messineo, es permitida, ya que es una operación lícita.

Más otra posibilidad práctica de participación de la sociedad por acciones en otra sociedad es la de constituir varias sociedades por acciones “en cadena”, o sea, sociedades recíprocamente vinculadas. La primera sociedad aporta, para la constitución de la nueva sociedad, una parte de las propias acciones, a cambio de acciones de la nueva sociedad, en cantidad superior a la mitad de su total.

Esta segunda sociedad forma una tercera, con el mismo método y así sucesivamente, hasta que la última termina por tener un capital en su mayor parte constituido de acciones de otras sociedades, o sea, agrega nuestro autor, un capital económicamente cuasi inexistente, al cual llaman los economistas “capital aguado” o diluido, con evidente atentado a la buena fe de los terceros acreedores sociales. Mediante la posesión de la mayoría de las acciones de la primera sociedad de la cadena (holding o sociedad de financiación o financiera), se puede dominar o controlar a las sociedades engendradas por aplicación del método ya explicado, las cuales se llaman sociedades controladas.

Al entender de De Gásperi entonces, el Art. 1074 debería referirse concretamente a las SOCIEDADES EN CADENA o recíprocamente vinculadas. En efecto, en una cita de Grandi hecha por el mismo De Gásperi se lee “Lo que la ley repudia es la inversión del propio capital de dos sociedades en la suscripción RECÍPROCA DE ACCIONES...”.

Pero una cosa es la fuente (De Gásperi) y lo que De Gásperi pensaba que artículo decía-probablemente traicionado por el copista-y otra cosa es lo que dice sin ambigüedades aparentes, nuestro Art. 1074. Debemos pues estudiarlos con objetividad.

En realidad, el artículo en cuestión además de decir exactamente lo contrario, sustituye a dos artículos del Código Italiano que al decir de Francesco Ferrara (Empresarios y Sociedades, pág. 257 # 177) son los “más graves” de los que se “derivan de la agrupación de sociedades”. Ambos artículos tienen el mismo objetivo, prohibir “a las sociedades el constituir o aumentar el capital social mediante la SUSCRIPCIÓN RECÍPROCA DE LAS ACCIONES AUNQUE SEA POR PERSONA INTERPUESTA”. Y explica con suma claridad “Si la sociedad A constituye la sociedad B con capital de un millón de liras y procede después al aumento del PROPIO CAPITAL haciendo que la sociedad B suscriba las acciones de tal aumento, es evidente que desde el punto de vista económico no se ha producido ningún cambio...”.

Por eso De Gásperi, en su apostilla dice que no se prohíben las sociedades controladas. Lo que se busca es según Ferrara, “la integridad del capital en interés de los acreedores”.

Esa integridad del capital se pierde cuando la sociedad A aprovechando su poder en la sociedad B hace que esta INVIERTA SU CAPITAL EN LA SOCIEDAD CONTROLANTE, -siempre en el Código Italiano- en el capital de otras sociedades controladas “por la misma sociedad que ella” (Ferrara, F. Op. y loc. cit.), es decir por la sociedad controlante.

Nada de esto surge de nuestro Art. 1074, el cual dice claramente todo lo contrario: que la sociedad A no puede invertir su capital en la sociedad B.

7.4 CONCLUSIONES.

Tanto De Gásperi como el Código Italiano hablan de “Las sociedades” en general, y nuestro Código como ya lo hicimos notar, incluye el Art. 1074, entre los que tratan de la integridad del capital EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. El Art. 1072 dice que la sociedad (anónima) no puede adquirir sus propias acciones... (en determinados casos y condiciones que explica claramente). El 1073 prohíbe a la sociedad anónima hacer anticipo sobre sus propias acciones... y nuestro artículo, el 1074, para hacer más claro que se sigue refiriendo al mismo tema, comienza diciendo: “Tampoco podrá... (se entiende, la sociedad anónima) invertir su capital en sociedades controladas por ella”.

De este contexto se infiere, a mi parecer, con claridad que: a) El artículo no tiene por objeto reglamentar la concentración empresarial sino solo proteger el capital DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, a tal extremo que no es posible aplicarlo a una sociedad de responsabilidad limitada ni a una comandita por acciones.

b) El artículo solo prohíbe que una sociedad anónima invierta SU CAPITAL y

c) Solo prohíbe que invierta su capital en sociedades CONTROLADAS. Podría entonces constituirse un INVESTMENT TRUST e invertir TODO SU CAPITAL EN ACCIONES DE OTRAS SOCIEDADES EN PORCIONES NO CONTROLANTES (solo como inversión). Si a esto se agrega que las sociedades de “capital abierto” están reglamentadas en la ley 772 del Mercado de valores, se deduce que sería posible constituir una auténtica SOCIEDAD DE INVERSIONES.

d) Como ya lo adelantamos, no existe prohibición de que una S.R.L. o en comandita por acciones se constituya o integre suscripciones futuras con acciones de sociedades controladas por ella.

Estas interpretaciones, son desde luego exegéticas literales, pero desgraciadamente, no existe en toda la legislación ningún artículo análogo. No hay más remedio que hacer este tipo de interpretación pues no hay otros artículos que nos sirvan para integrar la ley en un caso dado. Se puede discutir esta interpretación literal y gramatical con otra del mismo tipo, pero no vemos como recurrir a otras fuentes de derecho. Es un artículo aislado, lacónico, gramaticalmente claro e increíblemente ausente de ambigüedad.

Es evidente que la legislación es deficiente, pues ni siquiera está clara la verdadera intención del anteproyectista: prohibir las sociedades en cadena.

Tampoco está claro qué significa realmente invertir su propio capital. No sabemos por qué se suprimió la frase “ni aun parcialmente” que aparece en De Gásperi y el Código Italiano. Podría significar que lo que prohíbe es la inversión de la TOTALIDAD DE SU PROPIO CAPITAL, pero que puede ser invertido parcialmente. La jurisprudencia y la doctrina lo dirán en el futuro.

La interpretación de este artículo a partir del balance de apertura es bastante complicada, porque el capital es solo un valor abstracto, contable. Lo que realmente existe es el patrimonio, y resulta difícil decir que lo que se invirtió consiste o no en la inversión del “capital”. Podríamos pensar que no se invirtió el capital si pueden

disponerse (venderse dichas acciones sin que el patrimonio neto sea inferior al capital (por ejemplo) una sociedad con un capital de Gs. 100.000.000, que después de vender las acciones en cuestión mantiene su patrimonio neto igual a dicha cifra, pero eso depende del valor coyuntural de los otros bienes del activo.

Es urgente estudiar la reforma de este artículo, para lo cual bastaría con ajustarlo a su fuente italiana. Pero hay que hacer además una ley especial que reglamente las diversas formas de concentración y agrupación.

Asunción, 3 de Mayo de 1988.



El gerente en el Código Civil Paraguayo

Mariano Gagliardo¹

Planteo y delimitaciones del tema. Analizaré desde una óptica estrictamente legal, autónoma y funcional, la figura del gerente en la sociedad anónima paraguaya.

Vigente el Código de Comercio, el Art. 344, posibilitaba a que por “resolución de los estatutos o de la asamblea general, se atribuyera la parte ejecutiva de las operaciones sociales a un gerente...”.

A propósito de ello, el Profesor Luis A. Argaña², señalaba que el gerente era el principal empleado de la sociedad, invistiendo la calidad de factor.

Considero que el enfoque del presente trabajo, será de índole independiente de cualquier otro cargo que aquel desempeñare en la entidad, pues como en otra oportunidad lo remarqué, su caracterización cuando coincide con la tarea de director o bien luego es nombrado administrador, puede -o no- retener aquellas funciones³ con diversas proyecciones.

La regulación legal del gerente. El Código Civil Paraguayo, carece de una disposición específica que lo contemple, tal como acontece con la ley de Sociedades Comerciales argentina, N° 19.550, citada como uno de los antecedentes de aquel ordenamiento jurídico.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 23-1988.

² Argaña Luis A., Tratado de Derecho Mercantil, ed. El Foro, reedición Asunción, 1983, tomo II, pág. 183.

³ Gagliardo Mariano, El Directorio de la Sociedad Anónima, y su administración calificada, Correo Comercial, Asunción del Paraguay, viernes 29 de abril de 1988.

En efecto, la ley 19.550 en su Art. 270 dispone: **Gerentes. El directorio puede designar gerentes generales o especiales, sean directores o no, revocables libremente, en quienes puede delegar las funciones ejecutivas de la administración. Responden ante la sociedad y los terceros por el desempeño de su cargo en la misma forma y extensión que los directores. Su designación no excluye la responsabilidad de los directores**".

No obstante, los Art. 1086, 1087 y 1104, mencionan expresamente a los "gerentes generales" o simplemente a los "gerentes", cuando establecen el derecho y obligación que les compete de asistir con voz a todas las asambleas, reglamentando su poder votativo; restricción para votar en los actos relacionados con su gestión y, en el catálogo de inhabilidades para actuar la función gerencial.

He consultado⁴ las fuentes próximas del Código Civil -minucioso trabajo realizado por el Dr. Raúl Sapena Pastor- y del mismo, en función del contexto de los preceptos citados, surge en mi opinión, que las dos primeras normas citadas, son aplicables también al gerente-director o bien quien, desempeñando el estado de socio, fuere gerente, el Art. 1104, por su parte, lo regula de manera autónoma en virtud de las incapacidades que para la tarea les impone.

La ausencia de una disposición expresa, no obsta a la existencia del cargo y las funciones, aspecto que seguidamente esbozaré.

La función del gerente. La creciente complejidad en la organización de la moderna sociedad anónima, a fin de desarrollar el objeto social, ha llevado a distinguir en la administración las esferas de gestión y la de dirección.

La gestión se conforma por un conjunto de operaciones fundamentales de la política empresarial.

⁴ Sapena Pastor Raúl, Fuentes próximas del Código Civil, ed. El Foro, República del Paraguay, 1986, pág. 200/1 de donde se concluye que los antecedentes comparatistas de dichos preceptos son los Arts. 240, 241, 264, ley 19550.

La dirección, por su parte, atiende a la ejecución o puesta en práctica de la orientación general formulada por la administración.

Se advierten pues dos notas sobresalientes.

La primera es que la organización de la sociedad posibilita una adecuada explotación de la empresa.

En segundo término, la delegación de funciones configura un rasgo típico de la moderna sociedad anónima.

Las dificultades se presentan cuando deben efectuarse distinguos en el ámbito jurídico, pues las delimitaciones no resultan tan nítidas.

A pesar de ello, precisaré en lo posible, sus caracteres y funciones.

La figura del gerente -cargo unipersonal-, significa que es un mero transmisor o ejecutor ante terceros de la voluntad del órgano.

La diversa actividad administrativa delegada que despliegan los gerentes, en aras a una mejor distribución de tareas entre los directores para el logro del objeto social, determinan respecto de la sociedad, una relación de dependencia.

En primer lugar, la presencia de tal persona de existencia visible o física, es de carácter potestativo o voluntario y, su actuación puede ser por previsión del estatuto, resolución asamblearia o bien por decisión del directorio obrando como cuerpo colegiado.

El segundo aspecto que lo caracteriza es la continuidad en el cargo.

Teniendo en cuenta ello, la jurisprudencia ha resuelto⁵, que la continuidad y permanencia de la gestión del directorio no implica que, ante la designación de un gerente, se releve a los directores de una sociedad de las responsabilidades inherentes al cargo.

⁵ La Ley 153 = 443.

En orden a la naturaleza jurídica del tipo a que me estoy refiriendo, destaco que contiene los caracteres de un arrendatario de servicios, existiendo una subordinación jurídica para con la sociedad, a través del directorio y, es frecuente que se le confieran el ejercicio de determinados actos, mediante un apoderamiento general o especial.

Por ser un empleado calificado de la sociedad, no puede delegar sus funciones y aún cuando su nombramiento fuere por una resolución del órgano de gobierno, es revocable por el directorio.

La Ley de Sociedades argentina en tal orden de ideas, establece en el Art. 270 que las funciones ejecutivas de la administración, pueden ser delegadas por el directorio en gerentes generales o especiales.

Es decir que, en cualquier hipótesis, las funciones del gerente son ejecutivas y debe cumplir las decisiones del directorio o asamblea, sin poder juzgar acerca de la inconveniencia u oportunidad de las mismas.

La unipersonalidad en el cargo hace al análisis de su responsabilidad y puede coexistir con gerentes generales con funciones jerarquizadas (actos ordinarios en la faz operativa y empresaria) o bien con gerentes especiales, cuyas tareas son de índole concreta.

Las atribuciones gerenciales pueden ser diversas y sin agotar su enumeración, anoto las siguientes: a) ejecutar los acuerdos del directorio; b) cumplir con las resoluciones de la asamblea de accionistas en todo aquello que no fuere privativo del directorio; c) nombrar y remover personal, en la medida que no fuere necesario la conformidad del directorio; d) realizar los demás actos genéricos o específicos para los que fuere apoderado.

La vinculación del gerente con la sociedad, es de orden contractual con las particularidades señaladas y el acuerdo puede ser de plazo determinado o bien indeterminado, obviamente de naturaleza oneroso.

La cesación intempestiva en el cargo, resuelta por la sociedad, habilita al gerente a formular el reclamo pertinente en la esfera laboral, y en subsidio según las normas comunes.

Según la índole de las infracciones cometidas, el gerente aún actuando en la función, es responsable frente a terceros y la sociedad y, en lo pertinente, le serán aplicables las disposiciones del Código Civil en relación análoga a la obligación de responder impuestas a los administradores.



Análisis y crítica al artículo 165 del Código Civil

Luis A. Irun Brusquetti¹

SUMARIO

I – INTRODUCCIÓN

II- ART. 165 DEL COD. CIVIL: Generalidades

III- TRATAMIENTO DE LA PRIMERA HIPÓTESIS

a) Matrimonio: disolución. Concepto

b) Disolución del matrimonio: carácter

c) Efectos de la disolución en el extranjero

IV- TRATAMIENTO DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS

a) Derecho aplicable a la disolución: sistemas

b) Sistema del Cód. Civil.

c) Causales de disolución: derecho aplicable

V- TRATAMIENTO DE LA TERCERA HIPÓTESIS

a) Matrimonio posterior a la disolución en el Paraguay: validez

b) Matrimonio posterior a la disolución en el extranjero: validez. Efectos

VI- CONCLUSIÓN

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 23-1988.

I- INTRODUCCION

A estar por los términos del Art. 165 del Cód. Civil, disuelto en el extranjero un matrimonio celebrado en la República, el matrimonio a posteriori que pudiera contraerse en otro país sería válido, puesto que la prohibición de la norma solo hace referencia a que este matrimonio se celebre en la República. Sin embargo, una interpretación sistemática de las disposiciones del Código que le fuera aplicable autorizaría a arribar a una conclusión negativa, según veremos.

Plantearíase el conflicto de leyes cuando la causal invocada en el extranjero no fuera admitida como válida por nuestro ordenamiento jurídico. En estos casos, surgirían las interrogantes: ¿Qué validez tiene la disolución? ¿Autorizaría a cualquiera de los cónyuges a contraer nuevo matrimonio? ¿Qué alcance y límites deben asignarse a este matrimonio?, etc.

Una respuesta coherente requiere de un análisis sistemático de la cuestión, debiendo al efecto tenerse en cuenta, según que: a) el matrimonio celebrado en la República del Paraguay se hubiera disuelto en país signatario de los Tratados de Montevideo; b) el matrimonio celebrado en la República del Paraguay se haya disuelto en país no signatario de los tratados de Montevideo, etc.

Rigiéndose la primera cuestión por los Tratados de Montevideo, y por constituir su estudio un tema hartamente agotado por los tratadistas argentinos, me limitaré en analizar la segunda hipótesis, que constituye por cierto, en nuestro caso particular, la de mayor interés.

II- ARTÍCULO 165 DEL CÓDIGO CIVIL: Generalidades.

Dispone el citado precepto jurídico: “La disolución en el extranjero de un matrimonio celebrado en la República, no habilitará a ninguno de los cónyuges para volver a casarse en esta, sino de acuerdo con las normas de este Código”.

Admite la citada norma su descomposición en las siguientes hipótesis:

a) Un matrimonio celebrado en la República puede disolverse en nuestro país como en el extranjero;

b) En este último caso, la disolución se regirá por el derecho extranjero; y

c) Esta (la disolución) no habilita a ninguno de los cónyuges para volver a casarse, sino de acuerdo con las normas de este Código, etc.

III- TRATAMIENTO DE LA PRIMERA HIPÓTESIS.

a) Matrimonio: disolución. Concepto.

Entiéndese por disolución del matrimonio “la ruptura del vínculo matrimonial”, que se produce cuando se dan las circunstancias fácticas contempladas por la ley.

Nuestro derecho positivo no admite otra causal de disolución del matrimonio que la muerte de uno de los esposos (Art. 163 del C.C.), salvo los casos de ausencia con presunción de fallecimiento, declaración de muerte, que autorizarían a contraer nuevas nupcias, constituyendo este el criterio predominante en la República Argentina, con antelación a la sanción de la ley de divorcio.

b) Disolución del matrimonio: carácter.

Discútese en doctrina si la disolución del matrimonio constituye una cuestión de orden público interno o internacional.

El Prof. Sapena Pastor entiende que la disolución del matrimonio por divorcio no solamente es una cuestión de orden público, sino que lo es de “orden público internacional”.

A pesar de hacer mención solamente del divorcio como causal de disolución, debería -la regla- hacerse extensiva a las demás causas que pudieran invocarse.

c) Efectos de la disolución en el extranjero.

La sentencia de disolución dictada por el Tribunal extranjero sería válida para el país siempre y cuando se trate del órgano internacional competente según disposiciones de nuestro derecho positivo. Ahora bien, los efectos, extensión, y límites de la sentencia señalada, serán objeto de análisis posterior.

IV- TRATAMIENTO DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS

a) Derecho aplicable a la disolución: sistemas

Los autores han elaborado distintas teorías para establecer el derecho aplicable a la disolución del matrimonio dentro del radio internacional. Así, se han propugnado soluciones como la ley del lugar de celebración, la ley del domicilio matrimonial, la ley personal de los cónyuges, la ley territorial, o lex fori, contando todas con sus sostenedores, y sus fundamentos, no estando exenta de crítica ninguna.

Entre todas las teorías, según el Prof. Sapena Pastor, la que presenta mejores ventajas es la del domicilio matrimonial, puesto que aceptando esta, coincidirían en la generalidad de los casos la legislación territorial, con la de la mera residencia y la del domicilio conyugal.

b) Sistema del Código Civil

Nuestro Código Civil en su Art. 166 admite la ley del domicilio como la aplicable a la disolución del matrimonio dentro del ejido internacional. Esta también constituye la solución propiciada por los Tratados de Montevideo, si bien con algunas variantes.

c) Causales de disolución: derecho aplicable

Ciertos códigos e Institutos internacionales de nombradía han pretendido disociar la ley aplicable a la disolución del matrimonio y a las causales, estableciéndose así la ley del domicilio conyugal para

regir al divorcio, y la ley del lugar en que se solicita para las causales del mismo.

Pero, como expresa el Prof. Sapena Pastor, la disociación es más aparente que real, puesto que ambas se encuentran tan consustanciadas que casi se confunden. Darle un tratamiento diferente sería introducir una mayor incertidumbre en el tratamiento de la cuestión.

V- TRATAMIENTO DE LA TERCERA HIPÓTESIS

a) Matrimonio posterior a la disolución en el Paraguay: validez

Bajo este aspecto la norma del Código Civil al estatuir “no habilitará a ninguno de los cónyuges para volver a casarse en esta, sino de acuerdo con las normas de este Código”, este segundo matrimonio en caso de celebrarse sería nulo, sin perjuicio de considerarse al cónyuge pable como bígamo.

b) Matrimonio posterior a la disolución en el extranjero: validez. Efectos

Habíamos afirmado supra Nº I que la prohibición de la norma del Art. 165 del Código Civil solo hacía referencia a que el matrimonio posterior se celebre en la República, no así al que se contraiga en el extranjero. Asimismo, que una interpretación sistemática podría conducirnos a una solución negativa.

En la República Argentina, los autores también se plantearon estas interrogantes al interpretar el Art. 70 de la L.M.C., fuente próxima de la norma del Art. 165 del C.C., dividiéndose las opiniones en dos corrientes bien diferenciadas: a) Para una primera opinión, el posterior matrimonio contraído en el extranjero luego de disuelto el anterior, carece de validez alguna si la misma no se acomoda a las leyes del país, no estando autorizados ninguno de los cónyuges a contraer nuevo matrimonio ni en el extranjero y mucho menos en la República, produciendo el mismo los efectos de hacer cesar los derechos y obligaciones emergentes del matrimonio, a la par de constituir un

simple concubinato (Llerena, Guastavino, Calandrelli, etc.); b) La segunda, se inclina por admitir la validez de este posterior matrimonio. Piensan que, puesto que la ley dice “no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse”, se entiende que la prohibición solo se refiere a que el matrimonio se celebra en la República, siendo válido si el mismo se celebra en el extranjero (Machado, Lafaille, Vico, etc.).

Entre ambas tesis, la primera se presta menos al matrimonio fraudulento al no admitir que los ex cónyuges puedan casarse posteriormente dentro ni fuera de la República.

Siendo nuestro derecho positivo antidivorcista, al no admitir otra causal de disolución del matrimonio que la muerte de uno de los cónyuges, con la salvedad anotada, cabe pensar que la primera corriente de opinión es admitida, y probablemente la inclusión de los vocablos “en esta” se deba a un error cometido por el legislador al copiar la norma del Art. 70 de la L.M.C.

VI- CONCLUSIÓN

Propugnamos, a fin de evitar interpretaciones equívocas, una nueva redacción de la norma del Art. 165, como sigue:

“La disolución en el extranjero de un matrimonio celebrado en la República, no habilitará a ninguno de los cónyuges para volver a casarse en esta ni en el extranjero, sino de acuerdo con las normas de este Código”.



Doctrina de los propios actos en el Derecho Paraguayo

Carlos Camp Ausina¹

OBJETIVOS:

Por el principio “iura curia novit”, facultad que no solo es atribución sino también deber del órgano jurisdiccional, consideramos que la doctrina de los “propios actos” constituye un argumento válido en derecho. Sostenemos el criterio: que los magistrados, pueden y deben invocar de oficio al fundar sus fallos o dictámenes la doctrina antes citada ya sea en la relación sustancial como en la relación procesal, teniendo en cuenta que lo perseguido por esta doctrina es reprimir, desalentar y destruir la incoherencia en los comportamientos y fundamentaciones de orden jurídico como derivación inmediata del principio de la buena fe.

Debe advertirse, sin embargo, que esta doctrina para ser aplicada correctamente requiere del Juez, capacidad, experiencia, estudio completo y definido del caso a fallar en donde aplicará la citada doctrina, ya que el mismo debe desechar argumentos especulativos y determinar llanamente si la buena fe, ampliamente incorporada, a nuestro derecho positivo, con la sanción del nuevo Código Civil, ha sido violada o conculcada. Se requiere del magistrado, que analice las actitudes de las partes, con el fin de determinar si han ajustado sus conductas a procedimientos coherentes en la realización de sus actos al formular alegaciones en defensa de sus derechos.

Establecida en los párrafos que anteceden los lineamientos básicos y la problemática de la aplicación de esta doctrina desde el punto de vista del órgano judicial, analizaremos esta problemática

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 23-1988.

citada, subdividiéndola en los siguientes títulos. Antecedentes Históricos, partiendo desde el derecho romano, su evolución en derecho español, germánico, argentino, y argentino, y su aplicación actual en nuestro país con remisión a fallos que la consagraron. Asimismo, será objeto de estudio la naturaleza jurídica, su consecuente definición, los límites de aplicación y los requisitos básicos para una aplicación correcta.

ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

En el derecho privado, sus antecedentes se remontan a la época romana, donde, el acto propio del sujeto de toda convención, obliga a sus consecuencias, ya que no es lícito ir contra actos propios procedentes de pactos, porque cada cual debe sufrir la Ley que él mismo se hizo (con sus actos o con sus contratos). Además, en un sentido general, sigue vigente el adagio: “Factum cuique sum, nom adversario nocere debet” (Dig., Lib. 50, tit. XVII, Ley 155, párrafo inicial).

Aclaremos que existían al respecto soluciones parciales o fragmentadas en otros cuerpos legales, pero no una doctrina definida y con perfiles propios.

A comienzo del presente siglo Ervin Riezler en una obra que publica traza por primera vez los perfiles propios de la doctrina que más tarde se llamaría de los “propios actos”.

En el Derecho Civil español se ha desarrollado una doctrina por obra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que aunque no ha concretado un principio general para todos los casos tratados, se puede sintetizar provisoriamente en lo siguiente: A nadie es lícito ir contra sus propios actos cuando estos son expresión del consentimiento de quien los ejecuta y obedecen al designio de crear y modificar, extinguir relaciones de Derecho. Es decir, cuando se trata de actos jurídicos que causan estado, definiendo en una forma inalterable la posición jurídica de su acto.

En el Derecho Alemán también se hace referencia al principio: prohibición del venire contra factum proprium, que consiste en que “a

nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta”, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la Ley, según las buenas costumbres o la buena fe justifican la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando posteriormente choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe (Emecceus) (A. V. S.).

En el Derecho Argentino se inicia su estudio, desarrollo y aplicación en el año 1869, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplica una línea de pensamiento parecida a la española, sosteniendo ya principios que luego formarían parte de la actual doctrina de los “propios actos”.

NATURALEZA JURÍDICA

El Código Civil en su Art. 6, segunda parte, establece: “Si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrían en consideración las disposiciones que regula casos o materias análogas, y en su defecto, acudiré a los principios generales del derecho”.

El Prof. Luis P. Frescura en comentada obra -Introducción a la Ciencia Jurídica, pág. 61 nos define: “Los principios generales del derecho son verdades jurídicas de validez universal, elaboradas por la filosofía, jurídica que sirven de fundamento y límite a toda legislación positiva. En plano filosófico jurídico, tales principios expresan el elemento constante y permanente del derecho y constituyen presupuesto lógico -necesario de igual validez para el derecho público y privado”.

En párrafos anteriores de este trabajo sosteníamos que fue el principio de la buena fe, ampliamente incorporado a nuestro código, y exigíamos condiciones al Juez para defenderlo y apreciar si las partes han ajustado sus conductas, a procedimientos coherentes, esto no es otra cosa sino la doctrina de los propios actos como expresión de la exigencia jurídica.

A esta misma conclusión han llegado numerosos tratadistas nacionales y extranjeros, es decir existe el consenso uniforme en sostener que la doctrina de los “propios actos” no es otra cosa que una derivación inmediata del principio de buena fe.

Es más, estamos de acuerdo, en que dada la importancia adquirida por el desarrollo del principio mencionado se formule en forma autónoma la doctrina de los “propios actos”, que posibilitará determinar e interpretar exactamente el principio general del cual surge con el fin de tomar decisiones en forma categórica en el caso de que el mismo sea conculcado o violado, o en su defecto ajustar el comportamiento de todo ser humano a las formulaciones de fondo y forma, establecidas en la doctrina en formación.

DEFINICIÓN

El diccionario de la Real Academia Española, Edición Espasa Calpe, octubre de 1984, define el vocablo “Acto” (Der.) diciendo: “hecho voluntario que crea, modifica o extingue relaciones de derechos; y a la palabra “Propio” expresando: “perteneciente a facultad exclusiva de disponer de ello característico peculiar de cada persona conveniente y a propósito para un fin”.

Son estas, pues, las definiciones aceptadas por la Real Academia Española de las dos palabras que forman el nombre de esta doctrina.

La Doctrina de los “Propios Actos” -a nuestro criterio- es aquella que se impulsa y adquiere autonomía propia, desarrollando el principio de la buena fe, con el fin de establecer condiciones y requisitos, para que, en los hechos humanos voluntarios lícitos y a los cuales el ordenamiento positivo atribuye el efecto de crear, modificar o extinguir derechos, se sustente en un comportamiento coherente y honesto, de la persona, por exigencia jurídica.

Entendemos que esta definición abarca tanto a los derechos sustanciales como a los derechos procesales; asimismo, contempla la

exigencia jurídica de un comportamiento coherente y honesto, exigencia esta, que es explicable si atendemos el fin que se persigue, es decir el interés general y en beneficio de la convivencia social, igual fin a, nuestro criterio, que el de la ley si analizamos la definición jurídica de la misma que dice: “norma escrita general obligatoria y establece emanada del Poder Público por motivo de interés general y en beneficio, de la convivencia social (Frescura y Candia, Introducción a la Ciencia Jurídica - Pág. 12).

REQUISITOS DOCTRINARIOS PARA SU APLICACIÓN:

Tratadistas como Noemí Nicolau, Augusto Morello, José Luis Amado y Jorge W. Peyrano, coinciden en establecer los siguientes requisitos para la aplicación de esta doctrina:

1- Que un sujeto haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta (activa u omisiva) jurídicamente relevante, no errónea y eficaz que genere en otro sujeto una expectativa seria de comportamiento futuro. A este principio se lo puede llamar de la coherencia y honestidad tanto en lo sustancial, como en lo procesal.

2- Que se ejercite una pretensión contradictoria respecto de un comportamiento precedente atribuible al mismo sujeto o a sus causahabientes, es decir que de la coherencia se pase a la incoherencia debiéndose nuestro criterio apreciar esto con toda claridad tratando de desechar presunciones forzadas con el fin de causar daño puesto que esto es indigno y en consecuencia no puede ser tutelado por el órgano judicial.

3- Que el caso no pueda ser subsumido en otra institución jurídica que posea regulación propia.

Sobre la concurrencia o no de los requisitos mencionados para la aplicación de esta doctrina existe discrepancia entre los autores, ya que el Dr. Peyrano sostiene que no hace falta la “concurrencia acumulativa de todos y cada uno de los diversos recaudos” ya mencionados. Morello y Stighitz más se han “preocupado por deslindar

con cuidado y precisión; la doctrina de los propios actos de figuras susceptibles de ser confundidas con aquellas”, al decir del primer Autor mencionado.

Sostenemos, sin embargo, el criterio, que los tres requisitos se integran y complementan; en ningún caso se excluyen por lo que se deben dar los mismos en forma conjunta para hacer una aplicación correcta y consecuente de esta doctrina, bajo el riesgo que de no procederse de la manera indicada, se podría causar un tremendo daño e incurrir en una grave injusticia.

JURISPRUDENCIA DE NUESTRO DERECHO

Transcribimos a continuación la síntesis de numerosos fallos dictados dictados recientemente por nuestros Tribunales, sobre el tema que nos ocupa:

1- TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS. COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES EN JUICIO. INCOHERENCIA PROCESAL. PRUEBA: El Juez puede deducir argumentos de prueba del comportamiento de las partes en el proceso. La incoherencia procesal entre la pretensión actual del incidentista y su conducta anterior determina en ciertos casos el rechazo de la incidencia. Si el demandado que se encuentra en posesión de los documentos base de la acción, y que por ello solicita el finiquito del juicio, afirma que ha abonado íntegramente la deuda poco tiempo después de la sentencia de remate, como se explica que posteriormente a ello, haya suscrito voluntariamente un escrito admitiendo la vigencia total de la deuda y permitiendo, inclusive, la acumulación de otro juicio aumentando así la suma reclamada.

Aunque el deudor se encuentre en posesión de los documentos base de la acción, la incoherencia o contradicción procesal precedentemente señalada denota terminantemente que nunca pagó la obligación reclamada.

Auto Interlocutorio N° 517 de fecha 30 de diciembre de 1986. Juicio: Banco Do Brasil S.A. c/ Eduardo Ibanda y otra s/ cobro de guaraníes.

Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 4ª Sala, Fuente: Gaceta Judicial N° 18 Año 1987 pág. 430.

2- CONDUCTA DE LAS PARTES: Analizar la conducta de las partes en la litis a la luz de la doctrina de los propios actos, conduce a resaltar algunas incoherencias que no les son propicias.

Acuerdo y Sentencia N° 86 de fecha 28 de octubre de 1986. Juicio: “Concepción Benítez Vda. de Escobar c/ A.N.D.E. s/ Indemnización de daños y perjuicios”.

PREOPINANTE: Dr. Joaquín Irún Grau, integraron el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 5ª Sala los Dres. Luis Mauricio Domínguez y Roque Pedro Miranda.

FUENTE: Gaceta Judicial N° 18, pág. 442.

3- INCONDUCTA DE LAS PARTES ENJUICIADA: La inconducta del Juez enjuiciado en la tramitación del expediente formado contra Vargas Montaña se revela también en la inexcusable manipulación de que fuera objeto el archivamiento de la resolución, con lo que se coronó lo que puede calificarse de parodia de investigación sumarial.

Sentencia Definitiva N° 97 de fecha 6 de mayo de 1985. Juicio: “Denuncia de irregularidades y solicitud de enjuiciamiento en los autos: Juicio: Vargas Montaña s/ Posesión y tráfico de cocaína”.

PREOPINANTE: Dr. Luis María Argaña, con la adhesión de los Dres. Justo Pucheta Ortega, Francisco Pussineri Oddone. La resolución contiene en voto en disidencia del Dr. José Alberto Correa.

FUENTE: Repertorio de Fallos y Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia -Abog. Roberto Ruíz Díaz Labrano- Tomo I -Pág. 90-.

4- DOCTRINA: ACTOS PROPIOS: Conforme a la doctrina desarrollada se afirma hoy día que estamos en presencia de un principio general del derecho, y ello no, es más que una derivación inmediata del principio de la buena fe. Por tal motivo lo que se le pide al Juez es que analice si han mediado conductas “incoherentes” y como tales indignas de ser tuteladas jurídicamente.

Acuerdo y Sentencia N° 68 de fecha 5 de agosto de 1986. Juicio: “Ameca Investment Corporación Inc. c/ Ricardo Martín Heisecke Rivarola y Beatriz Artaza de Heisecke s/ Transferencia de cuotas sociales”.

Tribunal de Apelación -4ª Sala. Integraron Dres.: Ivan Cibils Bogado, Raúl Andrada Nogués y Aníbal Cabrera Verón.

FUENTE: Gaceta Judicial N° 19 Año 1987, pág. 376.

5- DOCTRINA: ACTOS PROPIOS. CONDUCTA DE LAS PARTES EN JUICIO. APRECIACIÓN JUDICIAL: El comportamiento demostrado por las partes durante la sustanciación del juicio se hallan vinculados siempre a determinadas consecuencias.

El actuar siempre en el proceso con un comportamiento sumiso y leal está demarcando su línea de conducta que el juzgador, al momento de tener que dictar resolución, apreciara para probar los hechos que son materia de controversia.

- Auto Interlocutorio N° 517 de fecha 30 de diciembre de 1986. Juicio: “Banco Do Brasil S.A. c/ Eduardo Ibarrola y otra s/ Cobro de guaraníes”.

Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial 4ª Sala, Integrado por Ivan Cibils Bogado, Raúl Andrada Nogués y Aníbal Cabrera Verón.

FUENTE: Gaceta Judicial No 20 Año 1987, pág. 256.

6- CONSECUENCIA DE LA AFIRMACIÓN DE LOS PROPIOS ACTOS EN MATERIA PENAL: La misma defensa en su es-

crito de inconstitucionalidad reconoce que Rossati está incurso el delito frustrado de exportar esas drogas, 43 kilos, 100 gramos, el pide una revisión del juicio a fin de que se le aplique la pena del Art. 13 de la Ley 357 que sanciona tal delito. Al hacerlo reconoce también que se ha cometido el delito de introducción de dichas drogas al país; para poder exportarlas tuvo que haberlas introducido. No puede exportar lo que no tiene y si lo tiene es porque lo introdujo clandestinamente al país ya que aquí no se produce cocaína (Voto del Dr. Argaña).

Acuerdo y Sentencia N° 286 de fecha 3 de octubre de 1987. Juicio: “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Juan Domingo Viveros Cartes y otros s/ Posesión y tráfico de cocaína en la colonia Estrella, Departamento de Amambay”.

PREOPINANTE: Dr. Luis María Argaña con la adhesión de los Dres. Justo Pucheta Ortega, José Alberto Correa, Francisco Pussineri Oddone y Alexis Frutos Vaesken.

FUENTE: Gaceta Judicial N° 21, Año 1987, pág. 208.

7- DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS. DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE: La doctrina de los actos propios, invocada por el Tribunal de Apelación, constituye un desarrollo fecundo y legítimo del principio de la buena fe ampliamente incorporado a nuestro derecho positivo por el nuevo Código Civil. La conducta honesta y coherente, la que transita por los rectos senderos de la buena fe, es la conducta jurídicamente protegida. La que se desvía de ello, tanto en lo substancial como en lo procesal, es indigna de tutela jurisdiccional. Quien realiza Actos, formula alegaciones o ejerce derechos en forma contradictoria o incoherente con otros por el mismo ejecutado, formulados o ejercidos, autoriza al magistrado a extraer conclusiones desfavorables a los derechos que reclama o cuya declaración pretende (Voto del Dr. Frutos Vaesken).

Acuerdo y Sentencia N° 367 de fecha 24 de diciembre de 1987. Juicio: “Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: “Artefactos de

Papel Universal Ltda. c/ Librerías El Colegio S.A. s/ Cobro de guaraníes”.

PREOPINANTE: Dr. Alexis Frutos Vaesken con la adhesión de los Dres. José Alberto Correa, Francisco Pussineri Oddone, Luis María Argaña y Justo Pucheta Ortega.

FUENTE: Recopilación del autor.

8- INAPLICABILIDAD DE LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS: Una letra de cambio no aceptada o un Acta del Oficial de Justicia, labrada durante el proceso, son instrumentos inhábiles para iniciar una ejecución. Ninguno de tales títulos configura alguno de los supuestos previstos en el Art. 399 del Código ritual, y si sobre la base de la doctrina de los actos propios se pretendiera extraer conclusiones para legitimar y otorgar habilidad a cualquiera de los citados instrumentos, quedaría expedida la vía para lesionar impugnamente el patrimonio de las personas cuya protección constituye un derecho de rango constitucional (Art. 50, Constitución Nacional) (Voto del Dr. Frutos Vaesken).

Acuerdo y Sentencia N° 367 de fecha 24 de diciembre de 1987. Juicio: “Acción de Inconstitucionalidad Juicio: “Artefactos de Papel Universal Ltda. c/ Librerías El Colegio S.A. s/ Cobro de guaraníes”.

PREOPINANTE: Dr. Alexis Frutos Vaesken con la adhesión de los Dres. José Alberto Correa, Francisco Pussineri Oddone, Luis María Argaña y Justo Pucheta Ortega.

FUENTE: Recopilación del autor.



Características de la S.R.L. unipersonal en el derecho societario Alemán

Christian O. Zschocke¹

SUMARIO: I. GENERALIDADES: 1. La sociedad unipersonal. 2. La S.R.L. unipersonal. II. CÓMO SE CONSTITUYE UNA S.R.L. UNIPERSONAL: 1. La reducción de los socios a uno. 2. La constitución con un solo socio. 3. La transformación de una empresa comercial en una S.R.L. III REGLAS ESPECIALES PARA LA S.R.L. UNIPERSONAL: 1. Integración y mantenimiento del capital. 2. El funcionamiento. 3. La “inoponibilidad” de la personalidad jurídica. IV. TIPOS ESPECIALES: 1. La S.R.L. no personal. 2. La S.R.L. y Co. S.C.S. unipersonal y unitaria.

I GENERALIDADES

1. La sociedad unipersonal.

La sociedad unipersonal en la República Federal de Alemania es un fenómeno surgido de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (S. R. L.) unipersonal. Las sociedades de personas no pueden ser unipersonales por su estructura social necesariamente plural: cuando un socio de una sociedad de personas asume todas las cuotas o cuando se reduce el número de los socios a uno, la sociedad, es decir, la relación social y el régimen matrimonial en mano común, se extingue automáticamente, y sin liquidación. El socio que queda continúa como sucesor universal de todos los derechos y obligaciones (véase Art. 142, Código Civil).

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 23-1988.

La sociedad anónima (S.A.) unipersonal es posible (véase Art. 319, ley de S.A.) pero no es común. La constitución de una S.A. unipersonal es imposible. Se necesitan por lo menos cinco personas para fundarla (Art. 2º, ley de S. A.).

Solo la S.R.L., desde la reforma de 1980, puede ser constituida directamente por una sola persona. También es solo la S.R.L., la que tiene importancia como tipo social unipersonal en Alemania. Me li-mito pues, en lo que sigue, a la exposición de los rasgos de la S.R.L. unipersonal.

2. La S.R.L. unipersonal.

La S.R.L. unipersonal existía ya antes de la reforma de 1980. Pero su constitución con un solo socio estaba prohibida: se constituía entonces una S.R.L. con pluralidad de socios, reduciéndose después su número a uno. Era una práctica común que la jurisprudencia alemana toleraba. Finalmente, en 1980, el legislador alemán decidió admitir la constitución de una S.R.L. unipersonal como tal. El comercio moderno con sus riesgos de responsabilidad requería esta decisión. Más consciente de los riesgos de una tal sociedad en la cual frecuentemente la dirección, participación y esferas patrimoniales separadas se unen en una sola persona, se previeron reglas de protección de los acreedores de la sociedad para conjurar los abusos que podrían resultar de su utilización.

En la doctrina alemana, con la reforma de 1980, se acabó la discusión sobre la admisibilidad de una S.R.L. unipersonal. Sigue la discusión sobre los detalles y los mecanismos de protección, especialmente, los casos de desestimación de la personalidad jurídica.

En la práctica comercial se utiliza la S.R.L. para una gran variedad de fines, desde el comercio pequeño hasta los tipos combinados y los grupos de sociedades. Es un instrumento flexible y práctico: sobre un total de 350.000 S.R.L. constituidas en Alemania, entre 50.000 y 60.000 son unipersonales.

CARACTERISTICAS DE LA S.R.L. UNIPERSONAL EN EL DERECHO SOCIETARIO ALEMÁN

Técnicamente las reglas de la S.R.L. común, es decir pluripersonal, se aplican también a la S.R.L. unipersonal. Para aquélla existen solo algunas disposiciones adicionales. Me limito aquí a la exposición de estas reglas especiales (las características generales del tipo se encuentran descriptas en el estudio que publiqué en ED, 122-965).

II COMO SE CONSTITUYE UNA S.R.L. UNIPERSONAL

1. La reducción de los socios a uno.

Una S.R.L. llega a ser unipersonal cuando todas las cuotas se unen en una sola mano. La S.R.L. no se disuelve entonces, sino que continúa sin ningún cambio.

Este es el mecanismo utilizado con anterioridad a la reforma de 1980: se constituía una S.R.L. con un socio “aparente” que prestaba su nombre durante el iter constitutivo de la sociedad y cedía después su cuota al verdadero socio que quedaba, así como único socio. Esta forma de constitución de una S.R.L. unipersonal es todavía posible pero poco utilizada. Según ya quedó dicho, la constitución con un socio aparente ya era tolerada antes de 1980, por los tribunales alemanes; y tal procedimiento puede ser considerado como una etapa intermedia o preparatoria hacia la permisividad de la directa constitución unipersonal.

2. La constitución con un solo socio.

a) Dice el Art. 1º de la ley de S.R.L. que una sola persona puede constituir una S.R.L. En este caso, el contrato social no es más que una declaración de voluntad unilateral del futuro socio único. Debe ser manifestada ante un escribano público. Si la ley sigue hablando de un “contrato social” es por una suerte de comodidad verbal y porque la “declaración” produce los efectos del contrato social de la S.R.L. pluripersonal. Con la prestación de esta “declaración” la S.R.L. unipersonal es -según la mayoría de la doctrina alemana- considerada como constituida (“S.R.L. unipersonal en formación”). Dicha doctrina mayoritaria considera la S.R.L. unipersonal en formación como un sujeto de derechos y de obligaciones, que puede actuar y

guarda correspondencia con la S.R.L. pluripersonal en formación, que es considerada como una forma de sociedad en mano común.

La S.R.L. unipersonal en formación puede designar gerentes, puede estar en juicio y, según alguna doctrina, incluso inscribir propiedades. Fundadores pueden ser personas físicas, jurídicas y sociedades en mano común.

Antes de la inscripción en el Registro Público de Comercio, el socio debe integrar sus aportes en dinero totalmente o un mínimo de un 25% si asegura la integración del 75% restante (Arts. 7º, II, 3; 8º, II; 2 ley de S.R.L.). Los aportes en especie deben ser integrados en su totalidad, de la misma manera que en la S.R.L. común (Art. 7º, III; ley de S.R.L.). Para la ejecución forzada del patrimonio de la S.R.L. unipersonal en formación, se necesita un título contra aquélla.

b) El régimen de responsabilidad de la S.R.L. unipersonal en formación es todavía objeto de discusiones doctrinales: principalmente rigen las reglas de la S.R.L. común. Responden entonces por las obligaciones de la S.R.L. unipersonal en formación, en primer lugar, la misma S.R.L. que como hemos visto más arriba- puede ser portadora de derechos y obligaciones. En segundo lugar, responde el que actuaba por la sociedad en formación (Art. 11, II, ley de S.R.L.) y el fundador de manera ilimitada. Hay opiniones doctrinarias que quieren limitar la responsabilidad del fundador.

c) Con la inscripción en el Registro Público de Comercio, la S.R.L. llega a ser persona jurídica (Art. 11, I, ley de S. R. L.). Todos los derechos y obligaciones de la S.R.L. en formación son entonces asumidos por la S.R.L. La responsabilidad de los actuantes y del fundador se extingue. Continúa solo una responsabilidad del fundador en la medida en que el capital de la S.R.L., en el momento de la inscripción, hubiese sido menoscabado. En este caso, él debe restituir el faltante para alcanzar el capital inicial.

ch) Objeto de polémica son las consecuencias de una no inscripción de la S.R.L. o de un fracaso de la fundación. Según las reglas generales, la S.R.L. debería ser liquidada. En la S.R.L. unipersonal,

CARACTERISTICAS DE LA S.R.L. UNIPERSONAL
EN EL DERECHO SOCIETARIO ALEMÁN

existe el peligro de que el fundador, que es regularmente el liquidador (véase Art. 66, I, ley de S.R.L.), no lleve la liquidación a cabo. Por esta causa, una parte de la doctrina sostiene que la S.R.L. unipersonal se disuelve automáticamente con la no inscripción, recayendo de pleno derecho su patrimonio en el fundador.

d) Existen reglas especiales para la S.R.L. unipersonal respecto de la integración y protección del capital. En la S.R.L. unipersonal falta el control interno entre los socios y la responsabilidad subsidiaria de los socios para la integración de los aportes de los demás (Art. 24, ley de S.R.L.). Por esto, el socio único tiene que integrar la totalidad de sus aportes en dinero y no solamente un 25% o debe por lo menos garantizar la integración del restante 75% a la sociedad (Art. 7º, II, 3, ley de S.R.L.).

3. La transformación de una empresa comercial en una S.R.L.

a) Según el Art. 56 de la ley de transformación (LDT), un comerciante puede transformar su empresa cuya firma está inscripta en el Registro Público de Comercio en una S.R.L.

Para ello, la empresa necesita tener siquiera un patrimonio activo de 50.000 marcos alemanes o sea el capital mínimo de una S.R.L. alemana. La transformación está prohibida solamente cuando:

- los activos que se transferirán a la nueva S.R.L. importen la totalidad del patrimonio del comerciante, o cuando
- las obligaciones del comerciante excedan el activo (Art. 56 a 2, 50 2 N° 1 y 2, LDT).

Técnicamente, la transformación es una constitución con aportes en especie. En la transformación, la empresa en cuestión se transfiere a la nueva S.R.L., teniendo como particularidad que no se requiere una transferencia separada de los bienes. Todos los bienes y obligaciones se transfieren juntos de pleno derecho (Arts. 56, f, I, 2, LDT). Otra particularidad consiste en que la S.R.L. se constituye con la inscripción, sin la previa existencia de una sociedad en formación (Art. 56, f, I, 1, LDT).

b) La base de la transformación es una declaración de transformación notarial (Art. 56 b, c, LDT) y su posterior inscripción en el Registro Público de Comercio (Art. 56, e, f, LDT). Tratándose de una constitución con aportes en especie es necesario el correspondiente informe, en el que se describirá la situación de la empresa y sus operaciones (Art. 56, d, LDT y 5º IV, ley de S.R.L.). A la declaración de transformación se debe agregar un cuadro, suscripto por el comerciante y certificado por escribano de los activos y las obligaciones aportadas (Art. 56, c, III, 2 y 52, IV, LDT).

Con la inscripción queda constituida la S.R.L. Al mismo tiempo, los activos y obligaciones mencionados en el cuadro anexo a la declaración de transformación, se transfieren de pleno derecho a la S.R.L. (Art. 56, f, I, 1, 2, LTD). La firma del comerciante individual se extingue y será cancelada (Art. 56, f, 3, 4, LTD). También queda extinguida su responsabilidad, con excepción de la inherente a obligaciones anteriores a la transformación. Estas prescriben a los cinco años (Art. 55, II, III, y 56, f, II, LTD).

c) Materia polémica es la relativa a la transmisión de los bienes y obligaciones por el hecho de su constancia en el cuadro anexo a la declaración de transformación. Se acepta este principio para los bienes activos. Pero respecto de las obligaciones existe una discusión. La doctrina minoritaria sostiene que predomina el principio de la continuidad de responsabilidad, esto es, que las responsabilidades siempre recaen sobre la verdadera empresa no pudiendo ser separadas de ella. Según esta opinión, la S.R.L. responde también por las obligaciones anteriores de la empresa transmitida, aunque no estén mencionadas en el cuadro anexo de transformación.

III REGLAS ESPECIALES PARA LA S.R.L. UNIPERSONAL

1. Integración y mantenimiento del capital.

Es obvio que en la S.R.L. unipersonal, las reglas sobre integración y mantenimiento del capital, son de una importancia esencial. A la S.R.L. unipersonal se le aplican primero, las reglas comunes de

CARACTERISTICAS DE LA S.R.L. UNIPERSONAL
EN EL DERECHO SOCIETARIO ALEMÁN

la S.R.L.; v. gr. el Art. 30 de la ley de S.R.L. con su prohibición de restituir el capital o el Art. 32 del mismo cuerpo legal que dispone que las prestaciones del socio en caso de insolvencia de la sociedad son consideradas como capital social, aunque no se hayan efectuado en concepto de aporte. Propia de la S.R.L. unipersonal es la obligación ya mencionada de integrar y garantizar enteramente todos los aportes y no solamente los hechos en especie. Esta regla rige también para los aumentos del capital (Arts. 56 a y 57, II, ley de S.R.L.).

Para evitar un fraude a la ley, dispone el Art. 19, IV, 1 de la ley de S.R.L. que, si se unen todas las cuotas en la mano de un solo socio o si queda un solo socio dentro de los tres primeros años de la inscripción de una S.R.L. en el Registro Público de Comercio, el socio único deberá integrar, dentro de los tres meses de acaecida esa situación los aportes en dinero aún no integrados o bien otorgar una garantía para su integración o vender una parte de las cuotas. Si no lo hace, el juez del registro dispondrá un procedimiento de disolución forzosa de la S.R.L. (Art. 144 b, ley de “jurisdicción voluntaria”). A los fines antedichos, los socios deben notificar al Registro la unificación de cuotas en una sola mano (Art. 19, IV, 2, ley de S.R.L.).

2. El funcionamiento.

a) Cuando el único socio de la S.R.L. es al mismo tiempo el único gerente, se presenta el problema de la “autocontratación”. El gerente debe celebrar en ciertos casos actos jurídicos consigo mismo; por un lado, como representante de la sociedad y, por el otro, como socio único.

Dice el Art. 35 IV de la ley de S.R.L. que en esta hipótesis se aplica el Art. 181 del Código Civil, el cual dispone que la autocontratación está prohibida, salvo que el acto jurídico en cuestión consista en la mera ejecución de una obligación ya existente.

El Art. 35 IV de la ley de S.R.L. es derecho dispositivo. Se puede entonces prever en el contrato social la inaplicabilidad del Art. 181 del Código Civil. En la práctica se soluciona así el problema de la autocontratación. Para ser oponible a terceros, la inaplicabilidad del

Art. 181 del Código Civil debe ser inscripta en el Registro Público de Comercio.

b) Otro problema del funcionamiento interno es el planteado por las resoluciones sociales. Un socio único tiene siempre quorum. Sus resoluciones son siempre unánimes. Puede él entonces, resolver cuando quiera, en cada momento y sin convocación u orden del día (véase Art. 48 II, ley de S.R.L.). Para evitar cualquier manipulación, el Art. 48 III de la ley de S.R.L. dispone que el socio debe hacer constar por escrito todas las resoluciones, inmediatamente después de haberlas tomado y que debe firmarlas.

La doctrina sigue discrepando respecto del problema planteado por el socio que viola este requerimiento de forma. Parece razonable la opinión según la cual las resoluciones favorables al socio, solo serán oponibles a terceros cuando han sido adoptadas cumpliendo la forma requerida por la ley.

c) Finalmente, cabe hacer una referencia al “grupo de la S.R.L. unipersonal”. En esta materia, la doctrina alemana está todavía en el inicio de la discusión. Existe poca jurisprudencia. Generalmente se estiman necesarias reglas de protección de los acreedores, adicionales a las de la S.R.L. común y unipersonal. Una S.R.L. está particularmente expuesta al peligro de ser dominada por otra S.R.L. cuando esta sea su socio único.

Sin entrar en detalles, han sido propuestas las reglas siguientes:

- inoponibilidad de la personalidad jurídica de la S.R.L. dominada, e imputación de una responsabilidad directa a la S.R.L. dominante, o

- presunción de una responsabilidad social del socio dominante respecto de la S.R.L. “hija”, u

- obligación de compensar las pérdidas de la S.R.L. dominada - una aplicación analógica de las reglas del grupo de la S.A.- en los casos del llamado “grupo de hecho calificado”.

3. La “inoponibilidad” de la personalidad jurídica.

a) Otra cuestión que presenta particularidades en la S.R.L. unipersonal es la de la “inoponibilidad” de la personalidad jurídica. Una S.R.L. unipersonal puede ser, aún más fácilmente, objeto de abusos o manipulada que una S.R.L. de dos o más socios. El problema de la “inoponibilidad” no es exclusivo de la S.R.L. unipersonal sino común a todas las sociedades o fondos patrimoniales separados. Incluso en sociedades en mano común se presenta este problema.

Por esta razón y considerando la abundancia de las posiciones tomadas en la doctrina alemana, no puedo entrar aquí en detalles. La jurisprudencia alemana está todavía en plena discusión.

b) Algunos casos se solucionan con la simple interpretación del contrato o con la aplicación del objetivo de la norma correspondiente; v. gr. la regla por la que un socio único no puede adquirir de buena fe un bien de su S.R.L. Esto no es un caso de “inoponibilidad” sino un caso de aplicación de las disposiciones legales existentes.

Los casos de inoponibilidad de la personalidad jurídica son aquellos en los cuales las simples interpretaciones no son suficientes para la solución del caso. Entonces surge la cuestión de la imputación de la responsabilidad al socio único situado detrás de la persona jurídica.

Existe unanimidad en la doctrina sobre la necesidad de criterios precisos para la imputación. Es una cuestión de seguridad jurídica. Lo que va más allá de esta base sigue siendo polémico. Los criterios aludidos son:

- la confusión de esferas patrimoniales;
- el dominio sobre la sociedad;
- la subcapitalización; y
- el abuso de la institución de la personalidad jurídica.

c) El abuso de limitaciones jurídicas de responsabilidad es un problema serio, Esto se demuestra con una simple vista de la estadística concursal: los acreedores quirografarios reciben -en el promedio- una cuota de menos del 5% de sus créditos. Por otro lado, no se debe olvidar que la legislación admite la limitación de responsabilidad y que esto no es malo de por sí. Es peligroso y disminuye asimismo la seguridad jurídica si se traspasan estas limitaciones sin absoluta necesidad.

ch) No quiero dejar de mencionar en este contexto que el problema de la “inoponibilidad” se presenta a veces a favor del socio. Son los casos en los cuales un tercero podría aprovechar de la separación entre el patrimonio del socio como particular y el de la S.R.L. Esto pasaría cuando un tercero viola un contrato con el socio único causando un daño a la S.R.L. En este caso el socio tiene el derecho de resarcimiento, pero no el perjuicio y la sociedad el perjuicio, pero no el derecho de hacerlo valer.

Se discuten las siguientes soluciones:

- la inoponibilidad de la personalidad jurídica a favor del socio;
- la presunción de un perjuicio al socio por la disminución del valor de su cuota social;
- La presunción de un llamado “contrato con efecto protector a favor de terceros”, es decir, la S.R.L. como “tercero protegido” tiene -por esto- también un derecho de resarcimiento;
- el socio está autorizado a hacer valer el perjuicio soportado por la sociedad.

La ventaja de la presunción de un “contrato con efecto protector a favor de terceros” es que el deudor paga en el patrimonio de la sociedad donde, de hecho, ocurrió el perjuicio. Esta solución no ayuda cuando el perjuicio no se produce por una violación de un contrato sino por un delito. En este supuesto no se puede presumir un contrato que protege a la S.R.L.

CARACTERISTICAS DE LA S.R.L. UNIPERSONAL
EN EL DERECHO SOCIETARIO ALEMÁN

Este caso se soluciona proponiendo un desembolso de los perjuicios al socio con la obligación interna de este de transferir el pago recibido a la S.R.L. dañada. En el activo de la S.R.L. estaría el derecho contra su propio socio. Según otra solución, el socio puede demandar el pago del resarcimiento, pero solo respecto del patrimonio de la sociedad. En todo caso, el objetivo debe ser restituir el patrimonio dañado de la S.R.L.

IV TIPOS ESPECIALES

1. La S.R.L. no personal.

Un problema aparte, se presenta cuando una S.R.L. llega a ser la propietaria de todas sus cuotas. Es la llamada “S.R.L. no personal”. Este caso puede entre otros- suceder por herencia, adquisición o reducción del capital o del número de los socios (véase el Art. 33, ley de S.R.L. sobre la adquisición de cuotas propias).

La doctrina mayoritaria alemana considera que una tal S.R.L. no debe subsistir. La constitución y el funcionamiento con sus mecanismos de control presuponen su existencia de un socio ajeno a la propia S.R.L. Además, con la admisión de la S.R.L. no personal se crearía una especie de S.R.L.- fundación. Y se quiere evitar esta confusión de regímenes jurídicos.

Como solución se propone declarar nula la adquisición de la cuota que tiene por resultado la S.R.L. no personal. Así se impediría una S.R.L. no personal desde el principio. Otra solución es la presunción de una causa de disolución para tal S.R.L.

2. La S.R.L. y Co. S.C.S. unipersonal y unitaria

a) Una S.R.L. y Co. S.C.S. unipersonal, es una sociedad en comandita simple (S.C.S.) cuyo socio comanditado es una S.R.L. y cuyo único socio comanditario es propietario de todas las cuotas sociales de la S.R.L. comanditada. De esta manera, una sola persona física o jurídica está detrás de la S.R.L. y Co. S.C.S. unipersonal.

Esta forma social es admitida, ya que no contraviene el requisito de dos personas como mínimo para una sociedad de personas (véase arriba I, 1). Existen dos: la S.R.L. como socio comanditado y el socio comanditario. Los problemas de la autocontratación (véase arriba III, 2.a]) se evitan con la inscripción de la inaplicabilidad del Art. 181 del Código Civil en el Registro Público de Comercio.

b) No se debe confundir la S.R.L. y Co. S.C.S. unipersonal con la S.R.L. y Co. S.C.S. unitaria. Esta última es una S.C.S. con una S.R.L. como socio comanditado único, con la particularidad que la S.C.S. misma tiene todas las cuotas de la S.R.L. comanditada propia. El resultado es que -económicamente existen solo socios comanditarios.

Esta forma se elige para “simplificar” la estructura complicada de la S.R.L. y Co. S.C.S. Se considera también admisible. Pero se puede dudar de su utilidad práctica. Su funcionamiento interno es problemático.



Responsabilidad Médica

José Raúl Torres Kirmser¹

Relación médico-paciente: Naturaleza jurídica. Teorías.

El médico, por la índole misma de su profesión, y para desarrollar responsablemente sus actividades profesionales, debe estar dotado de una cultura general, con experiencia y sólidos y modernos conocimientos de la disciplina que practica.

El pensamiento clásico tuvo en consideración actividades profesionales que ya no son las mismas; ante el desarrollo y progreso tecnológico perdieron efectividad; por tanto, obviamente, requieren nuevas respuestas. Surgen inéditas alternativas, nuevas formas de trabajo que demandan, por sí mismas, un nuevo enfoque. Esta realidad, sobre todo en el campo de la medicina, preocupa y obliga, pues las consecuencias de lo que hace u omite el médico, requiere adecuadas fórmulas legales. En este dominio de las ciencias de la salud, en las que el tecnicismo toma un sitio más importante, los casos de aplicación de las leyes fija, además, sus límites.

En general la actividad profesional y en particular el ejercicio de la medicina, causan efectos jurídicos: en primer lugar, con la persona que requiere sus servicios; en segundo lugar, el vínculo así establecido crea deberes, derechos y también responsabilidades, aspecto este que constituye uno de los campos más importantes del Derecho; y, en tercer lugar, ese vínculo tendría relación con terceros, extraños y ajenos al contrato bilateral. De modo que, de las diversas partes con las cuales quedarse vinculado el médico, puede surgir responsabilidades.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 24-1988.

Doctor en Ciencias Jurídicas, presidente del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 3ª Sala – Capital.

En cuanto a la naturaleza jurídica del acto profesional del médico, se destacan dos corrientes doctrinarias. La primera sostiene que tal acto poco o nada tiene que ver con los contratos, y, la obligación de indemnizar surge por la sola existencia del hecho dañoso, que se produce en cualquier actividad humana, pero al margen de toda relación jurídica entre el dañador y la víctima. La segunda, a la inversa, estima que ese acto es de índole convencional o contractual y, por todo, el deber de indemnizar deriva de otro deber: el de cumplir un pacto, que ha sido infringido.

En la actualidad, sin embargo, surgen opiniones contrarias a esa dicotomía entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Hay tratadistas que afirman que esta es una diferencia basada en condiciones puramente históricas. En ambos casos se trata de reparar el daño que la conducta del obligado causó en el patrimonio ajeno, con independencia de las circunstancias que a ese daño rodearon, por lo tanto –sostienen– procede construir una teoría unitaria de la responsabilidad, cual quiera sea su origen².

Por muy atendibles que sean, en pura teoría, las razones anteriores, lo cierto es que la ley atribuye un trato diferente al hecho de incumplir un pacto o al de ocasionar un daño al margen de una relación jurídica previa.

Las consecuencias prácticas, provenientes de una u otra forma de responsabilidad, son las que se refiere al plazo de prescripción de las acciones, a la extensión del resarcimiento, a la carga de la prueba, etc.

En efecto, las acciones de daños y perjuicios derivadas de los contratos, salvo casos especiales, prescriben a los diez años; se rigen por la prescripción general de las acciones personales estatuida en el

² Rubio García Mina, LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO. Madrid, 1971, pág. 40/49.

Art. 659 inc. e) del Código Civil. En cambio, la responsabilidad extracontractual prescribe a los dos años conforme a lo dispuesto en el Art. 663 inc. f) del Código Civil.

En cuanto a la reparación, si el incumplimiento es contractual y culposo, el resarcimiento de los daños e intereses alcanza solo como regla a las consecuencias inmediatas y necesarias (Art. 425 del Código Civil).

Si la inejecución de las obligaciones resulta del dolo del deudor –malicia, intención deliberada de dañar los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas. En materia de ilícitos, la reparación comprende las consecuencias inmediatas, las mediatas y, excepcionalmente, las casuales. (Arts. 425 y 1856 Código Civil).

En cuanto a la carga de la prueba de la culpa, en la responsabilidad extracontractual, recae generalmente sobre el perjudicado – salvo las numerosas excepciones de responsabilidad presunta – mientras en la responsabilidad contractual, la culpa siempre se presume en el que incumple la obligación, que es quien deberá probar que el incumplimiento se produjo por causas no imputables al mismo, por exigencia del Art. 424 in fine del Código Civil.

La doctrina ha observado que la aludida diferencia desaparece en las obligaciones de medio, en las cuales el deudor no ha prometido un resultado determinado, sino que se ha limitado a prometer el uso de determinados medios y de la debida diligencia en vista de alcanzar un resultado que no puede ser garantizado por el deduro, por hallarse vinculado a factores parcialmente independientes de su voluntad. En esos supuestos, el resultado negativo constituye incumplimiento de la obligación, y cesará sobre el acreedor la carga de probar que el resultado negativo fue debido a la culpa del obligado.

Debe también indicarse como elemento diferencial, que es presupuesto de la responsabilidad contractual, la capacidad para obligarse y que tal capacidad es diversa de la necesaria para que surja una responsabilidad extracontractual.

Teoría extracontractualista

De acuerdo a esta doctrina, el profesional contrae obligaciones para con el público al que ofrece sus servicios, que alcanzan verdadera importancia social, en atención a la capacidad intelectual que detenta y que, se supone, lo pone a cubierto de cualquier acto de impericia o negligencia.

El cliente se halla vinculado al profesional a través de una obligación legal “sui generis”, cuyo incumplimiento en el orden técnico hace emerger una responsabilidad aquiliana.

Cuando los profesionales actúan con impericia, responden como en los casos de obligaciones derivadas de los delitos. Aubry y Rau estiman que los actos realizados por los profesionales no constituyen el objeto de una convención, en el sentido de que quien los promete no está civilmente obligado a la ejecución de la promesa, sino que engendra responsabilidad extracontractual emanada de su culpa³.

La jurisprudencia francesa, anterior al año 1936, interpretando el Art. 1318 del Código de Napoleón, consideraba como de naturaleza extracontractual la responsabilidad emergente de la relación médico-paciente. Algunos autores sostenían que el médico tiene una independencia total en el ejercicio de su profesión, de modo que su mal desempeño lo hace incurrir en culpa aquiliana, o bien, como señalan otros tratadistas, la obligación del profesional es de carácter legal, cuyo incumplimiento, en el orden interno, hace surgir la responsabilidad extracontractual. “En este sentido se fueron pronunciando nuestros tribunales -dice Yungano- en los pocos casos en que tuvieron que intervenir. Sin embargo, la Cámara Civil 2ª, de la Capital “in re” Acosta, Elena Casusa de c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, en fallo del 17 de abril de 1941 modificó sustancialmente el criterio y estableció que “La responsabilidad emergente del ejercicio de la medicina es de carácter contractual. Solo excepcionalmente es

³ Aubry y Rau. COURS DE DROIT CIVIL FRANCAIS, t. IV, pág. 314, par. 34, París, 1971.

de carácter delictual o cuasidelictual, cuando el médico comete delitos del derecho criminal o viola disposiciones reglamentarias de su profesión”⁴. Este fallo sentó jurisprudencia y los magistrados en la Argentina sostienen, de un modo más o menos uniforme, el criterio de la responsabilidad contractual.

Yungano comenta: “También con anterioridad a nuestro fallo de 1941 la jurisprudencia francesa había girado su criterio de valoración en el largo proceso Mercier -no siempre fielmente reproducido entre nosotros- (Dalloz Per. 1936. la parte, 88) según el cual entre médico y cliente se forma un verdadero contrato que si bien no impone curar al enfermo crea la obligación de proporcionar los cuidados adecuados, generando su incumplimiento una responsabilidad también contractual”⁵.

Doctrinas contractualistas

La relación médico-paciente, tanto para el profesional autónomo como para las organizaciones hospitalarias, privadas o públicas, emerge de una condición contractual; pero, antes de ahora, se pretendía que la responsabilidad de los profesionales que ejercen la medicina era cuasidelictual porque surge, precisamente, de la culpa engendrada en el desempeño de la correspondiente actividad, ajena al contrato celebrado con el cliente. A esta situación Colombo ha objetado, con acierto, que si el facultativo tiene derecho a percibir sus emolumentos en virtud de ese contrato, no es lógico que el derecho del enfermo a la indemnización por los daños derivados de la incorrecta ejecución de la convención emane de una fuente distinta y sobre todo, no hay motivo alguno para establecer una distinción entre aquella culpa y la originada en el cumplimiento de esa convención,

⁴ Yungano-López Bolodo-Poggi-Bruno, RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982, pág. 33.

⁵ Yungano, Op. cit. pág. 34.

evitando así las serias confusiones que surgirían de la dificultad de circunscribir las zonas de influencia de una y otra⁶.

En la mayoría de los casos, no hay un contrato escrito y suscripto entre el médico y el paciente, lo que no obsta, que por el solo hecho de la consulta profesional se deriva la obligación contractual.

El médico, por el solo hecho de abrir un consultorio o de colocar en su residencia o en el lugar de su trabajo una placa profesional, está ofreciendo servicios; y, si un paciente, aceptando esta oferta, este ofrecimiento, se dirige a él para recibir atención, el contrato quedará establecido, aunque fuere bajo la forma de un contrato de adhesión.

Este es un contrato esencialmente concluido intuitu personae, aún sea de manera desigual para las dos partes. El paciente elige a su médico, en razón de la confianza que, por diversas razones, le inspira. Esta confianza es el fundamento, la razón de ser, del principio de libre elección al que la medicina privada se aferra firmemente. En cambio, el médico, a su vez, tiene cierta libertad para elegir a su paciente. Hay pues en el acto médico un contrato sinalagmático y el médico está en libertad – fuera de los casos de urgencia o aquellos que implican deberes de humanidad – de rehusar su atención a un paciente por razones que pueden ser personales, como también profesionales.

Resulta de esta elección intuitu personae, que el contrato médico es anulable; pero, aun así, subsisten ciertas desigualdades. El enfermo puede, en efecto, romper la voluntad, cuando ha perdido confianza en el médico que ha elegido. El médico también puede romper el contrato, pero no puede hacerlo tan libremente, porque solo puede desvincularse de su misión, bajo las siguientes condiciones:

- 1- Si no perjudica con esta decisión a su paciente;

⁶ Leonardo A. Colombo, CULPA AQUILIANA (Cuasidelitos), Tipográfica Editora Argentina, 1947, pág. 278.

2- Asegurand la continuidad de los cuidados, proporcionando, para el efecto, a su reemplazante, todas las informaciones útiles y la historia clínica del enfermo.

El contrato médico, en efecto, en la mayoría de los casos, no se realiza en un plazo determinado. La elaboración del diagnóstico, la indicación del tratamiento se prolonga necesariamente, un tiempo más o menos largo. El contrato médico es pues, en la mayoría de los casos, un contrato continuo, esencialmente personal, normalmente bilateral, en consecuencia, opuesto al contrato unilateral.

La Dra. Graiver sostiene: “Si bien la mayoría de los autores concuerdan en considerar la responsabilidad del médico como contractual, difieren al precisar el tipo de contrato que regula la relación médico-paciente. Queda por establecer si ese contrato está tipificado en nuestro ordenamiento jurídico y, en caso afirmativo, cual es la figura correspondiente”⁷. Sigue diciendo que el contrato médico ha sido caracterizado como mandato, locación de obra, locación de servicios, contrato multiforme o como contrato atípico.

Dentro de la corriente contractualista, como vemos, se perciben diversas teorías:

Teoría del mandato

Del latín *madatum*. Se remonta al Derecho Romano. Por el contrato de mandato una persona acepta de otra, poder para representarla en el manejo de sus intereses o en la ejecución de ciertos actos (Art. 888 Código Civil). El mandato puede ser gratuito u oneroso. El mandato se presume oneroso, salvo convención en contrario (Art. 886 Código Civil).

De acuerdo al derecho romano, las relaciones que se originaban del ejercicio profesional constituían un verdadero mandato, esencialmente gratuito, ya que tales actividades no podían ser objeto de un

⁷ Dra. Ana María Graiver, citada por Achaval Alfredo en RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO, Alfredo Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 219.

contrato de trabajo, propio de los servicios manuales; además, por su índole intelectual no podían dar lugar a la contraprestación de una “merces” o salario.

Entre sus principales expositores se hallan los tratadistas franceses Durantón y Pothier.

Para M. Durantón, era la “naturaleza del negocio” la que debería servir para diferenciar un mandato con salario de una locación de obra o de servicios; así se aceptaba que la convención se reducía a una locación, siempre que se refiriera a un trabajo manual, no así cuando se encomendaba a alguien para que lo representara en la tramitación de un asunto determinado con la promesa de una remuneración, que constituía un verdadero mandato⁸.

Roberto J. Pothier seguía idéntica orientación, pero agregaba que los profesionales tenían derecho a solicitar judicialmente una recompensa a través de la “persecutio extraordinaria” y no de la “actio ex locato”, la cual no constituía el precio de una locación ni de los servicios prestados, inapreciables en dinero por su índole especialísima. Para ello debían tenerse en consideración los usos y costumbres del lugar donde se prestaban esos servicios personales a retribuir. Se fundaba en razones de equidad y de bien público, interesados en que todo aquél que ejerce un trabajo liberal puede sostenerse y satisfacer sus necesidades y las de su familia⁹.

En la actualidad esta teoría ha sido desechada, ya que los médicos, en el ejercicio de su profesión, no ejercen ningún mandato, ni representan a los pacientes, ni realizan actos jurídicos, sin materiales.

⁸ M. Durantón, COURS DE DROIT FRANCAIS, t. XVIII, N° 196, Paris, 1844, pág. 173.

⁹ Roberto J. Pothier, OEUVRES T.V. DU MANDAT, pág. 182, N° 26, París, 1861.

Teoría de la locación de servicios

Según esta teoría, es un contrato por el cual una persona pone sus servicios profesionales a disposición de otra, TRABAJANDO BAJO LA DIRECCIÓN DE ESTA mediante una remuneración llamada salario. Esta figura también es impropia, porque no existe una subordinación del médico al paciente; pero, se la debe considerar en la relación del médico con las entidades asistenciales que requieren sus servicios.

Los partidarios de esta teoría sostienen que las actividades de los profesionales médicos constituyen una verdadera locación de servicios, con la singularidad de que el trabajo que se realiza es de orden intelectual y no manual.

K.S. Zachariae aseveraba que las reglas que gobiernan la locación de servicios deben aplicarse por analogía a las personas que se obligan a realizar a favor de otra u otras algún trabajo “de espíritu o de inteligencia”, retribuido monetariamente, y con ello eludía la tradicional gratuidad del mandato¹⁰.

Clovis Bevilacqua aduce: “Bajo la denominación genérica de locación de servicios (*locatio operarum*) comprende el Código Civil una gran cantidad de prestaciones del trabajo humano. Es el contrato por el cual una persona se obliga a prestar ciertos servicios a otra, mediante una remuneración. Comprende varias especies: el trabajo de los operarios urbanos y rurales, de los artistas, mecánicos y liberales, de los empleados de comercio y de los profesionales como profesores, médicos, abogados (abstracción hecha del mandato)”.

La postura de Bevilacqua es coincidente con la norma contenida en el Art. 1206 del Código Civil brasileño que instituye “toda especie de servicio o trabajo ilícito, material a inmaterial, puede ser contratada mediante retribución”.

¹⁰ K.S. Zachariae, LE DROIT CIVIL FRANCAIS, París, 1858, 1. IV, parr. 707. pág. 400

Héctor Lafaille arguye: “Las actividades de los profesionales, como las del médico o de un abogado, que ponen sus aptitudes intelectuales al servicio de otro mediante una retribución expresa o tácitamente convenida, no importan el ejercicio de un mandato, sino de una locación de servicios¹¹.”

Raimundo Miguel Salvat afirma que existe un servicio prestado y un precio expreso o tácitamente estipulado (Arts. 1627 y 1628 del Código Civil)¹².

Henoch Aguiar se adhiere a la tesis de la locación de servicios para los supuestos en que el trabajo del profesional es remunerado en atención al tiempo de tareas realizadas, independientemente de la obra ejecutada¹³.

Jorge Alberto Riu, afirma que el contrato entre médicos y enfermos, desde el punto de vista del ejercicio profesional, se halla perfectamente definido en el Código Civil como un contrato consensual, y por lo tanto, se constituye en un contrato nominado, que resulta encuadrable en la locación de servicios (Art. 1623 y 1628 Código Civil)¹⁴.

Se cuestiona esta teoría en razón de que en la locación de servicios media subordinación por parte del locador al locatario, mientras que los médicos, en el ejercicio profesional, actúan independientemente, repetimos, sin acatar las órdenes de aquél, en cuanto a la conducta a observar para el mejor aprovechamiento de la actividad de que se trata.

¹¹ Héctor Lafaille, CURSO DE CONTRATOS, Editorial Ariel, 1928, t. II, pág. 284 (10 bis).

¹² Raimundo Miguel Salvat, TRATADO DE DERECHO CIVIL, Fuentes de las obligaciones - contratos, 28 ed., t.III, N° 1749, pág. 121.

¹³ Henoch Aguiar, HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS, Actos ilícitos, Buenos Aires, 1936, t. II, pág. 260 in fine.

¹⁴ Jorge Alberto Riú, RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS, Ed. Lerner, E. Da.S. Buenos Aires, 1981, pág. 59.

Teoría de la locación de obra

En Roma, cabía la distinción entre la “*locatio conductio operis*” y la “*locatio conductio operarum*”, según que se prometiére la prestación de un “opus” o de un servicio¹⁵, distinción que llega a nuestros días y se concreta en la enunciación de diferenciación entre “obligaciones de resultado” y “obligaciones de medio” exhumada del propio Derecho Romano, y expuesta inicialmente por Gabba en su obra “*Nuove questioni di Diritto Civile*”¹⁶.

Una persona se obliga -de acuerdo a este tipo de contrato- a efectuar una obra determinada, para quien le paga un precio fijado por ella. Alsina Atienza, Bueres y otros tratadistas entienden que no necesariamente la locación de obra implica la obtención de un resultado. Cuando el “opus” no tiene un resultado cierto (cirugía de alto riesgo, tratamiento de pacientes con protósticos reservados), lo que se promete es la diligente ejecución del trabajo, pero no la seguridad del restablecimiento de la salud¹⁷. El resultado del tratamiento “queda encuadrado dentro de los medios que el médico debe procurar para lograr la curación, motivo por el cual, aquella terminología resulta equívoca e inadecuada”¹⁸. Bustamante Alsina afirma: “Entre el profesional de la medicina y el enfermo puede existir una locación de obra, si se interprete que el “opus” no es un objeto material sino la prestación del trabajo consistente en la actividad diligente e idónea, sobre la base de las reglas de la medicina”¹⁹.

Se cuestiona esta teoría en razón de que los médicos, en la mayoría de los casos, no comprometen un resultado, como hemos anotado, que es lo que constituye el objeto de la locación de obras.

¹⁵ Eugene Petit, *TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO*, Buenos Aires, 1917, t. I, N° 377, pág. 458.

¹⁶ Gabba, *NUOVE QUESTIONI DI DIRITTO CIVILE*, Turín, 1905, t.I, pág. 209.

¹⁷ Alfredo Achaval, *RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO*, pág. 221.

¹⁸ Yungano, Op. cit. pág. 92.

¹⁹ Bustamante Alsina, citado por Bueres en *RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS*, pág. 51.

Dalmiro Alsina Atienza, al referirse a la relación contractual entre médico y paciente, estima que no cabe respuesta unívoca para encuadrar dicho vínculo entre los contratos de locación de servicios y de obra. Afirma, en la situación más común, que en la prestación de asistencia, tratamiento u operación, como conjuntos unitarios, por precio en dinero, habrá locación de obra (Art. 1493 y concordantes del Código Civil), pero con la importantísima aclaración -que interesa fundamentalmente a los fines de este trabajo- de que el “opus”, tanto puede implicar el resultado favorable (curación o alivio del paciente), como no involucrarlo en modo alguno. Es imposible dar regla general sobre esto; todo se reduce a interpretar la intención de las partes, de acuerdo a las circunstancias (Arts. 1197 y 1198 Código Civil)²⁰.

Jorge Mosset Iturraspe expresa que los servicios prestados por el médico pueden configurar, según las modalidades de la relación creada, una locación de servicio o un contrato multiforme. En su opinión, prima la locación de servicios en la hipótesis corriente de la medicina clínica quirúrgica, en la que el médico no puede asegurar un resultado mediano o definitivo; prima la locación de obras, en hipótesis como la de cirugía no de urgencia, o estética, en la que no existe una necesidad absoluta de intervenir y el médico asegura un resultado final. Prima el contrato de trabajo, cuando la relación exhibe las notas de subordinación jurídica y económica y la de la estabilidad o permanencia. Es el caso del médico que tiene asegurada la estabilidad, cumple horarios, concurre a un lugar de trabajo señalado por el principal y goza de vacaciones y demás beneficios sociales propios de una relación semejante. La relación no es ocasional, sino permanente; aparece bien remarcada la subordinación a las órdenes y directivas sobre lugar, tiempo, etc. Y percibe una remuneración mensual, un salario, lo cual constituye la subordinación económica²¹.

²⁰ Dalmiro Alsina Atienza, LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO. Obligaciones de medio y obligaciones de resultado, J.A.T. t. III, 1958, pág. 587 y sgtes.

²¹ Jorge Mosset Iturraspe, RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO, Ed. Astrea, 1979, Buenos Aires, pág. 104/5.

Spota pone el acento en la subordinación. Afirma que el médico “subordinado a la dirección de un sanatorio para prestar servicios en el mismo” es un locador de servicios. En cambio, aquél que “sin subordinación jurídica practica una intervención quirúrgica o asiste al paciente en una enfermedad” es locador de obra (Op. cit. pág. 228).

El mismo autor, en su trabajo “La locación de obra y la locación de servicio”, publicado en La Ley, T. 26, pág. 318/9, al referirse a las teorías expuestas, expresa cuanto sigue:

1° La locación de obra puede tener por objeto tanto un “opus” material como una obra intelectual, un producto del espíritu humano, o sea, que el esfuerzo de trabajo tienda a un resultado material o inmaterial;

2° La locación de servicios tiene por objeto el trabajo en sí, sea este espiritual o material: el esfuerzo de trabajo o la fuerza de trabajo, con independencia del resultado, es el objeto de la obligación del locador de servicios;

3° La retribución en la locación de obra es, con frecuencia, independiente del tiempo empleado para ejecutar el “opus”, para alcanzar el resultado prometido. En cambio, en la locación de servicios, lo común es que el precio de los mismos se pague “prorrata temporis”.

4° Para alcanzar el resultado prometido por el locador de obra, este es el “arbiter” en la elección de los medios necesarios para obtenerlo. Tal es lo que generalmente acaece, sin perjuicio de que debe someterse a cierto contralor del locatario o de determinados medios dé ejecución. Por el contrario, el locador de servicios, como solo promete su fuerza física o espiritual de trabajo, aun cuando buscando un resultado, depende de las instrucciones, directivas y voluntad del locatario”.

Félix Trigo Represas recalca que existen marcadas diferencias en el régimen legal de unas y otras prestaciones. Así, quien contrata a un profesional puede prescindir de sus servicios sin tener que pagarle todo lo que hubiera podido ganar este de concluir su cometido,

obligación que por el contrario pesa sobre quien encarga a otro una obra (Art. 1638 Código Civil). Y es distinto también en el régimen de la prescripción de honorarios de médicos y cirujanos, boticarios y demás que ejercen la profesión de curar (Art. 4032 Código Civil) y el de la locación de obra en general, que se rige por la prescripción decenal ordinaria del Art. 4023 del Código Civil”²².

Teoría del contrato innominado o atípico

Una fuerte corriente moderna afirma que el contrato que vincula al profesional médico con su cliente constituye un contrato atípico, al cual no se le pueden aplicar con propiedad alguna de aquellas denominaciones clásicas²³.

Se trata, pues, de un contrato singular regulado específicamente. Esta circunstancia podemos notar en el código italiano del año 1942, en sus Arts. 2660 y 2661 y ss, mexicano en su Art. 2606 y suizo en su Art. 361; los cuales, en las referidas disposiciones regulan la institución examinada.

En nuestro Código Civil, sin embargo, no se halla legislado orgánicamente el contrato de trabajo de profesionales médicos; tampoco el Código Sanitario, promulgado por la Ley N° 836 del 15 de diciembre de 1980, lo regula orgánicamente.

Teoría multiforme o variable

Numerosos autores, a los que -en ciertos aspectos- nos hemos referido precedentemente y a los cuales nos adherimos, interpretan que la vinculación entre el profesional médico y el paciente constituye un contrato multiforme o variable (proteiforme).

En efecto, estimamos que en cada relación deben analizarse la voluntad de las partes contratantes y el contenido jurídico de la

²² Félix Trigo Represas, RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES, td. Astrea, 1978, pag. 43/44.

²³ Guillermo A. Borda, CONTRATOS, t. II, pág. 51 y ss, Puig Brutau J., FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL, Bosch, Barcelona, 1954, t. II, Vol. II, pág. 387

misma, a fin de adaptarla a las figuras contractuales típicas o atípicas.

Esta imposición, juzgamos la más acertada y razonable por las dificultades que se presentan en cada caso particular, en cuanto régimen legal aplicable a las relaciones médico-paciente. Todo ello en razón de sus variadas face-tas, de la ausencia de un régimen legal orgánico de la materia en estudio y en virtud de las disposiciones contenidas en los Arts. 6, 669, 670, 845 a 851 y concordantes del Código Civil.

Si bien somos partidarios de la teoría multiforme contractual no podemos desconocer que existen casos de excepción en los que la responsabilidad médica es extra-contractual.

Casos de excepción en los que la responsabilidad médica es extracontractual

En principio constituye una norma general la responsabilidad contractual de los médicos; pero, en toda regla siempre caben las excepciones, y en estos casos la responsabilidad médica se convierte en extracontractual.

Indiscutiblemente, dice Trigo Represas, “existen supuestos especiales en los que no media convención entre el profesional y la víctima, en los cuales la responsabilidad del primero no será contractual”²⁴.

Citaremos algunos casos de excepción:

1- Cuando el servicio se presta sin intervención del favorecido con esta atención, como en el caso de un accidente en el que el médico, casualmente o por otras razones, se halla próximo al lugar del hecho y presta su atención espontánea, humanitariamente.

Bueres comenta así el caso: “El de los servicios médicos requeridos por una persona distinta del paciente, siempre y cuando, por

²⁴ Félix A. Trigo Represas, Op. cita, pág. 49.

lógica, aquella no obligue contractualmente al último en virtud de una representación legal o voluntaria. Esta alternativa es merituada de diferentes maneras por la doctrina, ya que se la explicó mediante la teoría del hecho ilícito o acudiendo a la figura de gestión de negocios. Pensamos, sobre estos, que si el requirente no obró con entera libertad al demandar los servicios por mediar urgencia no puede hablarse de gestión de negocios; en caso contrario, quizá cabría alguna situación circunstancial en la órbita de dicho instituto”²⁵.

2- Cuando el médico actúa, aún contra la voluntad del beneficiario; el caso del suicida socorrido por un facultativo.

3- En la intervención del profesional por imperativos legales. El mismo Bueres también señala: “Si el contrato celebrado entre facultativo y paciente es nulo -latu sensu- por carecer de alguno de sus elementos esenciales o por la presencia de cualquier otro defecto (o vicio) trascendente”²⁶.

4- Cuando el médico ha cometido un delito tipificado por el Código Penal en relación a una persona sea o no cliente. Por ejemplo, si cometiera un homicidio prescribiéndole una supuesta medicación que determinase la muerte del enfermo.

Trigo Represas, comentando algunos de estos casos afirma que la responsabilidad es “extracontractual”, pero no en el sentido atribuido impropriamente por la mayoría de la doctrina a este vocablo que se utiliza exclusivamente para eludir la responsabilidad emergente de los hechos ilícitos; sino solo por oposición a la responsabilidad “contractual”, por existir en ellos un daño causado al violarse derechos ajenos, fuera de toda relación convencional²⁷.

Resumiendo, podríamos decir que la responsabilidad extracontractual emerge de la violación del derecho ajeno cometida por negligencia o dolo del agente, fuera de toda relación convencional y que

²⁵Alberto J. Bueres, RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS, pág. 59

²⁶. Ibidem, pág. 59.

²⁷ Félix A. Trigo Represas, Op. cit., pág. 50.

trae como consecuencia, para el mismo, la obligación de resarcir el perjuicio ocasionado.

Hipótesis de acumulación de responsabilidades

Existen casos de superposición de la responsabilidad contractual y extracontractual. Como sucede cuando el incumplimiento de la obligación contractual deriva asimismo en un delito del derecho criminal. Igualmente hay casos en que el incumplimiento de obligaciones contractuales “simultáneamente configuran una infracción de un deber jurídico, también impuesto por la ley”. Por ejemplo, el médico que, por cualquier razón, deja de asistir a su paciente, sin encomendar su atención a otro profesional o a un servicio público o privado; también se da el caso del médico que emplea procedimientos quirúrgicos o terapéuticos prohibidos por la ley.

No puede negarse en estos y otros casos el carácter contractual y extracontractual de la responsabilidad; y tampoco se puede desconocer la existencia simultánea normas legales violadas, “lo que permite afirmar que frente a la obligación contraída entre el profesional y su cliente, existe otra obligación legal de características sui géneris, cuyo incumplimiento hace emerger la responsabilidad aquiliana del autor independientemente de la responsabilidad contractual que al mismo también le concierne”.

Acuña Anzorena, con su reconocida solvencia y precisión, nos dice que solo en el caso en que el incumplimiento de la obligación degenera en un delito del derecho criminal la aplicación de la responsabilidad delictual es posible, y ello en mérito a que este delito supone, por sí mismo, la violación de un deber legal, independientemente de la mera inejecución del contrato.

Vemos pues que, degenerando la inejecución del contrato, en un delito sancionado por las leyes penales, también surge la responsabilidad por la violación de un deber legal, teniendo, en consecuencia, el damnificado un derecho de opción para ejercitar la acción que más le convenga, para obtener las reparaciones.

Hay tratadistas que sostienen que más que de acumulación de responsabilidades habrá de hablarse de elección entre dos vías de derecho tendiente a la obtención de una sola indemnización fundamentada en una específica relación jurídica²⁸.



²⁸ Ibidem, pág. 55.

La dilación en el Proceso Civil

Dr. Sixto Milciades Rivas Soler¹

En la práctica judicial nos encontramos normalmente ante situaciones en que la conclusión para definitiva de los juicios se dilata excesivamente. Y es probable que una de las causas de esa lentitud se deba a la concepción a ultranza que tenemos de que en el proceso civil, “el procedimiento es de las partes”. Se produce entonces una suerte de descuido en el control del proceso por parte del Juzgador, dejándose exclusivamente a la voluntad de las partes el manejo del mismo.

En esa inteligencia, naturalmente se dan los casos de pedidos, incidentes o excepciones inconducentes que nada tienen que ver con la cuestión que se ventila, pero que agregados o tramitados abulta innecesaria y a veces hasta deliberadamente las fojas del expediente. De ordinario un juicio que debe concluir con 100 a 150 fojas, termina sumando 300 a 400 fojas.

Y no es que el procedimiento sea de las partes; solo que la iniciativa, el estímulo inicial de todo proceso debe ser dado por una demanda de parte que afirme como existente el derecho de acción y es probable que en el curso del pleito se tenga todavía la necesidad de ese estímulo (el impulso procesal privado) para fijar audiencia, para admitir prueba, y así sucesivamente, pero, sin excluir ni coartar la intervención del juez como órgano regulador y purificador del procedimiento.

La doctrina moderna en materia procesal se inclina decididamente hacia una mayor participación del juez civil en la conducción del proceso, fundamentalmente en su ordenamiento, para la efectiva

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 24-1988.

realización del debido proceso. Sin abandonar el sistema de la legalidad que nos rige en materia procesal, debe orientar el procedimiento hacia un método no de libertad procesal, como auspician algunos autores, sino más bien de flexibilidad y que se dió en llamarse en el derecho moderno como “principio de adaptabilidad del procedimiento a la exigencia de la causa”.

Ello significa que la intervención del juez, debe consistir en la adecuación de los actos procesales dentro del cause natural de la cosa discutida, y no deben ser alterados por el juez en perjuicio de las partes, sino en casos de evidentes impertinencias de las presentaciones. Y si lo inoportuno ocurriere, de inmediato debe ser rechazado; claro está, que en esa valoración y rechazo de los escritos impertinentes, debe tenerse cuidado con el principio constitucional de la defensa en juicio.

En algunos casos el excesivo celo en la defensa de la causa puede inconscientemente conducir al litigante o a los litigantes a desarrollar actos impropios; sin embargo, debe admitirse también casos en que deliberada y maliciosamente, buscando una confusión, se echa mano sin escrúpulo a dicho procedimiento.

Desde luego encontrar un justo equilibrio o coordinación en la actividad de las partes y el juez, no puede ser tarea fácil; mientras tanto, el juzgador debe permanecer alerta, despierto en todo el desarrollo del procedimiento, pues al decir de Piero Calamandrei “quien recurre a los jueces no se contenta con ver los actos del procedimiento desenvolverse puntualmente, siguiendo las reglas formales del derecho procesal, sino que aspira a obtener al final una providencia que le de razón según las normas del derecho sustancial. No se sigue un proceso por el gusto estético de ver funcionar sin objeto los mecanismos del procedimiento; para quien busca justicia, es el contenido de la providencia lo que cuenta, no su forma. Instituciones Derecho Procesal Civil, T. I, pág. 368.

Por de pronto encontramos que la dilación del procedimiento tiene entre juez y partes una responsabilidad compartida. Ante tal

situación pedimos a los litigantes, probidad, cordura, celo y lealtad en sus actos procesales. Por nuestra parte, de consumarse el debido proceso, la justicia se verá fortalecida.



Del orden de las sucesiones intestadas

Luis A. Irun Brusquetti¹

1) DE LA SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES

Dice el Art. 2583 del Código Civil Paraguayo: **“Los hijos del autor de la sucesión heredan en partes iguales, sobre los bienes propios”**

Este artículo, correctamente, se refiere a “los hijos” en su sentido genérico, no estableciendo diferenciación alguna entre los matrimoniales y extramatrimoniales.

En el Código de V.S. cuando los hijos legítimos concurren con los naturales en la sucesión del causante, corresponde a estos últimos la cuarta parte de la del hijo legítimo (Véase Art. 3579, la parte).

Preceptúa el Art. 2591, la parte, del Código Civil Paraguayo **“Los hijos y descendientes extramatrimoniales tendrán el mismo derecho hereditario que los matrimoniales sobre los bienes propios del causante”**

En conclusión, la situación de los hijos matrimoniales ha sido equiparada.

2) DE LA SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES

“A falta de descendientes - dice el Art. 2584 del Código Civil Paraguayo heredan los ascendientes, sin perjuicio de los derechos del cónyuge supérstite”.

Establece el Art. 3567 del Código de V.S.: **“A falta de hijos y descendientes legítimos heredan los ascendientes, sin perjuicio de los**

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 24-1988.
Juez de Justicia de Paz Letrada de Encarnación.

derechos declarados en este título a los hijos y descendientes naturales y al cónyuge sobreviviente”.

Si interpretamos la norma del Art. 2584 del Código Civil Paraguayo igualando la condición de los descendientes matrimoniales y extramatrimoniales en la sucesión de los ascendientes, en ningún caso podrán estos concurrir con cualquier descendiente, circunstancia que podría darse en el Código de V.S. cuando concurren los ascendientes legítimos con los hijos naturales, tomando estos y aquellos la mitad del acervo hereditario (Véase Art. 3580).

Preceptúa el Art. 2585 del Código Civil Paraguayo: **“Si el causante dejare padre y madre, lo heredan por partes iguales, y si solo hubiere uno de ellos, recibirá toda la herencia”.**

“En defecto de padre y madre, sucederán los ascendientes más próximos en grado, por partes iguales, aunque fueren de distintas líneas”.

“La vocación hereditaria en la línea ascendente matrimonial o extramatrimonial solo llega hasta el cuarto grado”.

De Gásperi escribe: “La sucesión recíproca entre ascendientes y descendientes, entre padres e hijos legítimos, no necesita defensa. Cosa vieja es lo que en su abono se dijo y es a saber que los padres no deben perder los derechos que les concede la naturaleza, lo que en su vejez o necesidades habían recibido de sus hijos si hubiesen vivido; que lo que la ley otorga a los padres, volverá muy pronto a sus otros hijos, hermanos del difunto” (TRATADO DE DERECHO HEREDITARIO, Tomo III, N° 325, p.53).

Constituye el presente artículo del Código Civil Paraguayo una transcripción casi literal de los Arts. 3568, 3569 del Código de V.S., salvo en su último apartado que importaba una innovación con relación al mismo.

No nos dice el Código de V.S. hasta donde se extiende la vocación hereditaria en la línea ascendente matrimonial, por lo que a

falta de una prohibición expresa de la ley se la puede extender ilimitadamente.

Para nuestro actual Código Civil esta no puede ir más allá del 4° grado. Extenderla solamente hasta este límite ha sido un acierto del legislador, pues en la vida práctica es difícil que puedan existir ascendientes con grados más lejanos, para lo cual se requeriría por parte de los mismos la edad de más de 100 años, amén que no existan descendientes.

3) DE LA SUCESIÓN DE LOS CÓNYUGES

Dice el Art. 2586, inc. a), del Código Civil Paraguayo: **“El derecho hereditario del cónyuge superstite sobre los bienes propios del causante será igual al que corresponda a cada uno de los hijos del autor que concurren con él; ...”**

No se establece ninguna diferenciación por el nuevo Código Civil entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, en la sucesión de los bienes propios del causante, cuando concurren con el viudo o viuda legítima.

Por el Código de V.S. la situación es idéntica cuando se trata de los hijos legítimos (Véase Art. 3570), pero cuando concurren el viudo o viuda y los hijos naturales, el primero toma la mitad de la herencia, y los segundos se reparten la otra mitad. Así, preceptúa el Art. 3578 del Código de V.S.: “Si solo quedase viudo o viuda, los hijos naturales dividirán la herencia por partes iguales, tomando la mitad de ella el viudo o viuda, si los bienes no fuesen gananciales del matrimonio, y la otra mitad el hijo o hijos naturales”.

“El derecho hereditario del cónyuge supérstite -dice- en su inc. b)... será la tercera parte de la herencia si concurren con él los padres del causante, y la mitad, si solo quedara uno de ellos;...”; y en su inc. c) “la mitad, si fallecidos los dos suegros, concurren otros ascendientes;...”

Con esta norma jurídica se ha venido a subsanar la deficiencia de la disposición del Art. 3571 del Código de V.S., el cual se prestaba a muchas injusticias. Establece este Art.: “Si han quedado ascendientes y viudo o viuda, estos últimos concurrirán con los ascendientes a dividir la sucesión por cabeza”.

La división por cabeza de la herencia del cónyuge premuerto por parte de la viuda o viudo y los abuelos o viceabuelos del causante ha llevado a que en muchos casos se tenga que dividir la misma entre 5, 6 o más personas, quedando en estas condiciones al cónyuge supérstite una ínfima parte de la herencia a la cual ha contribuido con su sacrificio a formarla, teniendo que compartirlo con quienes ningún aporte han realizado.

En su último inciso, estatuye el citado Art.: **“El derecho del cónyuge supérstite... será la totalidad, si no existieren descendientes ni ascendientes”**.

Nada agrega este precepto a lo establecido por el Art. 3572 del Código de V.S., salvedad hecha de su ultima parte que dice: “salvo los derechos de los hijos naturales”, que sería inaplicable por la equiparación de los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, según hemos indicado.

Enumera el Art. 2587 del Código Civil Paraguayo los casos en que la sucesión entre los esposos no tendrá lugar. En su primer inciso dice: “cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrar el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los 30 días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una unión de hecho, haya o no hijos”.

Por el Código de V.S. tampoco se heredan los cónyuges cuando hallándose enfermo uno de ellos al celebrar el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes.

Nuestro nuevo Código Civil imbuido de los principios de justicia establece una excepción a esta norma al estatuir que la misma no tendrá aplicación cuando el matrimonio se hubiere celebrado para

regularizar una unión de hecho, haya o no hijos. Esto implica el reconocimiento de nuestra realidad social por parte del legislador, en la cual predominan las uniones de hecho sobre las matrimoniales. Sería injusto, por ejemplo, que a una mujer que ha vivido durante años con un hombre, y que contrae luego matrimonio con este, por perder la vida su cónyuge dentro de los 30 días de celebrarlo este acto, por uno de esos abatares del destino, se le prive de la herencia dejada por su marido, a cuya formación a contribuido con su sacrificio y su amor.

En su segundo inciso dice que la sucesión entre esposos no tendrá lugar **“si se hallasen separados por sentencia judicial, respecto del que hubiere dado causa para ello;”**.

Este precepto no agrega nada lo preceptuado por el Art. 3574 del Código de V.S. La sucesión entre esposos no tendrá lugar, dice el inc. c), **“si lo estuvieren por mutuo consentimiento, o de hecho, sin voluntad de unirse”**.

Constituye una novedad en nuestra legislación el divorcio por mutuo consentimiento, figura jurídica que ha sido adoptada por el nuevo Código Civil Paraguayo.

El Art. 167, primera parte, del Código Civil Paraguayo dice: “Los esposos pueden, cualquiera sea el país donde celebraran su matrimonio, separarse judicialmente de cuerpos por mutuo consentimiento y sin expresion de causa, después de transcurridos dos años de vida marital”.

Comentando este artículo del Prof. Miguel A. Pangrazio escribe: “Es una norma que interpreta la realidad social. Las relaciones entre los cónyuges pueden alterarse por la incompatibilidad de caracteres, por la inconducta, por la indolencia o el vicio. Es razonable facilitar tal reparación y evitar procedimientos injuriosos a los contrayentes que irían en desmedro de ellos y de sus hijos” (Comentario al Código Civil Paraguayo, Tomo I, pág. 247).

No importa novedad alguna este inciso en su segunda parte con respecto al Código de V.S., que en su Art. 3575 dice: “Cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse, estando provisoriamente separados por juez competente”.

Dice el Art. 2588 del Código Civil Paraguayo: **“El cónyuge que concorra con ascendientes, no tendrá parte a título de herencia en los bienes gananciales que hubieren correspondido al causante”.**

La norma de este artículo coincide plenamente con lo establecido por el Art. 3576 del Código de V.S. Dice el mismo: “En todos los casos en que el viudo o la viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes o ascendientes, no tendrá parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto, a título de gananciales del matrimonio con el referido viudo o viuda”.

“El cónyuge que permanece viudo -dice el Art. 2589 del Código Civil Paraguayo - y no tuviere hijos, o que si los tuvo, no sobrevivieren al tiempo en que se abrió la sucesión de sus suegros, tendrá derecho a la tercera parte de los bienes que hubieren correspondido al otro cónyuge en dichas sucesiones”.

Al pie del Art. 3296 de su anteproyecto el Prof. De Gásperi escribe: “Sin antecedentes en el Código Argentino, ni en el anteproyecto de Bibiloni. Solo el Art. 2001 del anteproyecto argentino de 1936 lo consigna. Es, sin duda, una norma justiciera respecto de la viuda que conservando su viudez, y sin hijos al tiempo del fallecimiento de sus suegros, la más veces sin recursos para subsistir, puede concurrir a la sucesión de sus suegros por un derecho que sin ser el de representación, sino propio, a recoger la cuarta parte de los bienes que hubieran correspondido a su difunto marido, si viviera”.

“El cónyuge sobreviviente -dice el Art. 2590 del Código Civil Paraguayo-, cuando concurre con ascendientes, o descendiente sextramatrimoniales, tendrá derecho a una cuarta parte sobre el haber líquido hereditario de gananciales. Este beneficio no existe

cuando el cónyuge concurre con descendientes o ascendientes matrimoniales”.

Habíamos dicho que cuando el cónyuge concurre con ascendientes o descendientes no tiene parte a título de herencia sobre los bienes gananciales del cónyuge premuerto (Véase Art. 2588 Código Civil Paraguay).

El presente artículo constituye una excepción a la regla sentada por el Art. 2588 del Código Civil Paraguay, pues por el mismo si el cónyuge supérstite concurre con ascendientes o descendientes extramatrimoniales tiene derecho a una cuarta parte del haber líquido hereditario de gananciales.

Cuando concurre con ascendientes o descendientes matrimoniales el cónyuge supérstite no recibe nada del haber líquido hereditario de los bienes gananciales que correspondan al cónyuge premuerto.

Al establecer esta norma el legislador ha tenido en consideración nuestra realidad social. Sería injusto que el cónyuge supérstite que ha contribuido a la formación de los bienes gananciales no reciba nada de lo que corresponda al cónyuge premuerto como socio de la sociedad conyugal, y que tenga que ser excluido enteramente por ascendientes o descendientes extramatrimoniales que en nada han colaborado a su constitución. La regla es que estos últimos no vivan con sus progenitores.

4) DE LA SUCESIÓN DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

Dice el Art. 2591, la parte, del Código Civil Procesal **“Los hijos y descendientes extramatrimoniales tendrán el mismo derecho hereditario que los matrimoniales sobre los bienes propios del causante”.**

Como lo comentáramos al pie del Art. 2583, nuestro Código Civil establece la equiparación de los derechos hereditarios de los hijos o descendientes matrimoniales o extramatrimoniales cuando concurren a tomar los bienes propios del causante.

“Con respecto a los bienes gananciales -preceptúa en su segunda parte-, recibirán la mitad de lo que corresponda a los hijos matrimoniales”.

El criterio de lo justo reclama que en estos casos queden preteridos en un 50% de los haberes líquidos gananciales que correspondan a los hijos matrimoniales los descendientes extramatrimoniales en razón de que estos casi nunca contribuyen a la constitución de los bienes gananciales.

“Si aquellos concurren con el cónyuge supérstite y no hubiere hijos matrimoniales, les corresponderá el total del haber hereditario de gananciales, con deducción del veinte y cinco por ciento asignado al cónyuge sobreviviente como beneficio”.

La última parte de este precepto constituye una repetición de lo dispuesto por el Art. 2590 del Código Civil Paraguayo.

5) DE LA SUCESIÓN DE LOS COLATERALES

“No habiendo descendientes, ascendientes ni cónyuge dice el Art. 2592 del Código Civil Paraguayo, herederán los hermanos, y en representación de estos, sus descendientes hasta cuarto grado inclusive, de acuerdo con las reglas de la representación”.

Comentando el Art. 3585 del Código de V.S., que constituye la fuente mediata del presente artículo, escribe el Prof. De Gásperi: “No hace falta agregar que este precepto se refiere solo a los parientes colaterales “legítimos”, por mucho que el adjetivo se haya omitido en este caso. Claro está que al favor de esta omisión pudo decirse que se incluyen los “naturales”, porque no se debe distinguir donde la ley no distingue, ni debe leerse de la ley lo que la ley no dice...” (TRATADO DE DERECHO HEREDITARIO, Tomo III, N° 359, p. 150).

Presenta como novedad este precepto que los derechos hereditarios en la línea colateral se extienden hasta el cuarto grado, modificando en este sentido el Código de V.S. por el cual se prolonga hasta el 6° grado.

Ahora bien, debemos preguntarnos si la palabra “descendiente” debe ser interpretada en su sentido amplio o restringido, es decir debemos incluir en ella a los matrimoniales solamente o también a los extramatrimoniales. Pensamos que como la ley nada distingue al respecto debemos darle una interpretación de carácter amplia comprensiva de ambos.

“Los hermanos matrimoniales o extramatrimoniales -dice el Art. citado en su segunda parte- que solo sean del mismo padre o de la misma madre, heredan la mitad de lo que corresponde a los hermanos de doble vínculo”.

Importa una novedad esta norma, que ha venido a corregir la injusticia que importaba la aplicación del Art. 3586 del Código de V.S., que excluía en la sucesión del hermano difunto a los medios hermanos, cuando concurrían con estos hermanos de doble vínculo.

Dice el Art. 2593 del Código Civil Paraguayo **“El hermano extramatrimonial hereda al hermano matrimonial, cuando no concurren descendientes, ascendientes ni cónyuge del causante. El medio hermano recibirá la mitad de lo que corresponda al hermano de doble vínculo”.**

“El hermano matrimonial hereda al hermano extramatrimonial en las mismas condiciones”.

Esta disposición ha venido a soslayar la vieja discusión que se produjo en la República Argentina si los hermanos legítimos heredan a los naturales y estos a los primeros.

Por nuestro nuevo Código Civil los hermanos matrimoniales y extramatrimoniales se heredan entre sí cuando no concurren ascendientes, descendientes ni cónyuge del causante.

Nuestro Código Civil establece con respecto al monto de la herencia que los hermanos de doble vínculo y los de uno solo toman, que los segundos cuando concurren con los primeros heredan solamente el 50% de lo que a estos corresponde.

6) DEL DERECHO HEREDITARIO DEL ADOPTANTE Y DEL HIJO ADOPTADO

“Si la adopción fuese plena -dice el Art. 2594 del Código Civil Paraguayo-, el adoptante hereda al adoptado, excluyendo a los padres de sangre, con excepción de los bienes que el causante hubiere recibido por actos de liberalidad de sus parientes de sangre. Sobre estos bienes hereda el padre de sangre, con exclusión del adoptante”.

Por la ley de adopciones N° 831/62 y el Código del Menor el adoptado por adopción plena hereda al adoptante, pero este no hereda al adoptado sino por testamento (Véanse Arts. 17 Ley 831 y 44 de la Ley 903).

Para nuestro nuevo Código Civil el adoptante hereda al adoptado, aunque no hubiere testamento, por la sola voluntad de la ley, con excepción de los bienes que hubiere recibido el adoptado por liberalidad de sus parientes de sangre en que hereda el padre de sangre del mismo con exclusión del adoptante.

Dice el Art. 2595 del Código Civil Paraguayo **“El adoptado por adopción plena o simple hereda al adoptante como hijo matrimonial con derecho de representación”.**

El presente artículo vino a subsanar una posible laguna de la Ley 903 que al tratar de los derechos hereditarios del adoptado en la sucesión del adoptante solo se ha referido expresamente al adoptado por adopción plena (Véase Art. 44).

Sabemos que por la disposición del Art. 2810 del nuevo Código Civil solo quedan derogadas aquellas disposiciones que se contradigan con sus normas, salvo que la misma sea expresa, como por ejemplo el Código de V.S.

Por tanto, en materia de hermeneútica jurídica debemos tener en cuenta si las disposiciones del Código del Menor están o no en contradicción con lo establecido por nuestro nuevo Código Civil.

Podemos afirmar, como conclusión, que para nuestro nuevo Código Civil el adoptado sea por adopción simple o plena, hereda al adoptante como hijo matrimonial con derecho de representación, lo cual implica la posibilidad que estos hereden a los parientes del adoptante, etc.

BIBLIOGRAFÍA.

- DE GÁSPERI, Luis Tratados de Derechos Sucesorios, 4 Tomo
- PANGRAZIO, Miguel A. El Código Civil Paraguay Comentado, 1er. Tomo.
- PRAYONES, Eduardo. Derecho de Sucesión, 1er. Tomo.
- Código Civil Paraguay
- Código Civil de Vélez S.
- Anteproyecto de Código Civil de Luis De Gásperi
- Ley de Adopciones 831/62 y Código del Menor Ley 903.



Reactivación de sociedades disueltas

Mariano Gagliardone y Jose Octavio Claria (h)¹

SUMARIO: I PLANTEO DEL TEMA. - II. CONCEPTO DE REACTIVACIÓN. - III. ANTECEDENTES DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES. - IV. NUESTRA OPINIÓN. a) El problema del Art. 95. b) La supuesta falta de capacidad para decidir la reactivación, c) El derecho de los socios a la cuota de liquidación, d) Los argumentos secundarios. e) Síntesis. - V. REQUISITOS DE LA VOLUNTAD SOCIAL. - VI. LA REACTIVACIÓN Y EL DERECHO DE RECESO. - VII. MOMENTO HASTA EL CUAL ES POSIBLE LA REACTIVACIÓN. - VIII. EFECTOS DE LA REACTIVACIÓN. - IX. CONCLUSIÓN.

I

PLANTEO DEL TEMA

Dentro del amplio panorama de problemas existentes en el derecho societario, uno de los más interesantes y—polémicos— es el de la reactivación de sociedades disueltas.

Luego de la sanción de la ley de sociedades, una importante bibliografía se ha referido al tema². Lo encontrado de las posiciones

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 24-1988.

² Entre otros pueden consultarse: ZALDIVAR E. y otros, Cuaderno de Derecho Societario, Ed. Abeledo-Perrot, vol. IV, ps. 319 y 449; CÁMARA, HÉCTOR, Disolución y Liquidación de Sociedades Mercantiles, Ed. Tea, Buenos Aires, 1957, p. 365; ROIMISER, MÓNICA G. C. DE, La reactivación de sociedades con plazo de duración: un instituto sin cabida en nuestro régimen societario, RDCO, 1977, p. 277; PICO, ALBERTO G. Nuevo criterio de la Inspección General de Personas Jurídicas sobre el tema de reactivación de sociedades comerciales, LL, 1977-C-729; FARGOSI, HORACIO P., Apostilla sobre la interpretación de la ley de sociedades comerciales

y la profusión de argumentos a favor y en contra de la admisión del instituto, permiten afirmar que el mismo, de ninguna manera, se encuentra agotado.

Tampoco los organismos de control o registrales han adoptado posición uniforme sobre el particular, lo que, sin duda, ha contribuido a dificultar aún más la cuestión.

Incluso, en una misma jurisdicción como es el caso de Capital Federal, la inspección general de Justicia y el Registro Público de Comercio, ahora unificados, han mantenido posiciones distintas. En virtud de ello, nos hemos encontrado en alguna oportunidad con que no se admitía la reactivación en las sociedades por acciones y sí en los otros tipos societarios.

Por otra parte, no puede obviarse la opinión de quien sostiene que la inscripción registral carece de efectos saneatorios, por lo que la sociedad quedaría expuesta a la Impugnación de la reactivación inscripta en sede judicial³.

Por ello entendemos que más allá de la posición que en definitiva adopten los organismos de control o registrales, la clarificación del problema es trascendente desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Nuestra intención es efectuar mediante este trabajo, un nuevo aporte, a fin de demostrar que el instituto es admisible en nuestro derecho positivo.

El fin primordial de este ensayo, explica que limitemos nuestra exposición, al derecho positivo vigente, sin abordar la consideración

y su art. 95, LL, 1977-B-565; SIRVEN, MANUEL A., La reactivación social un concepto antisocietario y antijurídico, ED, 71-591; ARECHA, MARTÍN, Consideraciones sobre la reactivación de sociedades con plazo de duración vencido, ED, 88-818-

³ SIRVEN, MANUEL A., op. cit., p. 594, quien opina que la sociedad en ese supuesto sería irregular, opinión que no compartimos, ya que si bien es cierto que la inscripción registral no es saneatoria, también lo es que confiere regularidad (Art. 7°, ley 19.550).

de la doctrina extranjera y del derecho comparado⁴, sino en la medida que resultare fuente de interpretación de las diversas normas. Asimismo, nuestro análisis, examinará el problema de lege lata, sin investigar soluciones de *lege ferenda*⁵.

II

CONCEPTO DE REACTIVACIÓN

El problema a resolver, en esencia, consiste en determinar si la sociedad disuelta, por haberse operado cualquiera de las causales previstas por la ley 19.550 (ED, 42-943)⁶ y, por ende, en estado de liquidación, puede revocarla retornando a la plenitud jurídica.

La terminología utilizada por los autores que se han ocupado del tema es diversa, habiéndose mencionado el instituto como “renovación”, “revocación de la causa de disolución”, “reactivación”, “reconducción”, etc⁷.

Aun cuando pensamos que el problema terminológico es, en definitiva, secundario, nos parece que la denominación “reactivación”, es la que mejor aprehende el concepto, por cuanto queda clara la idea, ínsita en el instituto, de la vuelta a la actividad por parte del ente que, por encontrarse en estado de liquidación, había cesado en la misma.

⁴ Sobre este particular puede consultarse el análisis que efectúa ROIMISER, M.G.C. DE, Op. cit., p. 278 y siguientes.

⁵ Anticipamos, sin embargo, que de lege ferenda somos ampliamente partidarios de la admisión de la reactivación, por considerar, como surgirá claramente de los argumentos que mencionaremos a lo largo de este trabajo, que brinda una adecuada solución a un problema serio y real dentro de la vida societaria.

⁶ En nuestra opinión, el tema debe plantearse con relación a cualquiera de las causales de disolución, a pesar de que, generalmente se lo ha considerado con referencia a la disolución por vencimiento del plazo de duración.

En igual sentido: ZALDIVAR, E., Op. cit., p. 318; CÁMARA, H., Op. cit., p. 337.

⁷ Conf. CÁMARA, H., Op. cit., p. 337; ZALDIVAR, E., Op. cit., p. 317; PICO, A.G., Op. cit., p. 729.

Así planteada la cuestión, entendemos que la reactivación es el acto jurídico de carácter societario, por el cual una sociedad con respecto a la cual se ha operado alguna de las causales de disolución previstas en la ley (en liquidación), resuelve a través de su órgano de gobierno, revocarla retornando al mismo estado en que se encontraba con anterioridad.

Del concepto expresado, se deducen los siguientes caracteres:

1) Se trata de un acto jurídico societario.

No puede discutirse que quien decide la reactivación es la sociedad, que formará su voluntad, de acuerdo con las reglas aplicables al caso, según el tipo que se trate.

Como veremos más adelante (véase apartado V) podrá discutirse si es necesaria la unanimidad o si bastará la mayoría, pero siempre sobre la base de que es una decisión eminentemente societaria⁸.

2) La sociedad debe estar disuelta.

Esto hace a la esencia de la reactivación, y reviste particular importancia tenerlo presente, a fin de distinguir con claridad el instituto de figuras afines con las que se lo ha pretendido asimilar, como la prórroga.

3) La decisión debe ser adoptada por el órgano de gobierno de la sociedad.

Esto es, según el tipo societario, en asamblea o reunión de socios.

4) El fin del acto es revocar la causal de disolución.

Es decir, la voluntad social se dirige a remover el obstáculo que determina su falta de plenitud jurídica.

⁸ Conf. PICO, A.G., Op. cit., p. 729; CÁMARA, H., Op. cit., p. 338; ZALDIVAR, E., Op. cit., p. 318; ROIMISER, M.G.C.DE, Op. cit. p, 289.

5) El efecto de la reactivación es que la sociedad retorna a la misma situación en se encontraba con anterioridad a su disolución.

Estando disuelta y en liquidación, la sociedad si bien continúa siendo la misma que exista⁹, sufre una mutación en su objeto, lo que limita su actividad y la imputabilidad por los actos de sus administradores.

Al decidir la reactivación, esas limitaciones desaparecen y, por tanto, la sociedad vuelve a la misma situación que tenía antes de producirse la causal de disolución.

III

ANTECEDENTES DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES

Durante la vigencia del código de comercio, la de los autores se mostraron contrarios a la admisión de la reactivación¹⁰, aunque resulta oportuno destacar que no siempre se efectuó una clara distinción con la prórroga del contrato.

Como excepción a esta corriente general, encontramos la posición de CÁMARA¹¹, quien admite expresamente la posibilidad de revocar la causal de disolución aún en el supuesto de vencimiento del plazo de duración.

⁹ Entendemos, como explicamos más adelante, que la ley 19.550 ha consagrado la teoría de la identidad (Art. 101).

¹⁰ Conf. Entre otros: OBARRIO, M., Curso de Derecho Comercial, Buenos Aires, 1898, t. I, p. 395; RIVAROLA, MARIO, Tratado de Derecho Comercial Argentino, Ed. Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1938, t. II, p. 702; ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS J., Código de Comercio Comentado, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1966, t. I, p. 546; FERNÁNDEZ, R., Código de Comercio Comentado, Buenos Aires, 1943, t. I, p. 696; HALPERÍN, I., Sociedades Comerciales, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 83.

¹¹ CÁMARA, H., Op. cit., p. 369.

Por su parte, la jurisprudencia, salvo algún caso aislado, se orientó por el criterio de la mayoría de la doctrina, y no hizo lugar a la reactivación¹².

Con posterioridad a la sanción de la ley 19.550, los autores se encuentran divididos. Admiten la reactivación CÁMARA¹³, ZALDIVAR¹⁴, ARECHA¹⁵, PICO¹⁶, CORNEJO COSTAS y CAMISAR¹⁷, VAZQUEZ PONCE¹⁸, entre otros. En sentido adverso, opinan FARGOSI¹⁹, ROIMISER²⁰, HALPERÍN²¹, y SIRVEN²².

En Capital Federal, la Inspección General de Justicia y el Juzgado de Registro, han sostenido criterios diversos.

Antes de la vigencia de la ley, la Inspección General de Justicia, tuvo oportunidad de analizar el tema con motivo de los supuestos en los que sociedades anónimas solicitaron la restitución de la autorización para funcionar que les había sido quitada por decreto.

Salvo algún caso aislado, la autoridad de contralor resolvió en forma favorable a la continuación de la empresa²³.

¹² Ver entre otro, los fallos registrados en LL, 7-441; 16-1090; 102-161; 150-561.

¹³ CÁMARA, H., Op. cit., p. 335; ver también exposición de este autor del 6 de octubre de 1980 en la Universidad Notarial Argentina, diario El Accionista del 5 de noviembre de 1980.

¹⁴ ZALDIVAR, E., Op. cit., p. 332.

¹⁵ ARECHAJ, M., Op. cit., p. 819.

¹⁶ PICO, A. G., Op. cit., p. 729.

¹⁷ CORNEJO COSTAS, E. y CAMISAR, Ponencia al Primer Congreso de Derecho Societario. La Cumbre, 1977. Actas, p. 500.

¹⁸ VÁZQUEZ PONCE, H. O., Reactivación de sociedades. Revista La Información, N° 598, vol. 10, p. 613.

¹⁹ FARGOSI, H., Op. cit., p. 565.

²⁰ ROIMISER, M. G. C, DE, Op. cit., p. 277.

²¹ HALPERIN, I., Curso de Derecho Comercial, Buenos Aires, 1972, vol. I, p. 267.

²² SIRVEN, M. A., Op. cit., p. 591.

²³ Puede consultarse la completa reseña que efectúa ZALDÍVAR, E., Op. cit., p. 327, nota 26.

Después de la sanción de la ley 19.550, la inspección General de Personas Jurídicas, continuó conformando la reactivación de sociedades disueltas, incluso por haber vencido el plazo de duración²⁴.

En el año 1976, el Juzgado en lo Comercial de Registro, en fallos dictados en autos: “Rehm, S.C.A.”²⁵, y “Alezur, S.C.A.”²⁶, se pronunció en forma contraria a la admisión del instituto.

En el mes de junio de 1976, la entonces Inspección General de Personas Jurídicas, dictó la resolución 3/76 que, luego de extensos y, en nuestra opinión, bien fundados considerandos, resolvió que: *“el organismo de contralor continuaría conformando la instrumentación legal de los actos decisorios de las asambleas de accionistas, por los cuales se resuelva la reactivación de las sociedades en liquidación”*.

Este criterio fue modificado por la resolución 2/77, que decidió no conformar las reactivaciones de las sociedades sometidas al Control de la Inspección General de Personas Jurídicas.

La jurisprudencia, si bien no tuvo oportunidad de expedirse más que en algunos casos²⁷, se ha inclinado por la no admisión de la reactivación.

Esta orientación perduró sin alteraciones hasta 1980, en que, con fecha 4 de junio, en autos: “La Distribuidora Musical, S.R.L.”, el juez de registro admitió la inscripción de la reactivación acordada por la totalidad de los socios de esa sociedad²⁸.

²⁴ Ídem nota anterior, nota 27.

²⁵ Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial de Registro, febrero 20-1976, transcripto por ZALDIVAR, E., Op. cit., p. 328, nota 27 bis.

²⁶ ED, 72-233

²⁷ CNCom., sala B, julio 8-1977, ED, 74-709; CNCom., sala D, diciembre 14-1977, LL mayo 5-1980.

²⁸ ED, 88-818.

Hasta diciembre de 1980, y en base al precedente mencionado en el párrafo anterior, se inscribieron numerosos casos de reactivaciones de sociedades que no requerían intervención de la autoridad de contralor.

Por su parte, la entonces Inspección General de Personas Jurídicas, no modificó el criterio emergente de la resolución 2/77.

En diciembre de 1980, la Inspección General de Justicia dictó la resolución 6/80, por la cual aprobó las Normas de la Inspección General de Justicia y derogó todas las resoluciones generales, incluida la 2/77.

Esa resolución 6/80, entró en vigencia en forma simultánea con la ley 22.315 (EDLA, 1980- 355) que transfirió a la Inspección General de Justicia las funciones del Registro Público de Comercio.

Estando, pues, unificado el control de legalidad en Capital Federal y derogada la resolución que no admitía la reactivación, se había planteado la duda de la posición que, en definitiva, adoptaría el organismo de contralor, ya que las Normas de la Inspección General de Justicia, no aluden al tema.

Hasta la fecha, la Inspección General de Justicia, no ha dictado ninguna resolución general²⁹.

²⁹ Con fecha 16 de julio del corriente (expte 1941) el entonces inspector general ordenó la inscripción en el Registro Público de Comercio, de la reactivación de una sociedad de responsabilidad limitada decidida por los socios por la unanimidad. La redacción del consid. 5° de la mencionada resolución particular, no es del todo clara y puede interpretarse que la reactivación solo es posible si es decidida por unanimidad, con lo que la cuestión sigue sin aclararse en forma total.

Ese consid. 5° expresa: “Y en tal perspectiva, no parece prudente ni lógico imponer una interpretación restrictiva de la ley, que imponga a los socios que en forma unánime (lo subrayado es nuestro) desean continuar su actividad económica bajo la estructura societaria, fatigosos trámites de disolución del ente, constitución de otro”.

Más adelante nos referimos expresamente al tema y allí nos remitimos.

IV

NUESTRA OPINIÓN

Pensamos, como ya lo hemos adelantado, que la reactivación de sociedades disueltas es posible en nuestro derecho positivo.

Para fundamentar adecuadamente esta opinión, creemos imprescindible analizar los argumentos que han desarrollado quienes, entienden que el instituto no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

El principal argumento de los autores contrarios a la reactivación es que, el problema no puede considerarse sin tener en cuenta lo dispuesto por el Art. 95 de la ley 19.550.

Y, en ese sentido, se ha afirmado, por ejemplo, “es opinión unánime, aceptada por quienes son partidarios de la reactivación en el marco de nuestro régimen positivo, que para que ella sea posible es preciso la revocación de la causal que originó la disolución. Si esa causal es el vencimiento del plazo, resulta a todas luces evidente que para revocarla es preciso prorrogar tal plazo y el Art. 95 prohíbe que ello ocurra después del vencimiento”³⁰.

Para estos autores, la única posibilidad de extender el plazo de duración de la sociedad es mediante el cumplimiento de los requisitos del mencionado Art. 95 esto es, resolverse y solicitarse la Inscripción antes del vencimiento del plazo.

También se ha argumentado que la sociedad disuelta y en liquidación, conforme al Art. 101 de la ley 19.550, conserva su personalidad a ese efecto. En consecuencia, carecería de capacidad para cualquier gestión ajena a la liquidación, entre las cuales estaría incluida la reactivación³¹.

³⁰ ROIMISER, M. G. DE, Op. cit. p. 287. En idéntico sentido los considerandos de la resolución de la IGPJ 2/77; HALPERIN. I., Op. cit. p. 683; FARGOSI, H., Op. cit., p. 566.

³¹ ROIMISER, M. G. C. DE, Op. cit., p. 290; resolución IGPJ 2/77.

Concordando con lo expuesto, expresan que la decisión asamblearia que resolviese la reactivación sería nula.

Sostienen también, quienes se oponen a la reactivación, que mediante esa decisión se afectaría el derecho individual de los socios a la cuota de liquidación³².

Exponen que ese derecho se perfecciona e independiza al ocurrir la causal de disolución facultando al socio a exigir la terminación del proceso liquidatorio. El mismo sería, en consecuencia, indisponible por la asamblea.

Como argumentos secundarios se ha expresado que la reactivación afectaría el interés general; que lo correcto es suponer que, por no estar previsto ni reglamentado el instituto en la ley, el mismo está prohibido; que no existe un problema jurídico real ya que, los interesados, en esta situación podrían continuar explotando la empresa como sociedad irregular, o bien, pueden constituir una nueva transfiriendo en el activo y el pasivo de la sociedad disuelta³³.

Ninguna de estas razones, nos parecen convincentes, y así intentaremos demostrarlo en los párrafos siguientes:

a) El problema del Art. 95

Entendemos que, el mencionado Art. 95, no resulta aplicable a la reactivación.

En efecto, ese artículo contempla el caso de la prórroga del contrato. Y, en nuestra opinión, prórroga y reactivación, no solo son supuestos distintos, sino, además, contradictorios y excluyentes entre sí.

Hemos señalado, que, para que exista reactivación, la sociedad debe estar disuelta, por haber ocurrido cualquiera de las causales

³² Considerandos de la resolución 2/77.

³³ Ídem nota anterior.

previstas por la ley. Si no se trata de una sociedad disuelta, no estaremos frente a este instituto, sino ante otra cosa distinta.

Por el contrario, el concepto de prórroga supone una sociedad viva, y el objeto de la decisión societaria es, precisamente, evitar que ocurra la causal de disolución³⁴.

Siendo, pues, conceptos diferentes, no puede, sin más, aplicarse la misma norma a ambos supuestos. Para que ello ocurriese debería concurrir otra causa concomitante.

El Art. 95, que contempla y reglamenta la prórroga del contrato social, prevé la sanción para la hipótesis que la misma sea dispuesta en forma distinta a la establecida. Y esa sanción no es otra que la disolución *ipso jure* de la sociedad.

Pero es no significa, ni creemos que pueda inducirse esa interpretación, que esa sociedad que se ha disuelto y entrado en liquidación, no sea susceptible de ser reactivada. Es decir, que no pueda revocarse la causal de disolución.

Una cosa es que la sociedad se encuentre disuelta, y otra, bien distinta, por cierto, que necesaria e inevitablemente deba procederse a su liquidación y a la cancelación de la inscripción.

Si, por otra parte, se tiene en cuenta que los efectos de prórroga y reactivación no son los mismos, se advertirá que no existe razón válida para la aplicación del Art. 95 a esta última.

Al decidir la prórroga en la forma prevista por el Art. 95, la sociedad continúa sin ninguna interrupción, en las mismas condiciones anteriores. En otras palabras, si se cumple con la “carga” de decidir y solicitar la inscripción de la prórroga antes del vencimiento del plazo, la sociedad se beneficia con esta continuidad total y no se

³⁴ En sentido concordante con lo expresado en este apartado: ZALDÍVAR, E., Op. cit., p. 341; PICO, A., Op. cit., p. 729; ARECHA, M., Op. cit., p. 819; autos “La Distribuidora Musical. S.R.L.”, Juzgado Nacional de Registro, junio 4-1980, ED, 88-818.

interrumpe, en ningún momento, ni su condición jurídica, ni la posibilidad de ejercer totalmente la actividad social.

Si, por el contrario, no se cumple con ese imperativo del propio interés, la sociedad se disuelve y entra en liquidación. Al entrar en ese estado, la actividad de la sociedad queda restringida y las facultades de sus administradores también. Y, la infracción de estos a esa limitación, se verá que para la Escuela Científica el texto no se reduce como es la doctrina clásica a la intención del legislador. Hay algo de objetivo. Una forma litera que se aclara aten sancionada con la responsabilidad ilimitada y solidaria de ellos.

Así planteada la cuestión, resulta claro que es beneficioso para la sociedad cumplir con esa carga, pues, si efectivamente desea continuar con su actividad, le es útil que la misma no se interrumpa ya que, si luego quiere revocar la causal de disolución se encontrará con el inconveniente del tiempo que transcurrirá hasta que ella sea inscrita. Es preciso tener en cuenta que, en este supuesto la inscripción es constitutiva y no tiene efecto retroactivo.

Ahora bien, si la prórroga y la reactivación, no solo son conceptos diferentes, sino que además tienen efectos distintos, ¿en mérito a qué método interpretativo aplicamos la misma norma legal a ambos supuestos?

A esta pregunta se ha intentado responder afirmando que resulta claro que la intención del legislador es no admitir la reactivación pues, en caso contrario, la hubiese previsto expresamente³⁵.

Por lo pronto, corresponde señalar, que esa supuesta intención del legislador, de ninguna manera resuelta evidente, como lo demuestra el hecho de que distintos miembros de la comisión redactora, opinan en forma diferente con relación a este tema³⁶.

³⁵ Considerandos de la resolución IG PJ 2/77.

³⁶ Así, por ejemplo, ZALDÍVAR Y FARGOSI en los trabajos antes citados.

Pero aun cuando hubiese sido intención de quienes intervinieron en la redacción de la ley de sociedades no admitir la reactivación, entendemos que ello no sería decisivo.

La sumisión a la voluntad del legislador como método interpretativo, propio de los representantes de la ya lejana Escuela de la Exégesis, ha sido hoy universalmente superada.

Toda la moderna doctrina atiende más al fin social de la norma, que se independiza de la voluntad del legislador y se objetiviza clarificando su contenido.

Resulta oportuno recordar las siguientes palabras de BONECASE: “En oposición al método histórico, el científico nunca autoriza al jurista a hacer que un texto exprese lo opuesto a lo que primitivamente significaba al ser dictado por el legislador. Solo que para la Escuela Científica el texto no se reduce como en la doctrina clásica a la intención del legislador. Hay algo de objetivo. Una forma literal que se aclara atendiendo a su fin social”³⁷.

Creemos que lo expuesto resulta estrictamente aplicable al caso en análisis.

Si, de acuerdo con ello, nos detenemos a investigar el fin social buscado por la norma, no podemos prescindir del *principio de conservación de la empresa* receptado expresamente por el Art. 100 de la ley 19.550. Aun cuando ese artículo no se refiere exactamente al caso, ya que plantea el supuesto de duda sobre la existencia de una causal de disolución, entendemos que el espíritu que surge del mismo no puede soslayarse en la interpretación del problema que venimos analizando.

Y, así, planteada la cuestión, en nuestra opinión, no puede existir, ante la duda de si puede o no revocarse una causal de disolución, otra respuesta que la afirmativa.

³⁷ BONECASE, J., Elementos de Derecho Civil, Ed. México, 1945, t. I, núm. 90, p. 119.

Resumiendo lo expuesto en este apartado, entendemos: a) que el Art. 95 de la ley 19.550, no es obstáculo para la admisión de la reactivación por estar referido a un supuesto distinto, como es la prórroga; b) no puede darse idéntico tratamiento a la prórroga y a la reactivación pues, no solo son conceptos diferentes, sino que, además, producen efectos distintos; c) tampoco puede argumentarse que la “Intención del legislador” haya sido no admitir la reactivación; d) aun cuando los autores de la ley hubiesen tenido esa intención, ello no sería decisivo pues debe tenerse presente a fin social tutelado por la norma: e) puede, asimismo afirmarse que existe una razonable duda sobre si la reactivación está permitida o no, y en su caso, teniendo en cuenta el fin de la ley debe adoptarse la solución que permita la conservación de la empresa.

A mero título informativo, el Art. 152 de la ley de sociedades anónimas española contiene una norma prácticamente idéntica a nuestro Art. 95 y que, seguramente, se ha servido de fuente³⁸.

Si bien las posiciones en España no son uniformes con respecto a la interpretación de este artículo en relación con el tema de la reactivación, creemos que los argumentos favorables expuestos por PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO³⁹ y RUBIO⁴⁰, entre otros, son decisivos y plenamente aplicables a nuestro derecho.

Y lo que, fundamentalmente, expresa el autor español citado en primer término⁴¹, no es otra cosa que lo que hemos venido señalando. Esto es, que prórroga y reactivación son conceptos distintos, y que, por lo tanto, no pueden ser idénticas las soluciones en uno y otro

³⁸ PICO, A., Op. cit., p. 730.

³⁹ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., Algunos problemas en materia de prórroga y reactivación de sociedades. Revista de Derecho Mercantil N° 109, Madrid 1968, p. 286.

⁴⁰ REMO, J., Curso de Derecho de Sociedades Anónima, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1964, p. 449.

⁴¹ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., Op. cit., p. 287.

caso. Y, afirman que para que pueda hablarse de reactivación es presupuesto ineludible que la sociedad se haya disuelto, y, por el contrario, en la prórroga se trata de evitar que la disolución ocurra.

Por las razones expuestas y que, coinciden, en lo sustancial con lo expresado por otros autores⁴² favorables al instituto, es que consideramos que el Art. 95 de la ley de sociedades, no es un obstáculo para la admisión de la reactivación en nuestro derecho.

b) La supuesta falta de capacidad para decidir la reactivación

En este sentido se ha sostenido, que la sociedad al entrar en liquidación carece de capacidad para decidir la reactivación ya que, por imperio de lo dispuesto por el Art. 101 de la ley, la sociedad solo conserva su personalidad a ese efecto (el de la liquidación)⁴³.

Con respecto a la naturaleza jurídica de la sociedad disuelta y en estado de liquidación, es sabido que distintas teorías se han esbozado tratando de explicar la situación en este supuesto, pudiendo señalarse como principales la Teoría de la Comunidad, la Teoría de la Ficción Legal, la Teoría de la Nueva Sociedad y la Teoría de la Identidad.

Esta última se ha impuesto y hoy es aceptada prácticamente por todas las legislaciones contemporáneas y por casi todos los autores que se han ocupado del tema.

Por ella, se acepta “lisa y llanamente la persistencia de la sociedad durante el periodo de liquidación. La persona colectiva subsiste mientras se liquida continuando la existencia real y efectiva hasta la finiquitación de las operaciones de liquidación, pero con una orientación distinta – metamorfosis en la administración según VI-

⁴² Ver autores citados en nota 33.

⁴³ ROIMISER, M. G. C. DE, Op. cit., p. 289.

VANTE- porque los órganos en vez de proseguir las actividades ordinarias, realizan el activo para distribuir su remanente entre los asociados”⁴⁴.

Esta es, sin duda, la posición receptada por nuestra ley, que en su Art. 101 expresa: *“La sociedad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto, y se rige por las normas correspondientes a su tipo en cuanto sean compatibles”*.

Quienes se oponen a la reactivación, han pretendido ver en la frase “a ese efecto”, una limitación de la personalidad de carácter funcional⁴⁵, de la cual surgiría la incapacidad para adoptar cualquier decisión extraña a la liquidación.

Sin duda, que el argumento, a primera vista resulta atrayente. Pero a poco que se analice en profundidad, se advertirá, como lo demostraremos a continuación, que el mismo no es valedero, y por otra parte inútil.

Entendemos en primer lugar, que la limitación que parecería surgir del mencionado Art. 101 es temporal y no funcional⁴⁶. La limitación que tiene la sociedad disuelta, lo es en su objeto, y, como natural consecuencia en las facultades de sus administradores.

Indudablemente se producirá una alteración en las reglas de imputabilidad al ente de los actos realizados por sus administradores.

Es decir, fundamentalmente se transforma la legitimación de los órganos de administración para realizar actos que se imputen a la sociedad puesto que esta, se encuentra en estado de liquidación y su actividad debe desarrollarse dirigida al cumplimiento de los actos necesarios para su finalización.

⁴⁴ CÁMARA, H., Op. cit., p. 372.

⁴⁵ Así por ejemplo ROIMISER, M. G. C. DE, Op. cit., p. 290. Ídem resolución 2/77.

⁴⁶ En igual sentido PICO, A., Op. cit., p. 732; ZALDÍVAR, E., Op. cit., p. 333; ARECHA, M., Op. cit., p. 820.

Los órganos de gobierno de la sociedad, como afirma CÁMARA⁴⁷ “perduran durante la liquidación, en cuanto son compatibles con dicho estado”.

Esta compatibilidad, significa que no pueden adoptar decisiones sobre temas extraños al procedimiento liquidatorio.

Y ello, porque si bien el objeto de la sociedad no se modifica, se restringe a la actividad liquidatoria.

Pero estas limitaciones, no significan que se haya alterado la personalidad ni la capacidad de la sociedad.

Y mucho menos significa que el órgano de gobierno de la sociedad, según el tipo de que se trate, no puede adoptar una decisión cuyo efecto sea revocar la causal de disolución.

Lo que la ley prohíbe, es que, mientras no se deje sin efecto la causal de disolución de la sociedad, los órganos de representación y de gobierno celebren actos o adopten decisiones extrañas a la actividad liquidatoria. Y ello, como ya lo hemos señalado, altera las reglas de imputabilidad y legitimación de los actos de sus representantes.

Queda pues claro, que, según nuestra opinión, no estamos frente a un supuesto de falta de capacidad que impida a la sociedad decidir la revocación de la causal de disolución que la afecta.

Anteriormente señalamos que, además no ser valedero este argumento, el mismo era inútil. Y ello, porque entendemos que el tema está mal planteado, ya que no se trata de investigar si la sociedad tiene capacidad o no, y como consecuencia de ello decidir si puede o no revocar la causal de disolución.

El problema es distinto. Si la sociedad puede, porque el ordenamiento jurídico se lo permite, revocar la causal de disolución, no

⁴⁷ CÁMARA. H., Op. cit., p. 379.

existe duda que su órgano de gobierno tendrá facultad para ello siempre que se respeten las reglas que correspondan para la formación de la voluntad social.

Un ejemplo aclarará nuestra idea. El Art. 94, inc. 6º de la ley contempla un típico supuesto de revocación de la causal de disolución de la sociedad en caso de quiebra. Establece esta norma que: “la disolución quedará sin efecto si se celebrase avenimiento o concordato resolutivo”.

Nadie discute, que, de concurrir alguno de estos supuestos, la disolución queda sin efecto.

Sin duda, para llegar al avenimiento o concordato resolutorio, los órganos de la sociedad desplegarán una actividad, adoptarán decisiones, etcétera.

Ahora bien, ¿a alguien se le ocurriría sostener que en este caso la disolución no queda sin efecto, porque, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 101, la sociedad carece de capacidad para realizar cualquier acto o adoptar cualquier decisión extraña a la actividad liquidatoria? Resulta evidente que nadie, seriamente, podría formular esa afirmación.

Pero entonces, esto significa que, si la ley permite dejar sin efecto la disolución, los órganos sociales están siempre capacitados para adoptar la decisión correspondiente. Esto demuestra que no se trata de investigar una cuestión de capacidad sino algo distinto.

Lo que hay que resolver es si el ordenamiento jurídico permite o no que se revoque la causal de disolución. Si lo admite no hay duda de que los órganos societarios están capacitados para adoptar la decisión. En caso contrario, el problema de la capacidad carece de importancia, pues estaremos frente a un acto jurídico de objeto prohibido (Art. 953, Código Civil).

Por otra parte, cabe preguntarse si es posible que la sociedad tenga personalidad para revocar alguna causal de disolución y no otras.

Es evidente que esto no es admisible ya que, o la sociedad conserva su personalidad al solo efecto de la liquidación, entendiendo esto como una limitación de carácter funcional, o la situación es distinta y, entonces lo que habrá que investigar es si se trata de un acto jurídico cuyo objeto está permitido o no.

Con lo cual estamos nuevamente en el punto de partida, lo que demuestra, que, tal como lo hemos expresado, esta argumentación resulta inútil, por cuanto no soluciona el problema.

Por las razones expuestas en este apartado, entendemos que la objeción de que la reactivación no sería admisible por carecer la sociedad de liquidación de capacidad para resolverla, no es válida.

c) El derecho de los socios a la cuota de liquidación

Se ha argumentado también, que una vez producida la disolución de la sociedad, los socios tienen un derecho a la cuota de liquidación que les corresponde, el cual, es perfecto y autónomo. Concorde con ello, ese derecho no podría ser vulnerado contra la voluntad del socio por una decisión de la mayoría.

También en este supuesto, pensamos que la cuestión no está correctamente planteada.

El problema de si el derecho a la cuota de liquidación del socio puede ser afectado por una decisión de la mayoría, no es significativo a efectos de saber si la reactivación es admitida o no por nuestro derecho positivo.

Esa cuestión será importante para determinar las reglas de formación de la voluntad social, esto es, si será necesaria la unanimidad o bastará la mayoría, tema al que nos referiremos más adelante (ver ap. V).

Y no es relevante, por cuanto no cabe duda que el derecho a la cuota de liquidación sea renunciable por parte de su titular, transformándose, mediante su consentimiento en el derecho a las utilidades.

En consecuencia, si el único obstáculo para la admisión de la reactivación fuese la imposibilidad de afectar el derecho individual del socio a la cuota de liquidación, es claro, que, renunciándolo, el problema quedaría solucionado.

Por ello, reiteramos, este es un tema que hace al régimen de mayorías para la formación de una voluntad social válida, pero no a la viabilidad del instituto de la reactivación.

d) Los argumentos secundarios

La resolución 2/77, de la entonces Inspección General de Personas Jurídicas, desarrolla, en sus considerandos, otros argumentos secundarios, en contra de la admisión del instituto.

Estos han sido exhaustivamente analizados, y, en nuestra opinión exitosamente refutada⁴⁸. Por ello, haremos solo una breve referencia a ellos, remitiéndonos en lo restante, a aquel trabajo.

Se afirma, que interpretar que lo no prohibido está permitido, es incorrecto y que el razonamiento debería ser inverso “ya que lo lógico es concluir que al no haberlo regulado debe entenderse que no ha querido permitirlo”. Y, se argumenta, el ordenamiento jurídico societario, pretende ser completo, no pudiendo los particulares apartarse de su normativa.

Ya nos hemos referido a la cuestión de la intención del legislador, como método interpretativo. Lo dicho vale también para refutar este argumento.

Pero, además de ello, entendemos que el principio de que lo no prohibido debe considerarse permitido, es plenamente aplicable a este supuesto. Admitimos que si fuese el único argumento favorable a la reactivación seria, sin duda, frágil. Pero hemos señalado en párrafos anteriores, y lo haremos más adelante, concurren muchas otras razones para ello.

⁴⁸ PICO, A., Op. cit., p. 733.

Pensamos, que ante un supuesto de duda de si un instituto está permitido o no por la ley, debe estarse por la permisión, ya que, además de ser la posición filosóficamente correcta, en un país libre y democrático, históricamente está demostrado que es imposible que la ley prevea todas las posibilidades que las cambiantes situaciones sociales y económicas imponen a los particulares. Valga a simple título ejemplificativo lo ocurrido en nuestro país con instituciones como el abuso del derecho, la lesión enorme, la teoría de la imprevisión y la responsabilidad civil de las personas jurídicas o el pacto comisorio en la compraventa.

En cuanto al argumento de que se lesionan los intereses generales de la comunidad, señalamos que la resolución no menciona cuáles serían los supuestamente afectados, razón por la cual la afirmación queda vacía de contenido.

El ejemplo que da la resolución, para demostrar que el ordenamiento societario es completo y que los particulares no pueden apartarse de su normativa tampoco es compatible. Se expone el caso de una constitución de sociedad anónima cuyo capital estuviese representado por cuotas, expresando que sería nula.

No existe ninguna duda de que esa disposición de la ley no puede ser dejada de lado por los particulares. En primer lugar, porque existe una norma expresa que lo dispone. En segundo término, porque afecta la tipicidad societaria. Finalmente, una norma expresa sanciona esa violación con la nulidad absoluta, y en ese supuesto, en forma evidente está comprometido el orden público o interés general.

Pero, en el caso de la reactivación, la cuestión es bien distinta. No hay norma que la prohíba, y, opuestamente a lo que expresa la resolución, no se afecta el interés general, sino siendo beneficioso el instituto para la comunidad.

Otro argumento expresado por la resolución 2/77, es que el problema es más teórico que real, ya que, la sociedad puede continuar su actividad como irregular, o bien “fundando otra compañía regular

y típica”. Y para ello, se afectarán los bienes provenientes de la sociedad anterior desaparecida a la nueva creada. Y expresa: “Parece claro que en esta hipótesis no existe problema jurídico real, sino solo la superación de posibles aspectos fiscales y de costos lo que, aunque puede ser importante desde el punto de vista de la economía de los socios, no se yergue como obstáculo insuperable desde el punto de vista de la empresa”.

La continuación como sociedad irregular es, precisamente lo que se quiere evitar. Con el mismo criterio se podría afirmar que constituir una sociedad no es necesario, ya que puede ejercerse la actividad económica a título personal.

Y con respecto a la segunda posibilidad, creemos que no solo existen problemas de costos y fiscales, que son lo suficientemente serios e importantes como para ser tenidos en cuenta, sino que el tiempo y las complicaciones de la solución propuesta, sin perjuicio de señalar nuestras serias dudas sobre la validez del procedimiento aconsejado, terminarán, en la mayoría de los casos, por aniquilar la empresa en marcha.

e) Síntesis.

En los apartados anteriores, al analizar los argumentos desarrollados en contra de la reactivación, hemos señalado nuestros puntos de vista, sobre los motivos por los cuales el instituto debe ser admitido. Haremos una breve síntesis de ellos.

La ley de sociedad no lo contempla ni lo regula expresamente, pero no lo prohíbe, y en algunos supuestos lo admite expresamente (Art. 94, incs. 6º, 8º y 9º).

Teniendo en cuenta que la mencionada disposición legal a receptado expresamente como regla interpretativa el principio de conservación de la empresa, y que, no existe ningún interés general ni particular afectado por la reactivación entendemos que es un instituto aceptado por nuestro derecho positivo.

Desde el punto de vista del interés general, no dudamos, que la reactivación, en cuanto supone la conservación de una empresa en marcha, con la consiguiente defensa de una fuente de trabajo, y con la creación de riqueza que ello supone es altamente beneficiosa para la comunidad.

No queremos centrar nuestro análisis, en la particular situación que, en estos momentos vive nuestro país, a fin de que no se piense que somos partidarios de la admisión del instituto como una solución a una situación de excepción. Pero, teniendo presente esa aclaración, no podemos dejar de señalar que, en un momento en que la “necesidad de reactivación del aparato productivo”, se ha convertido casi en un slogan, oponerse a la posibilidad de revocar la causal de disolución, con argumentos puramente formales, resultaría, sin duda anacrónico.

En cuanto a los intereses particulares, cabe señalar, que con la solución que se propicia, no se ven afectados ni los socios, ni los acreedores de la sociedad, ni los particulares de los socios.

Con respecto a los socios, consideramos que el derecho a la cuota de liquidación no se ve afectado, aun admitiendo que la reactivación en las sociedades por acciones o de responsabilidad limitada de veinte o más socios, pueda ser decidida por la mayoría.

Los acreedores sociales, no sufren ningún perjuicio, sino que, indirectamente al menos, se benefician, ya que, no solo el crédito no sufre ninguna alteración, sino que, además, ven mejorada su situación por la continuidad de la actividad productiva, lo que, normalmente, traerá aparejado una mayor capacidad de pago por parte de la empresa.

Tampoco los acreedores particulares de los socios de ven afectados. En el caso de las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada de más de veinte socios, su situación en nada se altera, y en el caso de las sociedades por interés, será sin duda aplicable el Art. 57 de la ley 19.550.

Tal cual lo hemos demostrado *in extenso* en párrafos anteriores ni el Art. 95 ni el Art. 101 de la ley, son obstáculos para la procedencia de la reactivación. El primero porque se refiere a la prórroga que, es algo distinto. Y el segundo por cuanto la limitación a la personalidad de la sociedad en liquidación es solamente temporal, sin perjuicio de señalar el inadecuado enfoque del problema desde esa óptica.

En suma, no encontramos ningún obstáculo real a la admisión de la reactivación, por lo que consideramos que su aceptación por parte de los organismos de contralor, registrales y por nuestros tribunales es una necesidad imperiosa y urgente.

V

REQUISITOS DE LA VOLUNTAD SOCIAL

Aclarado, pues, que consideramos posible en nuestro derecho la reactivación examinaremos si el acuerdo que la decide requiere unanimidad, o mayoría absoluta o especial, según el tipo societario de que se trate.

Como ya lo hemos adelantado el tema se relaciona con el derecho de los socios a la cuota de liquidación, su renunciabilidad y la posibilidad de que, por imperio de la mayoría –sea absoluta o especial- el socio se vea obligado a que ese derecho se transforma nuevamente en el derecho a las utilidades.

En las sociedades de interés y en las sociedades de responsabilidad limitada de menos de veinte socios, el problema no plantea mayores dificultades, ya que, sin duda, se requerirá la unanimidad (arg. Arts. 131, 160, 95 y concs., ley 19.550)⁴⁹.

Distinta es la solución en las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada de más de veinte socios.

⁴⁹ ZALDIVAR, E., Op. cit. p. 637; CÁMARA, H., Op. cit., p. 336; PICO, A., Op. cit., p. 736.

Pensamos que, en estos casos, la decisión debe ser adoptada por la mayoría prevista por el Art. 244 párr. 4º de la ley 19.550.

Fundamos esta afirmación en consideraciones de distinta índole, entre las cuales destacamos las siguientes.

Si durante la vida activa de la sociedad, el socio se encuentra sujeto a la voluntad soberana de la mayoría no vemos ninguna razón para que el principio sea alterado en esta situación⁵⁰.

Resulta, por otra parte, lógico y razonable exigir la misma mayoría que para adoptar la decisión exactamente inversa, esto es, la disolución anticipada de la sociedad⁵¹.

Entendemos que de esta manera no se produce ningún avasallamiento del derecho del socio a la cuota de liquidación.

Para comprender adecuadamente esta cuestión debe analizarse cuidadosamente la naturaleza de este derecho, y su relación con el derecho a las utilidades.

Quien se decide a formar parte de una sociedad del tipo que venimos considerando conoce anticipadamente que aporta bienes de su propiedad, con lo cual nacen a su favor derechos de distinta naturaleza. Esos derechos son políticos o económicos. Entre estos últimos se destaca el derecho a las utilidades y el derecho a la cuota de liquidación. Este, nace en cabeza de su titular con la constitución de la sociedad con la modalidad de encontrarse subordinado a un plazo incierto (conf. Art. 568 Código Civil) y no a una condición como erróneamente se ha afirmado en alguna oportunidad. Y ese plazo incierto – se sabe que concurrirá, pero no en qué momento- no es otro que la aprobación del balance de distribución en la liquidación (Art. 110 y

⁵⁰ Es igual sentido PICO. A., Op. cit., p. 766.

⁵¹ Conf. ZALDIVAR, E., Op. cit., p. 738 También ROIMISER M. G. C., DE, Op. cit., p. 212 esboza el mismo argumento aunque aclarando que de lege ferenda por entender que en el derecho vigente no es admisible la reactividad.

concs., ley 19.550). En consecuencia, ese derecho, por encontrarse sujeto a un plazo incierto, si bien existe y es anexo a la calidad de socio, no puede ser ejercido hasta el momento señalado⁵².

En definitiva, y aun cuando la exigencia de plazo determinado como requisito del contrato social pueda inducir a pesar lo contrario, ese derecho a la cuota de liquidación se encuentra sujeto, en cuanto al tiempo en que podrá ejercerse, siempre a la voluntad de la mayoría. Y así, por mayoría se puede resolver la disolución anticipada de la sociedad abreviando el plazo originariamente establecido, o bien prorrogar el plazo de duración, alargando ese lapso.

No debe perderse de vista que, siempre el derecho a las utilidades y el derecho a la cuota de liquidación se excluye, y uno, siempre reemplaza al otro. De lo cual se infiere que, en realidad, el socio no sufre un perjuicio económico real, sino que solo, en el caso de la reactivación, o, eventualmente de la prórroga, se posterga en el tiempo su ejercicio, manteniendo en el ínterin, el derecho a las utilidades.

Ahora bien, lo que corresponde preguntarse para resolver el problema es si ese derecho a la cuota de liquidación que hemos mencionado trae aparejada la facultad de exigir que la liquidación sea llevada a su cumplimiento aun contra la voluntad de la mayoría.

Nos parece evidente que, estando estos tipos societarios regidos por el principio general de que la mayoría gobierna la sociedad, debería existir una razón que justificase apartarse, en este caso, del mismo.

Y no, encontramos ninguna norma ni siquiera un principio contenido en alguna de ellas, que nos incline a ese apartamiento.

Si, como ya hemos señalado, el plazo en el cual el socio puede hacer efectivo ese derecho a la cuota de liquidación puede ser abreviado o alargado por la mayoría, no encontramos razón que justifique, que, una vez producida la causal de disolución, el socio, contra

⁵² ROIMISER, M. G. C. DE, Op. cit., p. 293.

la voluntad de la mayoría, pueda oponerse a la continuación de la actividad económica y exigir que la liquidación sea cumplida⁵³.

Incluso, no dudamos, que un planteo de esa naturaleza, podría significar un interesante supuesto de ejercicio abusivo del derecho (Art. 1071, Código Civil).

En conclusión, entendemos que el derecho a la cuota de liquidación del socio no confiere a su titular la facultad de exigir la finalización del proceso liquidatorio contra la voluntad de la mayoría contemplado en el Art. 244, párr. 4º de la ley 19.550.

VI

LA REACTIVACIÓN Y EL DERECHO DE RECESO

Relacionado con el tema tratado en el párrafo anterior, es si el socio disconforme o ausente, puede ejercer el derecho de receso.

El problema no está solucionado en forma expresa por la ley de sociedades, por lo cual, entendemos debe investigarse figuras o situaciones que guarden analogía con el instituto en análisis.

Pensamos que, de las situaciones contempladas en el Art. 244, párr. 4º, las más análogas son, sin duda, la prórroga y el cambio fundamental del objeto. En cuanto a la primera, estando permitido el derecho de receso para el caso de prórroga antes del vencimiento del contrato, parece razonable acordarlo cuando mediante la reactivación se prolonga el plazo de duración originariamente establecido.

En cuanto a la segunda, si, como lo hemos señalado anteriormente, al operarse una causal de disolución se produce un cambio en

⁵³ PICO, A., Op. cit., p. 734, argumenta en sentido concordante con lo expuesto. Este autor distingue el derecho a la cuota de liquidación que, en su opinión es “derecho individual pero de naturaleza corporativa”, del derecho a la liquidación de la cuota, “que es personal de crédito, concreto, incondicionado e intangible que pertenece al accionista...”

el objeto social, otro tanto ocurre al decidirse la remoción de la causal de disolución.

En conclusión, entendemos, que debe considerarse que el socio disconforme o ausente puede ejercer el derecho de receso en el supuesto de reactivación⁵⁴.

VII

MOMENTO HASTA EL CUAL ES POSIBLE LA REACTIVACIÓN

Se discute también hasta cuándo es posible decidir la reactivación. Se ha sostenido que ello es posible: mientras conserva su patrimonio; hasta que se comienza el reparto del activo social: siempre que subsista la personalidad jurídica del ente, etcétera.

La mayoría de los autores que se han ocupado del tema han afirmado que la reactivación puede ser decidida hasta el momento en que se extingue el sujeto de derecho, esto es, hasta la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio⁵⁵.

Compartimos esta opinión, pero con la aclaración de que, una vez aprobado el balance de distribución, será necesaria la unanimidad, pues a partir de ese momento el derecho a la cuota de liquidación del socio, como ya lo hemos expresado, deja de estar sujeto a plazo y se convierte en exigible.

⁵⁴ Conf. ZALDÍVAR, E., Op. cit., p. 338; ROIMISER, M. G. C. DE, opina en igual sentido aclarando que, así debería ser previsto por la ley en caso de reformarse y admitir la reactivación (CÁMARA, H., Op. cit., p. 337)

⁵⁵ CÁMARA, H., Op. cit., p. 339; ZALDIVAR, E., Op. cit., p. 339. Este autor, sin embargo, opina que en las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada de más de veinte socios la decisión solo podrá adoptarse hasta el momento de la partición. Sobre este punto efectuamos una aclaración en el párrafo siguiente.

VIII

EFFECTOS DE LA REACTIVACIÓN

Acordada e inscrita la reactivación la empresa recobra toda su vitalidad y vuelve a su actividad originaria sin otra limitación que la ley, estatuto y reglamento.

Como ya lo hemos señalado, la inscripción registral en ese supuesto es constitutiva y no tiene efecto retroactivo.

Consecuentemente, si bien la sociedad será la misma, los actos cumplidos durante el interín quedan firmes ya que el acuerdo no puede perjudicar a terceros⁵⁶. Esto, precisamente es lo que la diferencia, en cuanto a los efectos que produce, de la prórroga.

IX

CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto en los párrafos anteriores, entendemos que la reactivación de sociedades disueltas es posible en nuestro derecho positivo.

Estamos convencidos de que solo razones puramente formalistas y que prescinden de la realidad económica y social, se oponen a ello.

⁵⁶ CÁMARA, H., Op. cit., p. 339; ZALDÍVAR, E., Op. cit., p. 340. El fallo dictado in re “La Distribuidora Musical. S.R.L.” (ED. 88-818). Aclara, en este sentido, con buen criterio, que “El control de legalidad implícito en la jurista del suscripto en la especie, se circunscribe al que conviene al acto que se trae a inscribir, en sí mismo (Art. 34, Código de Comercio); pero no implica abrir juicio sobre la naturaleza de los actos cumplidos y eventual responsabilidad en función de los mismos y por integridad del capital, por el período transcurrido entre la disolución y la inscripción de la reactivación. Esta se dispondrá solo con tal alcance, de lo que se dejará constancia por nota marginal”.

REACTIVACIÓN DE SOCIEDADES DISUELTAS

Por ello esperamos que a corto plazo los organismos de control, de registros y los tribunales admitan este instituto.



De la emisión y circulación del cheque

Jose Raúl Torres Kirmser¹

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El uso de órdenes de pago para movilizar dinero o valores obrantes en poder de terceros era conocido en Grecia por lo menos cuatro siglos antes de la era cristiana, según se desprende de un relato del Rector Isócrates, anotado por Caillemmer². Tal procedimiento fue generalizado en Roma y en Europa Occidental en la época medieval, encaminándose como medios de obtención de crédito por el emisor; resultando así configurada la letra de cambio que con sus lineamientos actuales, salvo la cláusula a la orden aparece por lo menos desde el siglo XIII³.

Durante la Edad Media, se usó en Italia el certificado denominado “fe de depósito”, que acreditaba el depósito de dinero en casas de banca y cuyo título era utilizado por su titular como medio de pago mediante el endoso o cesión a un acreedor.

Durante el Renacimiento, en los bancos de Nápoles y Bolonia se utilizaron órdenes de pago, libradas por depositantes a cargo del depositario, a través de instrumentos denominados “polizze”, que eran transmisibles por endoso. Títulos similares, denominados “cédula di cartolario”, también fueron utilizados por el banco de San Ambrosio, de Milán.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 25-1988.

Doctor en Ciencias Jurídicas y actual Presidente del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 3ra. Sala-Capital.

² CAILLEMER: “Études sur les antiquités juridiques d'Athènes”, París, 1865, 2e. étude, P. 186, cit. por Balsa Antelo, en “El cheque. Su régimen jurídico privado y penal”, N° 2, p. 2.

³ REBORA, Juan Carlos: “Letras de cambio”, Buenos Aires, 1928.

Cualquiera haya sido el origen remoto del cheque -dice Uria- el mérito de haber perfeccionado la institución corresponde a la práctica bancaria inglesa, que usó constantemente este instrumento desde el siglo XVIII⁴. Bouteron señala que el cheque ha podido desempeñar su papel peculiar desde que se generalizaron los bancos de depósito y el “clearing” y que ha podido dar rendimiento satisfactorio en la Inglaterra del siglo XVIII al aparecer las condiciones ambientales adecuadas⁵.

DESARROLLO LEGISLATIVO

Pese a haberse generalizado el uso del cheque en el siglo XVIII, tanto en Inglaterra como fuera de ella, no fue motivo de legislación especial hasta la segunda mitad del siglo XIX. El primer estatuto orgánico sobre la materia se halla representado por la Ley Francesa del 23 de diciembre de 1865, y que a través de sucesivas reformas sigue rigiendo hasta la fecha. Inglaterra la reglamentó específicamente por ley del 18 de agosto de 1882, que también sigue rigiendo con algunas modificaciones introducidas en 1906 y 1957. Desde tales fechas casi todos los países del mundo sancionaron normas codificadas o especiales al respecto. “En la actualidad -señala Antelo- solo carecen de legislación específica sobre cheque un corto número de países poco desarrollados, pudiéndose contar entre ellos Afganistán, Etiopía, Liberia y San Marino”⁶.

En la Argentina, la reglamentación legal arranca desde la sanción del Código de Comercio de 1889, que le dedicaba al cheque el Título XIII de su Libro II (Arts. 798 a 843), con cuatro capítulos así titulados: I) De los cheques en general; II) De los cheques cruzados; III) De las cámaras compensadoras; y IV) Disposiciones generales. Estas normas rigieron hasta el 1º de octubre de 1963, fecha en que

⁴ URIA, “Derecho Mercantil”, Madrid 1958, p. 625, cit. en Balsa Antelo, Op. cit. p. 3

⁵ BOUTERON: “Le cheque. Theorie et pratique”, París 1924, pp. 70-y sgtes

⁶ Balsa Antelo; Op. cit. N° 5, p. 7

entraron en vigencia las disposiciones aprobadas por el Decreto-Ley 4776, que luego fueron convalidadas por la Ley 16478.

Por Ley del 5 de octubre de 1903, fue adoptado por nuestro país el Código de Comercio Argentino de 1889, y se dispuso en su Art. 3º que debería entrar en vigencia el 1º de enero de 1904. Rigió en el país hasta que entró en vigencia el nuevo Código Civil Paraguayo, en fecha 1º de enero de 1987, que le dedica a este instituto el Capítulo XXVI, Sección I hasta la VII, Título II del Libro Tercero (Arts. 1696 a 1758).

En el presente trabajo, analizaremos las dos primeras secciones, en cuanto se refieren a la emisión y circulación del cheque.

MODOS DE LIBRARSE EL CHEQUE

El Art. 1.700 del Código Civil dispone: “El cheque puede ser pagadero:

- a) a una persona determinada, con la cláusula “a la orden”,
o
- b) a una persona determinada, con la cláusula “no a la orden” y otra equivalente;
- c) al portador.

El cheque a favor de una persona determinada, con la cláusula “o al portador” o bien con otra equivalente, vale como cheque al portador.

El cheque sin identificación del tomador vale como cheque “al portador”.

Fuentes: Luis De Gásperi, Anteproyecto de Código Civil, Nota al pie del Art. 2359; Art. 50 de la Ley Italiana N° 1736; Art. 3º de la Ley Brasileña N° 2591; Art. 832 del Código Federal Suizo de las Obligaciones; Art. 50 del Decreto-Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 800, inc. 50, de los Códigos de Comercio Paraguayo y Argentino; Art. 4º de la Ley Alemana de Cheques; Art. 5º de la Convención de Ginebra de 1931; Art. 6º del Decreto-Ley Argentino N° 4776/63.

En los tres primeros incisos del artículo comentado, se mencionan potestativamente las formas de emisión del cheque.

En la referida Nota al pie del Art.2359, el Prof. Dr. Luis De Gásperi expresa: “Tres son las clases de cheques que pueden emitirse: el cheque directo es como su nombre lo dice, aquel en el librador expresa el nombre del beneficiario. En Alemania y en Suiza es costumbre que los cheques directos lleven la cláusula “no a la orden” u otra indicación de este género. No usándose esta cláusula, el cheque es endosable. La cláusula “a la orden” significa que el cheque es endosable. El derecho cambiario es aplicable a la forma y efectos del endoso. El cheque puede ser endosado en blanco y el librador puede indicarse a sí mismo. El Banco de la Nación Argentina (Sucursal Asunción) exige que los cheques al portador por más de Gs. 10.000 sean endosados en blanco a favor del propio librador. Los cheques en blanco circulan con tanta facilidad como billetes de banco”.

La circulación es aquí facilitada mediante el recurso de emisión del cheque “al portador”. La comparación que se suele mencionar con el caso de la letra de cambio, cuya emisión al portador” se halla prohibida, deviene superflua cada día que pasa, por cuanto el argumento clásicamente esgrimido de que este tipo de emisiones hace a la perturbación de la masa monetaria, carece de validez y representatividad, frente al estado actual de la teoría y experiencia monetarista⁷.

Siguiendo el orden de la ley, analizaremos con mayor detalle las distintas clases de emisión y circulación del cheque.

a) Cheque a favor de una persona determinada

Bajo el régimen del Código de Comercio derogado Art. 840-el cheque nominativo era siempre endosable, ya que no había limitación al respecto al no haberse previsto la posibilidad de insertar la cláusula “no a la orden”.

⁷ BONFANTI GARRONE, “El cheque”, 2ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1975, N° 47, p. 8609

En cambio, bajo el régimen del nuevo Código Civil, el cheque nominativo con la cláusula “a la orden” o sin ella, es endosable, siempre que no contenga la cláusula “no a la orden” u otra equivalente, y si la contiene, su transmisión se hace de acuerdo con lo establecido en el Art. 1711 de dicho cuerpo legal, o sea, en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria (Ver: Luis Del Gásperi, Op. cit. Nota al pie del Art. 2370; Art. 7º de la Ley Italiana Nº 1736; Arts. 13 y 14 del Decreto-Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 14 de la Convención de Ginebra de 1931; Art. 17 del Decreto-Ley Argentino Nº 4776/63).

La determinación puede hacerse también a favor de varias personas, conjunta o indistintamente. Cuando es conjunta, el endoso debe hacerse por todos los beneficiarios. Cuando es indistinta, basta el endoso de uno de ellos (Ver Arts. 508 al 523 del Código (Civil).

b) Cheque a favor de persona determinada con la cláusula “no a la orden”

Como se ha señalado precedentemente, cuando el cheque nominativo lleva la cláusula “no a la orden” u otra equivalente, solo puede transmitirse bajo la forma y con los efectos de una cesión ordinaria, de conformidad a las disposiciones contenidas en el Capítulo III, Título II, Libro Segundo del Código Civil (Arts. 524 al 537).

El referido artículo trata de la cesión ordinaria, aunque el Código Civilo conoce la cesión de créditos. No hay más que un contrato de cesión y no es correcto decir cesión ordinaria, ya que no existe ninguna cesión extraordinaria. No ha sido intención del legislador crear un nuevo instituto, sino disciplinar la transmisión del cheque “no a la orden” conforme con las reglas establecidas por el Código Civil en sus Arts. 524 al 537.

Se ha sostenido que la finalidad de la inserción de la cláusula “no a la orden” no es hacer difícil la transmisión de la letra de cambio, de manera que no circule en bolsas y mercados, en perjuicio del crédito del emitente o revelando un negocio que él desea mantener en

secreto en la mayor medida posible, sino que su utilidad consiste en que aquél que pone dicha cláusula se asegura las excepciones personales frente a cualquier poseedor⁸. El cheque “no a la orden” se utiliza para otorgarle seguridad al instrumento y al titular del mismo, ya que -como dice Giraldi- no será suficiente para legitimar a su tenedor la existencia de una serie ininterrumpida de endosos (Arts. 1716 y 1718); su transmisión es rara en la práctica y generalmente es cobrado por el mismo beneficiario. La transmisión no produce efectos cambiarios; el cheque se convierte en un título impropio, aún cuando la orden de pago mantenga intacta su individualidad.

DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE EL ENDOSO Y LA CESIÓN

Con el objeto de esclarecer debidamente los alcances de la cláusula “no a la orden”, insertada por el librador, es conveniente señalar las diferencias más notables existentes entre el endoso y la cesión.

a) La cesión es un negocio jurídico contractual celebrado entre el cedente y el cesionario, en tanto que el endoso es una declaración de voluntad unilateral que se perfecciona con la entrega del título.

b) En la cesión, el cedente, puede no responder de la solvencia del deudor (Arts. 669, 715 y concordantes del Código Civil), sino solamente de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, en tanto que el endosante responde solidariamente del pago del cheque, salvo cláusula en contrario (Art. 1715 del Código Civil).

c) El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que podía invocar contra el cedente (Art. 535 del Código Civil), lo que no puede hacer el demandado por pago del cheque respecto del legítimo portador (Art. 1719 del Código Civil).

d) La cesión puede ser condicionada y puede tener por objeto créditos condicionales o eventuales (Arts. 669, 715 y concordantes del

⁸ SUPINO-DE SEMO, J. 1, P. 198, cit. por Pedro Mario Giraldi, Op. Cita N° 85, p. 239

Código Civil), en tanto que el endoso debe ser siempre puro y simple (Art. 1712 del Código Civil).

e) La cesión puede referirse a una parte del crédito cedido, en tanto que el endoso parcial es nulo (Art. 1712 del Código Civil)⁹.

c) Cheque a la orden del propio librador

De conformidad a lo dispuesto en el Art. 1701 del Código Civil, el cheque puede ser girado a la orden del propio librador, con la facultad de endosar el documento a quien quiera o bien de presentarlo él mismo al cobro (Ver: Luis De Gásperi, Op. cit. Nota al pie del Art. 2360; Art. 6º de la Ley Italiana Nº 1736; Art. 6º del Decreto- Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 6º de la Convención de Ginebra de 1931; Art. 8º ap. 1º del Decreto- Ley Argentino Nº 4776/63).

Con este precepto se han eliminado las dudas que se planteaban bajo el régimen del Código de Comercio y que eran resueltas, en general, por la doctrina en este mismo sentido¹⁰.

En el caso, dicho instrumento podría tener utilidad cuando el librador que lo expide a su propia orden lo cruza para depositarlo en su cuenta en otro banco y evitar de tal modo el transporte de dinero en efectivo. También puede darse el caso de que uno tenga que pagar una cuenta y para ofrecer mayor credibilidad libre el cheque a su propio nombre y lo haga certificar por el banco librado y recién lo endose en el momento del pago, evitando también en este supuesto el transporte de dinero.

d) Cheque girado por cuenta de un tercero

De acuerdo a lo dispuesto en la segunda parte del artículo mencionado precedentemente, el cheque puede ser girado por cuenta de un tercero; en este supuesto, el librador denomina “librador por

⁹ FONTANARROSA, Rodolfo O.: Ob. cit. Nº 32, pp. 80/81.

¹⁰ MALAGARRIGA, Carlos M. “Tratado Elemental de Derecho Comercial”, ed.1963, 1. IL, p. 802.

cuenta”, y aquél por cuya cuenta se emite el documento se llama “deudor a la orden”.

El caso estudiado puede tener lugar por diversos motivos. Por ejemplo, si el deudor de la orden no desea figurar como librando él un cheque determinado y encarga a un tercero que lo haga por él. También en las relaciones internacionales, cuando un banquero que carezca de corresponsales en plaza extranjera, obtenga de otro banco de su propio lugar una autorización para librar cheques sobre los corresponsales de este último que actúa en aquella plaza extranjera.

Para que funcione el libramiento por cuenta, es necesario que el dador de la orden haga abrir, en un banco, un crédito en cuenta corriente a favor del librador por cuenta¹¹. “En otros países, podría ocurrir la posibilidad de que el titular de una cuenta bancaria autorizase esta bancaria autorizase a un tercero a librar ocasionalmente un cheque sobre dicha cuenta”¹².

e) Cheque girado a cargo de una persona que no sea banco

Artículo 1.698: “El cheque se gira a cargo de un banco. Sin embargo, el título emitido o pagadero fuera del territorio de la República es válido como cheque, aún cuando se gire a cargo de una persona que no sea banco. El cheque no puede emitirse si el librador no tiene fondos disponibles en poder del girado, de los cuales tenga derecho a disponer por cheque, y de conformidad con convención expresa o tácita. El título vale como cheque, aunque no se haya observado tal prescripción”.

Fuentes: Luis De Gásperi, Op. cit. Nota al pie. del Art. 2357; Art. 3º de la Ley Italiana Nº 1736; Art. 1º de la Ley Brasileña 2591 y Art. 831 del Código Federal Suizo de las Obligaciones; Art. 3º del Decreto-Ley Francés del 30 de octubre de 1935, modificado por la Ley

¹¹ FRUGONI REY, Guillermo F. “Esquema General de los Títulos Circulatorios”.

¹² BOUTERON: “La Jurisprudence”, Nº 54, pp. 58/59, cit. por Rodolfo Fontanarrosa, Op. cit. p. 83.

Francesa del 14 de febrero de 1942; Art. 798 de los Códigos de Comercio Paraguayo y Argentino.

El Prof. Dr. Luis De Gásperi, en la referida obra, al pie del citado artículo expresa: “El Art. 799 de estos Códigos prohíbe la emisión de cheques bancarios sobre el extranjero, ni del extranjero sobre bancos establecidos en la República. Más, como es de pública notoriedad, todos los días se reciben en los bancos de Asunción, cheques bancarios librados desde Buenos Aires por correntistas domiciliados allí sobre sus fondos depositados en dichos bancos, cifrados en guaraníes y a la orden de persona domiciliada o residente acá, por lo común en pago de productos agrícolas exportados a su consignación y viceversa; no faltan en Asunción personas que poseyendo fondos radicados en bancos extranjeros, como los de Buenos Aires o New York, libran cheques cifrados en moneda nacional argentina o en dólares, en pago de mercaderías importadas de dichas plazas con destino al Paraguay. En adelante, desde la sanción del presente Código, podrán librarse cheques bancarios a cargo de personas domiciliadas en el extranjero, siquiera no sean ni banco ni banqueros. Así lo exige la intensificación de nuestro comercio exterior”.

A diferencia de lo que ocurre con la letra de cambio, en la que siempre es posible emitirla a cargo del propio librador o de un particular que no sea banco (Arts. 1298- 1300 del Código Civil), en materia de cheques rige, en principio, la regla contraria, salvo la excepción prevista en la norma examinada. Se advierte, pues, que es posible girar cheques a cargo de personas determinadas que no sean bancos, siempre que el título sea emitido o pagadero fuera del territorio de la República, en las condiciones establecidas en el artículo comentado.

En la hipótesis del caso, debe existir un convenio entre el emitente y el girado. Por otra parte, es de señalar que, para la práctica, la norma legal de objeto resulta incompleta.

f) Cheque en blanco

Art. 1696: El cheque debe contener:

- a) el número de orden impreso en el talón y en el cheque, y el número de cuenta;
- b) la fecha y lugar de emisión;
- c) la orden pura y simple de pagar una suma determinada de dinero;
- d) el nombre del banco contra el cual se gira;
- e) la indicación del lugar del pago; y
- f) la firma del librador

Los bancos imprimirán cheques numerados progresivamente en los que los datos arriba mencionados puedan ser fácilmente completados de una manera regular, tanto en el cheque como en su talón, y los entregarán, bajo recibo, a clientes habilitados para librarlos.

Fuentes: Luis De Gásperi, Op. cit. Nota al pie del Art. 2355; Art.1º de la Ley Italiana Nº 1736; Art. 1º del Decreto-Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 830 del Código Federal Suizo de las Obligaciones; Art. 2º de la Ley Brasileña Nº 2591; Arts. 798 a 800 de los Códigos de Comercio Paraguayo y Argentino; Art. 1º de la Convención de Ginebra; Art. 2º del Decreto-Ley Argentino Nº 4776/63.

Nuestro Código Civil no admite la posibilidad de emitir un cheque incompleto o en blanco, en cuanto al monto y otros requisitos esenciales que el mismo señala, ya que de admitirse se desnaturalizaría su función que es, fundamentalmente, la de instrumento de pago y se facilitarían el abuso y los fraudes.

Artículo 1697: El título en el que falte alguno de los requisitos indicados en el artículo anterior, no vale como cheque bancario, salvo los casos previstos en los siguientes apartados:

En defecto de indicación especial, el lugar consignado junto al nombre del girado, se considera lugar del pago. Si se indican varios lugares junto al nombre del girado, el cheque bancario es pagadero en el lugar primeramente designado.

En defecto de estas o de otras indicaciones, el cheque bancario es pagadero en el lugar en que ha sido emitido, y si en el mismo no existe un establecimiento del girado, en el lugar donde este tiene su establecimiento principal.

El cheque en el que no se indique el lugar de emisión, se considera firmado en el lugar indicado junto al nombre del librador

Fuentes: Luis De Gásperi, Op. cit. Nota al pie del Art. 2386; Art. 2º de la Ley Italiana Nº 1736; Art. 2º del Decreto-Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 20 de la Convención de Ginebra de 1931; Art. 3º del Decreto-Ley Argentino Nº 4776/63.

De dichas normas se infiere que el cheque debe contener todas las enunciaciones esenciales para su validez en el momento en que se emite y faltando una de ellas, carece de valor como cheque y el portador a su vez carece de derecho para completarlo, de modo que si se transmitiera el instrumento, seguirá siendo inválido respecto de los que lo recibieren incompleto o tuvieren conocimiento de las deficiencias de su emisión. Por lo tanto, el librador podrá oponer al portador que no hubiese recibido el cheque de buena fe, la circunstancia de haberlo emitido incompleto o en blanco, no obstante, cualquier convenio de llenado que hubiese celebrado con el beneficiario del título¹³.

g) Cheque a favor de una persona determinada y con cláusula “al portador”. Cheque sin indicación del beneficiario.

La tercera parte del Art. 1700, transcrita con anterioridad, prevé la posibilidad de que el cheque se libere a favor de una persona determinada, y además, llevar la cláusula “al portador” u otra equivalente, como también que el título no contenga la indicación del beneficiario. En tales casos, el cheque vale como emitido al portador y se transmite por simple tradición sin necesidad de endoso. El banco

¹³ FONTANARROSA, Rodolfo O.: Op. cit. p. 85, Nº 36; BONFANTI GARRONE, Op. cit. Nº 53, p. 97.

girado lo paga a quien lo presente al cobro (Ver: “La Ley” Argentina, 133-628).

h) Prohibición de intereses

Artículo 1702: “Toda promesa de pago de intereses inserta en el cheque se tiene por no escrita”.

Fuentes: Luis De Gásperi, Op. cit. Nota al pie del Art. 2361; Art. 7º de la Ley Italiana N° 1736; Art. 7º del Decreto-Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 7º de la Convención de Ginebra de 1931; Art. 9º del Decreto-Ley Argentino N° 4776/63.

La cláusula atributiva de intereses complicaría inútilmente, ya que el cheque es un instrumento de pago, sujeto a una vida corta. Por ello, la inserción de dicha cláusula y otras semejantes se tiene por no escrita sin invalidar el título.

i) Invalidez de algunas firmas del cheque

Artículo 1705: “Si el cheque contiene firmas de personas incapaces de obligarse por cheque, firmas falsas o imaginarias, o firmas que, por cualquier razón, no podrían obligar a la persona que ha suscripto el cheque, o a nombre de quienes ha sido firmado, las obligaciones de los otros firmantes no dejan de ser válidas, aunque el cheque no valga como tal”.

Fuentes: Luis De Gásperi, Op. cit. Nota al pie del Art. 2364; Art. 10 de la Ley Italiana N° 1736; Art. 10 del Decreto-Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 10 de la Convención de Ginebra de 1931; Art. 10 del Decreto-Ley Argentino N° 4776/63.

El artículo consagra soluciones inspiradas en el principio de la autonomía de las obligaciones cambiarias, al establecer que la invalidez de la firma estampada por alguno de los que intervienen en la circulación del cheque no invalida la de los demás. Analizaremos, pues, los supuestos contemplados en la norma examinada.

1) Firmas de personas incapaces de obligarse por cheque

La hipótesis se refiere a firmas auténticas puestas por personas incapaces. Parece que la invalidez de la firma del librador podría invalidar la obligación. Sin embargo, la solución legal es otra: los demás firmantes quedarán obligados por sus respectivas declaraciones cambiarias. Cada firmante, por el hecho de estampar su firma en el título, se obliga independientemente de los demás firmantes y se somete a las condiciones de validez de su propia obligación, frente a los portadores posteriores.

2) Firmas falsas o imaginarias

En ambos supuestos, por existir falsedad, se invalidan las suscripciones y, por consiguiente, podrían originarse efectos penales, ya que en el primer caso se reproduce por otro el nombre de una persona existente, y en el otro, de una persona inexistente. También en estos casos, los demás firmantes quedan obligados por sus respectivas declaraciones cambiarias y se obligan independientemente de los demás firmantes.

3) Firmas que por cualquier otra razón, no podrían obligar a la persona que ha suscripto el cheque, o a nombre de quienes ha sido firmado

Se incluyen en estos supuestos los de firmas estampadas de modo irregular o en circunstancias que provocasen la invalidez de la declaración cambiaria (por ejemplo, incompletas o no autógrafas, violencia física o psíquica, hipnosis, error, dolo, fraude, etc).

Reiteramos que en todos estos supuestos la invalidez de la declaración cambiaria suscripta por uno de los firmantes, aunque fuese el librador, no afecta la validez de las demás declaraciones cambiarias suscriptas en el mismo título.

MODOS DE TRANSMISIÓN DEL CHEQUE

De acuerdo a su forma de emisión, tal como ya lo hemos referido con anterioridad, varía el modo de transmisión.

Si el cheque se libra a favor de persona determinada, con o sin cláusula “a la orden”, se transmitirá por endoso (Art. 1711 del Código Civil).

Si el cheque se libra a favor de persona determinada, pero con la cláusula “no a la orden”, solo se transmitirá bajo la forma y con los efectos de una cesión ordinaria (Art. 1711, 1ª parte, del Código Civil).

Por último, si se libra al portador, como también a nombre de persona determinada con el agregado “o al portador” y sin indicación de beneficiario, se transmitirá por la simple entrega.

El cheque puede también cambiar de mano en mano por un medio no cambiario: transmisión “mortis causa”, cesión, fusión de sociedades, etc.

ENDOSOS. RÉGIMEN LEGAL

En la monografía titulada “Del Endoso” publicada en la Gaceta Judicial, Año III, 1986, págs. 51 y sgtes., he analizado los antecedentes históricos, el concepto y los caracteres de este instituto. También he formulado un comentario exegético de las normas establecidas en la Sección II, Capítulo XVI, Libro III, del Código Civil, referentes al endoso de la letra de cambio (Art. 1311 a 1321). Por ello, y en razón de que la mayoría de tales normas se hallan reproducidas en la Sección que comentamos, me remito a la misma a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Nuestro Código de Comercio anterior prescindió de reglamentar en particular el endoso de cheques, limitándose a autorizarlo en su Art. 840, cuando se tratare de cheques girados a la orden o a nombre de determinada persona; resultando consiguientemente de aplicación supletoria las normas respectivas sobre letra de cambio (Art. 836).

El nuevo Código Civil, hoy en vigencia, que reglamenta el endoso en particular, sigue el método de la Ley Uniforme de Ginebra de 1931, que lo trata en sus Arts. 13 a 22 bajo el título “De la transmisión del cheque”. En ella se inspiró De Gásperi para formular su Anteproyecto de Código Civil, en los Arts. 2370 a 2380 (Capítulo II, Título II, Libro Segundo); y que a su vez sirvió de base a la Comisión Nacional de Codificación para la elaboración del Anteproyecto, que en la fecha constituye el nuevo Código Civil Paraguayo.

Como ya hemos visto, el endoso constituye uno de los medios típicos de transmisión de los títulos circulatorios (Art. 1711 del Código Civil).

a) Endoso condicional y endoso parcial. Endoso al girado

Art. 1712: “El endoso debe ser puro y simple. Toda condición a la cual se lo subordine se tendrá por no escrita”.

El endoso parcial es nulo. El endoso al portador vale como endoso en blanco.

El endoso al girado solo vale como recibo, salvo el caso en que el girado tenga varios establecimientos, y el endoso se haya hecho a beneficio de un establecimiento distinto de aquél a cargo del cual el cheque haya sido girado.

Fuentes: Luis De Gásperi, Op. cit. Nota al pie del Art. 2371; Art. 19 de la Ley Italiana N° 1736; Art.16 del Decreto-Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 15 de la Convención de Ginebra de 1931; Art. 13 de Decreto-Ley Argentino N° 4776/63.

En primer lugar, se establece que el endoso debe ser puro y simple, y condición a la cual se lo subordine se tendrá por no escrita. Con ello se tiende a facilitar la circulación y evitar toda interferencia que, bajo la forma de términos, condición o cargos, pretenden introducir los endosantes.

En segundo lugar, se establece que el endoso debe ser integral, o sea, por todo su importe, siendo, en consecuencia nulo el endoso

parcial. En esta segunda parte, también se establece que el endoso realizado al portador produce los mismos efectos que el endoso con la firma del endosante en blanco. Transfiere la letra a la orden del portador. La transmisión de la letra por endoso en blanco permite al tomador colocarse a cubierto de toda responsabilidad cuando este transmite a su vez, por tradición manual sin endoso alguno, sin su firma, como la moneda.

Respecto a la parte final del artículo, en cuanto expresa que el endoso del cheque al girado vale solo como recibo, Balsa Antelo comenta: “Al menos en la República Argentina resulta superflua, pues en ella ningún banco paga cheques contra endoso por el tenedor, concretándose a conservarlos como constancia del pago”¹⁴.

Comparto dicho comentario ya que nuestra práctica bancaria es similar a la misma.

La excepción contemplada en la parte final de este artículo se refiere a las casas, agencias y sucursales del girado, agregándose que aunque estos organismos constituyan jurídicamente una sola persona, la ley admite el endoso del cheque a un establecimiento o agencia del banco girado, para negociar el documento¹⁵.

b) Formalidad del endoso

Art. 1713: “El endoso debe ser escrito en el dorso del cheque, o en una hoja unida al mismo y firmado por el endosante.

Puede el endoso no designar al beneficiario o consistir simplemente en la firma del endosante”.

Fuentes: Luis De Gásperi, Op. cit. Nota al pie del Art. 2372; Art. 1º de la Ley Italiana N° 1736; Art. 15 del Decreto-Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 16 de la Convención de Ginebra de 1931; Art. 14 del Decreto-Ley Argentino N°

¹⁴ Balsa Antelo, Op. cit. No 31, p. 69.

¹⁵ Díez Mieres; “Cheque, Letra de Cambio, Pagarés hipotecarios y prendarios”, p. 41.

El endoso debe ser escrito y en todos los casos la firma es ineludible. Esta exigencia de formular el endoso al dorso mismo del cheque no se establece en este Código como condición esencial al legislar sobre las letras de cambio. En cuanto a la añadidura de hoja, debe entenderse su procedencia para continuar la serie de endosos, cuando estos colmen el reverso del título. El artículo, en su última parte, prevé el endoso en blanco, como opuesta al endoso nominativo y que tiene lugar cuando el endosante no hace preceder su firma de ninguna fórmula de transferencia ni mención del nombre del endosatario. Tal endoso -en la letra de cambio- debe estamparse en el reverso de la letra, pero no en el anverso, puesto que podría ser considerado como una aceptación.

La norma comentada no impone indicar la fecha del endoso. Corresponde, en consecuencia de ella, que la prueba de la fecha quede a cargo de quien tenga interés en su demostración. Si el endoso contuviese fecha, esta deberá tenerse por cierta mientras no se aporten pruebas en contrario, siendo a cargo del impugnante la producción de estas¹⁶.

c) Transmisión del cheque con endoso en blanco

Art. 1714: “El endoso transmite todos los derechos inherentes al cheque. Si el endoso es en blanco, el portador puede:

- a) llenar el blanco, sea con su propio nombre o el de otra persona;
- b) endosar nuevamente en blanco el cheque, o a otra persona;
- c) remitir el cheque a otro, sin llenar el blanco, ni endosarlo”.

Fuentes; Luis De Gásperi, Op. cit. Nota al pie del Art. 2372; Art. 20 de la Ley Italiana N° 1736; Art. 17 del Decreto-Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 17 de la Convención de Ginebra de 1931; Art. 15 del Decreto-Ley Argentino N° 4776/63.

¹⁶ Idem, Op. cit. pp. 43/44.

Este artículo, tras consignar que el endoso transmite todos los derechos emergentes del cheque, menciona distintos modos según los cuales puede transmitirse el cheque endosado en blanco.

En el primero de dichos supuestos, el portador, al llenar el endoso con su nombre, quedará ligado como endosatario a las ulteriores del cheque, según el Art. 1746 del Código Civil, pero no constituirá un reendoso si se limita a llenar el claro con el nombre de un tercero. En este último caso, el tenedor queda desvinculado como si no hubiera intervenido en la circulación respecto de los demás. Se integraría propiamente para su cobro sin perjuicio de que el instrumento continúe circulando a través de otro endoso, ya sea nominativo o blanco.

En la segunda hipótesis, se establece que el portador podrá endosar nuevamente en blanco el cheque o a otra persona, con los efectos consiguientes.

En la tercera posibilidad, se trata de la transmisión del cheque endosado en blanco, mediante simple tradición, por haberse convertido en “al portador”, por efecto del endoso en blanco. El tenedor del cheque podrá presentarlo al cobro sin necesidad de endosarlo o bien transmitirlo con la simple entrega sin integrar la relación cambiaria.

d) Garantía del endosante

Art. 1715: “El endosante, salvo cláusula en contrario, responde del pago. Puede él prohibir un endoso. En este caso, no responde del pago a aquellas personas a cuyo favor el cheque haya sido ulteriormente endosado”.

Fuentes: Luis de Gásperi, Op. cit. Nota al pie del Art. 2374; Art. 21 de la Ley Italiana N° 1736; Art. 18 del Decreto-Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 18 de la Convención de Ginebra de 1931; Art. 16 del Decreto-Ley Argentino N° 4776/63.

El endosante es responsable como si él mismo hubiese librado el cheque, salvo que por cláusula especial consignada en el mismo

cheque se hubiese exonerado del pago. La responsabilidad del endosante es una responsabilidad subsidiaria. Ella no tiene lugar sino cuando presentado en vano el cheque no ha sido pagado. Solo cuando el girado haya pagado queda el endosante liberado.

El endosante puede prohibir todo otro endoso posterior. En este caso, queda al abrigo de todo recurso de parte de aquellos a quienes la letra ha sido transferida contra su prohibición. Más los endosantes anteriores seguirán respondiendo de su obligación cambiaria, porque su obligación cambiaria, siendo esta “in sólido”, cada endosante responde por el todo, sin que el pago hecho por uno libere a los otros. La prohibición no invalidará los nuevos endosos, pero la garantía del endos ante no alcanzará a amparar a esos nuevos adquirentes.

Art. 1716: “El tenedor de un cheque se reputa portador legítimo de él si justifica su derecho por una serie ininterrumpida de endosos, aunque fueren en blanco. Los endosos tachados se consideran a estos efectos como no escritos.

Cuando un endoso en blanco es seguido de otro endoso, el suscriptor de este se reputa haber adquirido el cheque, por endoso en blanco”

Fuentes: Luis De Gásperi, Op. cit. Nota al pie del Art. 2375; Art. 22 de la Ley Italiana N° 1736; Art. 19 del Decreto-Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 19 de la Convención de Ginebra de 1931; Art. 17 del Decreto-Ley Argentino N° 4776/63.

El cheque reconoce siempre un deudor cierto, que es el que lo libra o endosa, y un acreedor aparente, que es el que lo posee. La ley legitima esa apariencia para convalidar la circulación del título y el ejercicio de los respectivos derechos. La legitimación cambiaria es, por consiguiente, activa. Significa el derecho del poseedor del instrumento cambiario para presentarlo y hacerlo valer como titular de los derechos que apareja, según las condiciones legales y la índole del título que califican esa posesión con mayor o menor energía. La regla cambiaria se atiene a la manifestación formal de la posesión para

legitimar ese derecho, aunque el poseedor no sea verdadero propietario. Por eso se denomina también legitimación formal a la de la posesión; en contraposición a la legitimación material, la del propietario del instrumento.

La legitimación formal es complemento necesario de la protección al título. La sola exteriorización de la posesión hace presumible la propiedad y significa la prueba en juicio sumario, con justificación práctica de las necesidades del comercio. En el principio de la legitimación se asienta el resorte básico de la negociabilidad cambiaria de valores que se identifican con el mismo título.

El pago solo puede ser exigido por el titular del derecho, esto es, el propietario del título. Pero quien ejercita este derecho no necesita demostrar ni la propiedad del título ni la posesión de buena fe; le basta la presentación de la letra en su carácter de tenedor legítimo, carácter justificado con una serie ininterrumpida de endosos, que se enlazan regularmente hasta llegar a su propio nombre. La letra “per se” cumple una función muy suya, la función de legitimación de su titular. El portador no está obligado a justificar la legitimidad o autenticidad de las firmas de los distintos endosantes. Tampoco debe cerciorarse respecto a la capacidad de los endosantes, ni sobre la insuficiencia de los poderes de sus mandatarios¹⁷.

La norma comentada expresa que los endosos tachados se considerarán a estos efectos como no escritos. La tachadura significa la interrupción de la serie, cuando se trata de endosos que deben eslabonarse con las firmas que les preceden y subsiguen. También implica la cancelación de la garantía. Las mismas consecuencias aparejarán el endoso cancelado, borrado o testado en cualquier otra forma material¹⁸.

¹⁷ Idem, Op.cit.pp. 185/186

¹⁸ Idem, Op.cit.No 66, p. 46

Cuando los endosos son en blanco, no es dable hablar de serie, ya que los endosos no se articulan eslabonados, nos se articulan eslabonados, y la legitimación la confiere la posesión del título con el último endoso en blanco.

f) Endoso del cheque al portador

Art. 1717: “El endoso de un cheque al portador responsabiliza al endos ante en los términos de las disposiciones que regulan la acción de regreso; pero no convierte el título en un cheque a la orden”.

Fuentes: Luis De Gásperi, Op. cit. Nota al pie del Art. 2376; Art. 23 de la Ley Italiana N° 1736; Art. 20 del Decreto-Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 20 de la Convención de Ginebra de 1931; Art. 18 del Decreto-Ley Argentino N° 4776/63.

El endoso que se incorpora en un cheque al portador tiene el efecto de agregar la garantía de su firmante. El endoso puede ser en blanco, al portador o nominativo, y en ningún caso -como expresa la norma- el endosante podrá ya que el convertir el cheque en un título a la orden, mismo seguirá siendo al portador y transmisible por simple entrega.

g) Desposesión del cheque

Art. 1718: “Si de cualquier manera haya sido una cualquier manera haya sido una persona desposeída de un cheque a la orden, el beneficiario que justifique su derecho, no está obligado a entregarlo salvo que lo haya adquirido de mala fe, o que al adquirirlo haya incurrido en culpa grave”.

Fuentes: Luis De Gásperi, Op. cit. Nota al pie del Art. 2377; Art. 24 de la Ley Italiana N° 1736; Art. 21 del Decreto-Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 21 de la Convención de Ginebra de 1931; Art. 19 del Decreto-Ley Argentino N° 4776/63.

La posesión del cheque es la condición necesaria para el ejercicio efectivo de la acción cambiaria y crea a favor del portador el poder

de repeler cualquier acción de reivindicación salvo cuando lo hubiese adquirido de mala fe o si al adquirirlo hubiese cometido falta grave.

“En el conflicto que se suscita entre el derecho del titular desposeído y el interés comercial en la seguridad de este instrumento de pago, como de los demás documentos cambiarios -señala Diez Mieres-, la ley hace prevalecer este último interés. Las personas que negocian con cheques, que aparentemente son corrientes, no tienen a su alcance los medios de asegurar hasta donde llega el derecho de su semejante, y se satisfacen pudiendo comprobar tan solo la legitimidad formal que el propio título ostenta. Exigirles otro conocimiento, que no trasciende en la materialidad del título, implicaría menoscabar la estabilidad de las transacciones que la ley ha querido preservar”¹⁹.

h) Defensas oponibles

Art. 1719: “Las personas demandadas en virtud del cheque no pueden oponer al portador las excepciones fundadas sobre sus relaciones personales con el librador, con los portadores anteriores, a menos que ellas lo hayan adquirido dolosamente en perjuicio del deudor”.

Fuentes: Luis De Gásperi, Op. cit. Nota al pie del Art. 2378; Art. 25 de la Ley Italiana N° 1736; Art. 22 del Decreto Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 22 de la Convención de Ginebra de 1931; Art. 20 del Decreto-Ley Argentino N°4776/63.

De Gásperi, en su Anteproyecto de Código Civil, al comentar dicha norma, expresa: “Las excepciones que el girado puede oponer son: la de inexistencia de provisión de fondos y la del transcurso del plazo útil de presentación del cheque de parte de su poseedor. Quedan excluidas las excepciones fundadas sobre sus relaciones personales con el librador, o con los portadores anteriores, a menos que el

¹⁹ Idem.Op.cit.No 68, p. 48.

portador haya adquirido el cheque conscientemente en daño del girado”.

“El girado de un cheque bancario no es sino un mero encargado del pago, por oposición del girado de una letra de cambio, que es deudor del pago hacia el poseedor”.

“Como puede verse por el Art. 2396 del presente Código el portador no tiene acción cartular contra el girado del cheque bancario, sino solo la acción de regreso contra el librador o el endosante, y todo porque el girado del cheque bancario no asume ninguna obligación propia, ni puede ser llamado a aceptar el cheque. La adquisición de mala fe del cheque bancario con la sola intención de causar daño al girado sería dolosa y facultaría al girado a oponer al portador del cheque la excepción de dolo”²⁰.

La acción cambiaria puede ser intentada ya sea por la vía ordinaria, ya sea por la vía ejecutiva.

La acción ejecutiva que se le confiere al tenedor legítimo del cheque es la acción cambiaria que resulta de la propia naturaleza del cheque, por lo que contra la misma no puede oponerse defensas atinentes al negocio causal.

Diez Mieres, al comentar el Art. 20 del Decreto N° 4776/63, que es similar al Art. 1719, refiere: “El C. Pr. N. restringe aún más la defensa del accionado en juicio ejecutivo, donde no es admisible ninguna excepción por la que se discuta la legitimidad de la causa. En juicio ejecutivo, tanto en el seguido entre el firmante demandado y un tercero como en el ventilado entre las mismas partes del negocio que motivó la obligación, no cabe la excepción referida a la legitimidad de la causa. Pero la disposición del Art. 20 asume su verdadero sentido en el juicio ordinario. En este juicio es el portador del cheque tercero de buena fe es el único que puede prevalerse de la inoponibilidad de excepciones basadas en la causa.

²⁰ DE GÁSPERI, Luis: Op. cit. p. 743mo

Cuando el demandado tuviera excepciones que oponer fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los portadores anteriores, solo podrá hacerlas valer contra un tercero accionante en el caso de que este, al adquirir el cheque, hubiese obrado deliberadamente en desmedro del accionando²¹.

i) Endoso mandato

Art. 1720: “Si al endoso de un cheque se le agrega la cláusula “valor al cobro”, “por cobro”, “por poder” o cualquiera otra que implique un simple mandato, podrá el portador ejercer todos los derechos inherentes al cheque, pero no podrá endosarlo sino a título de procuración.

En este caso los obligados no pueden oponer al portador sino las excepciones oponibles al endosante.

El mandato contenido en un endoso por poder, no se extingue por la muerte del mandante o por su incapacidad sobreviniente”.

Fuentes: Luis De Gásperi, Op. cit. Nota al pie del Art. 2379; Art. 26 de la Ley Italiana N° 1736; Art. 23 del Decreto-Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 23 de la Convención de Ginebra de 1931; Art. 21 del Decreto-Ley Argentino N° 4776/63.

El artículo prevé los casos de endoso impropio, por el que no se transmite la propiedad del cheque, sino que importa la entrega del mismo para que el apoderado gestione su cobro.

La disposición contempla que la entrega del documento se haga llevando el endoso la cláusula “valor al cobro”, “al cobro”, “en procuración”, u otra indicación de mandato. El portador o endosatario a título de mandato puede ejercer las acciones cambiarias y cobrar judicial o extrajudicialmente; también tiene el derecho de sustituir el mandato por medio de un endoso a ese solo efecto, pero no puede transferir la propiedad. Los deudores demandados solo tienen contra

²¹ DIEZ MIERES, Op. cit. No 69.

el accionante las defensas que hubiesen podido oponer al que endosó primero como mandante.

El endoso como mandato subsiste, aunque fallezca o se incapacite el randante²².

j) Endoso fuera de tiempo propio

Art. 1721: “El endoso hecho después del protesto, o de una comprobación equivalente, o bien después de expirado el término para la presentación del cheque, solo produce los efectos de una cesión ordinaria.

Salvo pacto en contrario, el endoso sin fecha se presume hecho antes del protesto, o de la comprobación equivalente, o bien antes de expirar el plaz indicado en el apartado anterior”.

Fuentes: Luis De Gásperi, Op. cit. Nota al “pie del Art. 2380; Art. 27 de la Ley Italiana de 1736; Art. 24 del Decreto-Ley Francés del 30 de octubre de 1935; Art. 24 de la Convención de Ginebra de 1931; Art. 22 del Decreto-Ley Argentino N° 4776/63.

El endoso hecho después del protesto o de una comprobación equivalente o bien después de expirado el término para la presentación del cheque es válido, aunque solo produce los efectos de una cesión ordinaria. Por ello, al cesionario le son oponibles las mismas excepciones personales que competen contra los cedentes. Además, el cheque no puede circular en lo sucesivo por endoso, sino con el alcance de una cesión.

La cesión establecida en el artículo comentado difiere de la cesión de créditos establecida en los Arts. 524 al 537 del Código Civil, en razón de que en el caso en estudio no es necesario llenar las formalidades establecidas en tales artículos, ya que basta la firma del cedente al dorso del cheque para que se opere la cesión.

²² Idem, Op.cit.p. 203.

Resulta difícil determinar cuando ha sido hecho el endoso, ya que corrientemente se efectúa por medio de la sola firma del endosante y sin fecha. La ley presume hecho antes del protesto, o de la comprobación equivalente, o bien antes de expirar el plazo para su presentación, salvo prueba en contrario, que puede resultar de circunstancias tales como la comprobación de que los documentos se hallaban en poder del titular originario después de expirado el término para su presentación, o de haber sido levantado el protesto a nombre del titular anterior; la alegación y prueba de esas circunstancias no son admisibles en juicio ejecutivo, si no resultaran de las propias constancias de la demanda.



El capital en las Sociedades Anónimas

Manfredo Maria Ramirez Jou¹

El derecho societario es uno de los temas más prolíficos y de la mayor importancia actual en la sociedad moderna. Dentro de dicho campo, las sociedades anónimas son, sin duda alguna, el instrumento más formidable para el comercio a gran escala y elemento hábil para la conjunción de los diversos factores que conforman la moderna empresa.

No es necesario abundar en fundamentaciones para demostrar la influencia que han alcanzado hoy en día este tipo de sociedades, las personas jurídicas privadas de mayor complejidad y control estatal de todas aquellas previstas no solo en nuestro Código Civil, sino en la enorme mayoría de los ordenamientos legales pertinentes. (Ejemplo: Ley argentina de Sociedades Comerciales, Ley peruana, Brasileira, alemana, Código Italiano, etc.).

Debe decirse que aumenta la importancia que se acuerda a la eficiente coordinación de los factores de la producción, organización que se logra mediante la empresa; al paso que la creciente necesidad de capitales hace que la sociedad anónima, una sociedad patrimonial por excelencia, sea el medio más adecuado para la consecución de los fines mencionados.

Por consiguiente, a mayor trascendencia de la herramienta que constituyen las sociedades anónimas para el desarrollo empresario, y, por ende, de la producción, mayor es la atención que le concede el Estado, por medio de las normas legales, y del control de esa legalidad exigida, por intermedio de los organismos a quien el Estado encarga dicho control.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 25-1988.

Así planteadas las cosas, su regulación legal adquiere relevancia y trascendencia.

El tema del capital de las sociedades anónimas ha sido objeto de diversos comentarios y opiniones de numerosos colegas, con motivo de la sanción y promulgación del Código Civil Paraguayo. A ese respecto, el presente sin comentario pretende constituirse en un aporte mas entrar a emitir juicios acerca de las mencionadas opiniones, salvo alguno disperso, y aquellos que surgen naturalmente de la posición que sustentamos en la materia.

El Código Civil vigente regula la cuestión del capital, en lo que interesa a este trabajo, bajo las disposiciones contenidas en los Arts. 1.050, 1.051, 1.080, sin que la mención del articulado correspondiente sea exhaustiva.

Es de señalar que las normas completas no siempre están expresadas en un solo artículo o inciso de una ley. Por lo general van dispersas en varios artículos, pues estos se limitan casi siempre a mentar solamente “partes” de normas: preceptos, disposiciones, reglas, definiciones, etc. Por tanto, la labor del intérprete debe ser cuidadosa, medida, llevando a la tarea todas las herramientas necesarias para que la norma responda realmente a las expectativas y conjugue las aspiraciones que en ella se plasman a través del legislador.

Yendo al análisis de las disposiciones citadas, nos encontramos con que el Art. 1.050 determina los requisitos que ha de contener el acto jurídico de constitución de una sociedad anónima. Amén de la escritura pública, el Código establece los requisitos mínimos insoslayables para la constitución de la Sociedad Anónima, salvo en aquellas cuestiones en las que el Cuerpo legal provee de normas supletorias, a ser aplicadas en ausencia de disposiciones asumidas por los contratantes.

El citado artículo en su inciso d) establece cuanto sigue: “el acto constitutivo indicará: d) el monto del CAPITAL AUTORIZADO, SUSCRITO E INTEGRADO...”.

La primera labor que se impone es el análisis lingüístico, es decir gramatical y semántico de la norma. A los efectos de la interpretación legal, no puede prescindirse de este instrumento, sin perjuicio de la adopción de otros que complementen, confirmen o modifiquen sus resultados.

La norma establece que deberán enunciarse los montos de distintos tipos de capitales. Notemos que la norma imperativa, en razón de la verbalización asumida por la misma. Y decimos distintos tipos de capitales en razón de que los adjetivos AUTORIZADO, SUSCRITO E INTEGRADO, que se hallan inequívocamente referidos al sustantivo CAPITAL se hallan unidos entre sí por el signo de puntuación COMA y la conjunción copulativa E, lo que nos indica que no cabe posibilidad gramatical alguna de considerar a los adjetivos utilizados como sinónimos entre sí, antes bien, nos indica que se trata de tres tipos distintos de capital. Bien pudiera leerse esta norma de la siguiente manera: “el monto del capital autorizado, el monto del capital suscripto y el monto del capital integrado”, sin que ello varíe en nada el contenido de la disposición legal y por ende su significado permanece intacto.

Concluimos pues, primariamente, con que la ley exige la mención de tres tipos de capital en el acto constitutivo de la Sociedad Anónima. Volveremos después al análisis semántico de los vocablos utilizados para adjetivar el sustantivo capital, el cual nos permitirá concluir, lo adelantamos, que se trata también de entes conceptuales distintos los unos de los otros.

Vayamos ahora al análisis de las fuentes de la disposición legal, a los efectos de su comparación y de modo a constatar su identidad o no con las mismas.

El Art. 1.656 del Anteproyecto De Gásperi dice: “La sociedad debe constituirse por escritura pública. El acto constitutivo debe indicar: 4) EL MONTO SUSCRITO E INTEGRADO. Notese que a simple vista hay diferencia en la formulación de la norma, diferencia que es gramatical y conceptual. Gramatical, en el sentido de que no

está expresado el sustantivo capital, el cual se encuentra referido en el artículo inmediato anterior del Anteproyecto, es decir 1655, cuando dice la sociedad por acciones debe constituirse por un capital no inferior a un millón de guaraníes, íntegramente suscripto. Conceptual, en el sentido de que no hay en la fuente analizada la mención del capital autorizado, el cual si figura en la norma positiva.

A su vez, el Art. 2.328 del Codice Civile Italiano de 1942 (fuente del Anteproyecto) dispone, en la parte pertinente, lo siguiente: “La sociedad debe constituirse por acto público. El acto constitutivo debe indicar: 4- el monto del capital suscripto y desembolsado...”. Notese la similitud entre las dos disposiciones últimamente citadas. El artículo reconoce también como fuentes a distintos artículos del hoy derogado Código de Comercio.

Como se ve, nuestro Código se aparta decididamente de sus modelos. Y ese apartamiento tan claro debe ser sopesado cuidadosamente por el interprete a los efectos de su comprensión.

Hasta aquí nada autoriza a suponer que vayan a surgir problemas en la interpretación de las normas. Los supuestos inconvenientes resultan del análisis del Art. 1.051 del Código, que expresa: “Para proceder a la constitución de una sociedad es necesario: a- que se haya suscripto por entero el capital social...”. Es claro aquí que se introduce un concepto, el de CAPITAL SOCIAL, que no estaba enunciado en la norma antes analizada.

Siguiendo el análisis gramatical del texto, y conjugándolo con el Art. 1.050, inc. d-, estableceremos las siguientes conclusiones:

1- El concepto de capital social no se halla expresado en el Art. 1.050

2- Dicho artículo establece las tres formas del capital que han de enunciarse obligatoriamente en el acto de constitución de la sociedad anónima. Digamos, muy de paso, que el hecho de la obligación de enunciarlos no implica la imposibilidad de que los mismos sean idénticos en su monto, por decisión de los contratantes (serán socios

de la S.A., una vez que culmine el proceso gestionario de constitución). Sin embargo, la mentada posible identidad será fáctica y no conceptual.

3- Por tanto, debemos concluir que el capital social, cuya suscripción íntegra se requiere por mandato del Art. 1.051 debe ser, ahora sí, sinónimo de alguna de las clases de capital enunciadas en el Art. 1.050 del Código.

Ellocen razón de que la norma que establece las enunciaciones esenciales del contrato social no menciona al capital social.

Habrà pues que analizar las fuentes del Código en lo relativo a esta norma, y con posterioridad realizar la tarea de delimitación de los conceptos enunciados para determinar a cuál de los tres tipos de capital referidos en el Art. 1.050 corresponde la conceptualización de capital social establecida por el Art. 1.051.

Las fuentes del Código son el Art. 1.657 del Anteproyecto De Gásperi, el Art. 2329 del Código Italiano y el Art. 186 de la ley 19.550 “Ley de Sociedades Comerciales” de Argentina.

En las fuentes mencionadas, con enorme similitud, se requiere que el capital social se halle íntegramente suscrito. Debe anotarse que, en las mismas, en ningún caso, figura la mención al capital autorizado lo cual fue introducido por la Comisión Nacional de Codificación en el Proyecto Definitivo enviado al Parlamento Nacional para su estudio y posterior sanción. En la obra del Dr. Raúl Sapena Pastor, “Fuentes próximas del Código Civil”, pág. 196, se indica que este artículo sufrió modificación en la Honorable Cámara de Senadores, sin indicarse, por la índole del trabajo mencionado, la sustancia de la modificación.

Ahora bien, antes de emitir pronunciamientos acerca de la sinonimia del concepto CAPITAL SOCIAL con ALGUNO DE LOS MENCIONADOS EN EL ART. 1.050, intentemos una breve aproximación al concepto capital. Ello a los efectos de realizar el estudio semántico de los términos en cuestión.

Este concepto, de frecuentísimo uso en economía, derecho y contabilidad no ha logrado, de parte de la doctrina en cada uno de los campos enunciados, una significación generalmente adoptada, habiendo variaciones en su enunciado, ya de detalles, ya de profunda significación.

No hemos de pretender, *brevitatis causae*, una reseña ni siquiera somera, de la historia del vocablo, ni de las controversias doctrinarias que ha suscitado, ya que ello que implicaría repasar por entero diversas disciplinas científicas, en especial la Economía, lo cual no constituye objeto del presente comentario, y sería tarea superior a nuestras fuerzas en caso afirmativo.

Pero podríamos encuadrar el concepto del capital como el patrimonio de una sociedad (en este caso específico), es decir, el conjunto de las relaciones jurídicas de las cuales aquella es titular, relaciones de propiedad, de goce, de garantía sobre cosas incorporeales o corporeales.

Así lo enseña Vivante en su *Trattato*, t. II, pág. 191, citado por Francisco Bobadilla en la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo II, páginas 628 y siguientes. Prosigue diciendo el autor citado: “Frente al patrimonio o capital efectivo, esencialmente mudable, está el capital nominal de la sociedad, fijado por el contrato en una cifra estable, con una función contable y jurídica, y una existencia de derecho y no de hecho. Todos los esfuerzos legislativos tienden a hacer coincidir, en el momento que se constituye la sociedad, el VALOR DEL PATRIMONIO SOCIAL CON EL MONTO DEL CAPITAL, después esta coincidencia momentánea, cambia, favorable o desfavorablemente, según las vicisitudes económicas de la sociedad. La diferencia entre el patrimonio siempre mudable y el capital -cifra constante-, es acompañada en el balance por variación del capital fijo, sino por variación de los fondos accesorios, de las reservas, de las ganancias y de las pérdidas, que sumadas algebraicamente al capital representan el patrimonio íntegro de la sociedad. El capital constituye un saldo fundamental y constante para la formación del balance social; y como tal debe figurar en el pasivo de cada ejercicio por la suma establecida en

el acto constitutivo, de manera que, contraponiéndose al mismo, se inscriba en el activo un fondo equivalente de bienes, créditos o de pérdidas para garantía o para advertencia de los acreedores sociales...”.

De la esclarecedora exposición previa, deducimos que el capital social de la sociedad anónima es en el instante de la constitución su patrimonio social, coincidiendo matemáticamente en ese momento con el patrimonio; para no hacerlo, sino circunstancialmente, con tenor de lo expresado en la transcripción que antecede.

Nos interesa esta coincidencia inicial entre patrimonio y capital, en razón de que estamos hablando precisamente de la constitución del ente, y debemos encontrar la sinonimia que propusieramos como objetivo de análisis y búsqueda.

Esa coincidencia nos permite analizar el concepto de patrimonio social, que en el momento indicado, es idéntico al concepto de capital social, en razón de ser ambos conceptos el conjunto de relaciones jurídicas de las cuales es titular de la sociedad en constitución. En suma, el capital social será el conjunto de las obligaciones asumidas por los contratantes del acto constitutivo de sociedad, obligaciones que serán cumplidas parcial o totalmente, según que los aportes sean totalmente desembolsados, o transferidos a la sociedad, o sean integrados solo en una porción, obligándose a la integración diferida del resto, conforme las cláusulas contractuales que se establezcan para regir la relación jurídica, mediante el pertinente contrato de suscripción de acciones.

Veamos ahora, brevemente también, a cuál de los conceptos indicados en el Art. 1.050 le corresponde el concepto de capital social.

Evidentemente no puede ser correspondiente al de capital autorizado, en razón de que este es aquel al que podrá llegarse por la sociedad, sin necesidad de modificación de los estatutos sociales, es decir aquel monto al cual el Estado y los socios prestan asentimiento, adelantadamente, para que sea el monto tope del capital social mediante para ello la decisión de los órganos sociales correspondientes.

Reiteramos que fácticamente pudiera ser que coincidan los montos del capital social y autorizado, coincidencia que es fáctica y no conceptual.

De los dos conceptos restantes, es decir capital suscrito e integrado, digamos en primera instancia, que el primero de ellos embebe al segundo. Efectivamente, el hecho de la integración de un aporte implica la previa suscripción por intermedio del acto jurídico bilateral de suscripción de acciones, por las cuales el contratante se obliga a efectuar un aporte a la sociedad, y esta darle en cambio títulos-valores, es decir acciones, que representan la porción de capital correspondiente a aporte, y que le permitirán su participación en la sociedad, en la forma, con los derechos y deberes correspondientes, indicados por la ley y los estatutos sociales.

Digamos pues que el capital suscrito se halla constituido por la suma de valores (dinerarios o no) comprometidos para su aporte a la sociedad. Esos aportes podrán ser realizados efectivamente en concomitancia con la suscripción, o su cumplimiento diferido en el tiempo.

Si los aportes se hacen efectivos, dichos valores constituyen el capital integrado de la sociedad.

Por otro lado, la sociedad tiene acción para exigir de los promitentes el cumplimiento de las obligaciones por ellos asumidas, y en dicho sentido integran su patrimonio, en carácter de capital suscrito.

De lo dicho se deduce entonces que el capital social se corresponde directamente con el capital suscrito, en razón de ser ambas palabras sinónimas, a tenor de lo expuesto. A idéntica conclusión ha de llegarse por el más corto camino de analizar solamente la frase del Art. 1.051 en cuestión. En efecto, el hecho de requerirse que el capital social se halle íntegramente suscrito, nos lleva a concluir que el concepto de capital social tiene, por imperativo legal, como característica resaltante suscripción íntegra. Continuando con el razonamiento, en una norma como el Art. 1.050, no se menciona sino al

capital suscrito y no al capital social, ha de concluirse a su respecto que el último de los citados (capital social) le corresponde con el suscrito, en razón de participar este de la naturaleza del primero.

Concluimos entonces que el Código exige que se enuncien los montos de los capitales autorizados, suscriptos e integrados de las sociedades anónimas en los actos constitutivos de las mismas, y que debe suscribirse por entero el capital social, el cual es el suscrito.

La redacción poco feliz del Código en lo que respecta al 1.051 es consecuencia de los siguientes motivos:

1- El Art. 1.051 en la parte que analizamos es trasiego exacto del Anteproyecto de De Gásperi.

2- El Art. 1.050 del Código no responde a sus modelos. Al contrario, de la confrontación con los mismos, surgen que rechaza el sistema utilizado por los mismos.

3- De Gásperi, en su Anteproyecto, utiliza las locuciones sin inconvenientes gramaticales, en razón de mencionar la palabra capital en el Art. 1.656, y sí en razón de no hacerlo en el 1.657. En efecto, De Gásperi dice en el primero: "los montos suscriptos e integrados", y en el segundo "que se haya suscrito por entero el capital social". De allí concluimos también que las conceptuaciones suscrito y social son sinónimas, y esta sinonimia no es alterada por el Código vigente, con la expresa aclaración de introducirse un tipo distinto de capital, el autorizado.

Si persistieran las dudas acerca de la corrección del análisis efectuado, los Arts. 1.079 y 1.080 del Código Civil constituyen fundamentos de peso para confirmar el tenor de nuestras conclusiones.

En efecto, dichos artículos se refieren a las Asambleas de las Sociedades Anónimas, y reglan, el primero las Ordinarias y los asuntos de su competencia; el segundo, las Extraordinarias, y los asuntos de su competencia.

El Código, distingue expresamente los dos tipos de Asambleas (que lo son en razón de los temas a tratarse y no en razón de su periodicidad), fijando los asuntos de competencia de cada una de ellas.

A este respecto, es sabido que las personas jurídicas carecen de voluntad propia, y que los llamados actos de voluntad de la sociedad son actos o resoluciones de las personas físicas, de los socios que integran la sociedad, los cuales son adoptados de conformidad con lo que disponen la ley y los estatutos sociales, los cuales establecen los requisitos para la reunión, discusión y aprobación de los mismos.

Cuando estos actos se relacionan con el funcionamiento de la sociedad para que pueda desarrollar sus actividades con el fin para el que fue creada, son actos de la sociedad, son actos de contenido interno, actos corporativos distintos de aquellos que importan modificación del acto constitutivo, los cuales son actos externos, que afectan directamente el status de socio, siendo verdaderamente actos parasociales.

Los primeros, actos sociales, son realizados en cumplimiento de la ley, del acto constitutivo para que la sociedad pueda desarrollar su actividad, verbigracia, la elección de Directores, la designación de síndicos, etc. También son sociales los que se refieren a la gestión de los Administradores, como la consideración del balance anual, distribución de dividendos, etc.

Para la adopción de esos actos, los socios actúan *uti socios* e integran esos órganos sociales que son la sociedad misma.

Sin embargo, hay otros actos que se refieren a la existencia y desarrollo de la sociedad que también deben ser adoptados por las personas que integran el sustrato personal de la sociedad, pero actuando en interés propio, *uti singulis*, porque afectan sus intereses personales, si bien, en la mayoría de los casos, ejercen influencia decisiva sobre la vida de la sociedad. Esos actos son aquellos que tienen por finalidad la modificación de los estatutos sociales, como por ejemplo, el cambio fundamental del objeto social, la transformación de la

sociedad, la fusión de la misma, el aumento, reducción o reintegración de capital, la disolución de la sociedad, etc.

Los actos señalados, los de la sociedad y los de los socios, si bien son realizados por las mismas personas, tienen naturaleza distinta, y en razón de esa distinta naturaleza, las caracterizaciones y requisitos a cumplirse para la realización de dichos actos son también distintos, de allí las diferencias que se anotan entre las Asambleas Ordinarias y las extraordinarias.

En efecto, los actos de la sociedad, los actos corporativos, son actos internos, que no tienen naturaleza contractual, son actos unilaterales que deben ser adoptados ya sea por la unanimidad de los socios o por las mayorías que determinen la ley o los estatutos sociales.

Por el contrario, los actos de los socios son externos a la sociedad, actos parasociales, adoptados por los socios actuando *uti singulis*, y es por ello que se conceden en numerosas leyes (en nuestro Código por caso), numerosos de esos casos, el derecho de receso aquellos socios que no estén de acuerdo, dentro de los requisitos que se establezcan. Ello porque nadie puede ser obligado a integrar una sociedad contra su voluntad.

Es lógico que la ley establezca que sean los socios quienes están legitimados para resolver estas cuestiones (sería inadmisibile que lo resuelvan terceros), pero en este caso los socios concurren en interés propio, de la misma manera que lo hicieron cuando se reunieron y resolvieron la constitución de la sociedad.

Conviene agregar que la doctrina se muestra, en cierto modo, confusa respecto de la distinción que hemos efectuado en relación a los actos de la sociedad y actos de los socios. Esta confusión reconoce, a nuestro juicio, causas y motivaciones distintas.

En efecto, antes de que se reconociera que las sociedades anónimas (específicamente) son personas jurídicas distintas de los socios

que las integran, es decir cuando eran consideradas como comuniones organizadas, todas las reuniones de socios lo eran de personas actuando *uti singulis*, en su propio interés como condóminos socios, en interés de la sociedad. Reconocida la personalidad jurídica de las sociedades anónimas, no se hizo la debida distinción en lo que se refiere a las reuniones de los socios, es decir, cuando estos actúan en interés de la sociedad o cuando lo hacen en interés propio.

A esta primera causa de confusión, que podríamos llamar de origen histórico, se agrega la adopción del principio mayoritario, de modo a evitar el obstáculo que supone la exigencia del consentimiento unánime.

Este principio mayoritario nada tiene que ver con la naturaleza del acto y con su imputación a la sociedad o a los socios, siendo el medio utilizado para determinar como se forma la voluntad de la persona jurídica, el acto corporativo.

Efectivamente, para la formación del contrato de sociedad, como para la formación de cualquier otro contrato, se requiere el consentimiento unánime de todas las personas que quedan ligadas por el mismo.

En tratándose de la modificación del contrato social, todos los Códigos que siguieron la legislación francesa exigían el consentimiento unánime de todos los socios (con excepciones como el Código de Comercio Argentino adoptado por nuestro país). Esto en razón de que las sociedades no eran regidas por el Código de Comercio francés sino por leyes especiales con una fuerte influencia publicista, hasta que esta disciplina, se incorporó al Código de Comercio francés, haciendo lo propio los que lo tomaron como modelo.

Esta exigencia se modificó después, por influjo de la doctrina y de la jurisprudencia, adoptándose el principio mayoritario, que fue consagrándose legislativamente. Así se prescinde, del principio contractual (unanimidad), el que hacía prácticamente imposible toda modificación, para adoptarse el principio mayoritario, incluyéndose

en la mayoría de las legislaciones del derecho de receso para los accionistas que no estén conformes con las modificaciones aprobadas por la mayoría.

Esta distinción de las dos clases de Asambleas en las Sociedades Anónimas es corolario de una larga evolución, cuyos detalles no viene al caso traer a colación, y que nos permite aseverar que en las Ordinarias, los accionistas actúan dentro de las previsiones del contrato social o estatuto, resolviendo los temas relativos a las gestiones de la sociedad, en su decurso natural, independientemente de las vicisitudes que pudiera o no tener. Así la Asamblea Ordinaria aprueba o no la gestión del Directorio, de los Síndicos, designa a unos y otros, establece sus remuneraciones, etc., determinando y resolviendo temas que tiene relación con la digamos “vida normal de la sociedad”.

Las Asambleas Ordinarias encuentran la reglamentación expresa y específica de su competencia en el Art. 1.079, en cuyo inc. d) se establece como de su competencia la: “emisión de acciones dentro del capital autorizado”, la cual se encuentra a tenor de lo que explicamos, dentro de la “vida normal de la sociedad”.

Por su parte, la Extraordinaria de Accionistas, tiene competencia sobre asuntos que no son del tráfico normal de la sociedad, cuya transcendencia excede con mucho de los límites de gestiones ordinarias, previéndose por ejemplo decisiones respecto a disolución de la sociedad, fusión, transformación y en general toda modificación del estatuto social. Entre esas decisiones, el inc. a) establece que es de competencia de la Asamblea Extraordinaria: “aumento, reducción y reintegración del capital”.

Es evidente aquí que la deliberación será crucial y que los accionistas actuarán “uti singuli” por ello mismo.

Confirman lo dicho los requerimientos distintos en materia de quorum para los distintos tipos de Asambleas y los requerimientos exigidos para la aprobación de las resoluciones que en dichas Asambleas se tomen. Las difederencias de tratamiento existentes a esos respectos, demuestran claramente la sustancial diferencia existente

entre las notas definitorias y distintivas de ambos tipos. Ello sin perjuicio de agregar que el Código Civil concede a las acciones disconformes con ciertas resoluciones tomadas por las Asambleas Extraordinarias el derecho de receso, el cual sin embargo no se otorga a los accionistas disidentes con la resolución de aumento de capital.

En fin, que el análisis de la filosofía y de los temas puntuales en lo que hace a las Asambleas nos demuestra que entre ellas hay una diferencia sustantiva, lo que sus implicancias en el contexto nos debe hacer pensar en de una regulación general.

Por tanto:

1- Las Asambleas de las Sociedades están concebidas en sus distintas versiones de conformidad a la naturaleza de los temas a tratarse. Ya no con el criterio anterior que era una mezcla de anualidad y naturaleza de los temas a tratar.

2- A las Ordinarias les competen “las emisiones de acciones dentro del capital autorizado”.

3- A las Extraordinarias les competen “aumento, reducción y reintegración de capital”.

4- Las primeras no implican en ningún caso modificación estatutaria, y por ende son del giro normal de la sociedad, en razón de ser tema propias de la vida “diaria” de la sociedad. Esto, sumado al hecho de que el Código en el Art. 1.050 exige la mención del capital autorizado, nos lleva a concluir que, efectivamente, no habrá modificación estatutaria alguna.

5- Las Extraordinarias sí implican; en todos los casos, decisiones de tremenda importancia, de carácter modificatorio de los estatutos sociales, y los demás sometidos a su juzgamiento de tanta importancia que son asimilados a esta idea-guía

6- Entonces, el aumento de capital que es de competencia de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas es el aumento del capital autorizado, en razón de haberse llegado por medio de las Asambleas

Ordinarias a la emisión de la totalidad de acciones que representan el capital autorizado.

Creemos por tanto que la fundamentación breve de nuestra postura tiene suficiente asidero en la normativa legal del Código y consulta su verdadera filosofía. En efecto, la institución del capital autorizado se encuentra en plena vigencia, y su utilidad es desde luego manifiesta como instrumento hábil para las sociedades anónimas en lo que toca a su crecimiento.

De otro modo: ¿Por qué razón ha de legislarse con la cercanía física, vecindad diríamos, en lo relativo a la competencia de las Asambleas Ordinarias y Extraordinarias, en lo referido a emisión de sacciones dentro del capital autorizado y a aumento de capital, lo cual sería inocuo de no existir previsto en la ley el instituto del capital autorizado?

La respuesta es, para nosotros clara y contundente, el capital autorizado, llave maestra sobre la cual gira todo el tema, existe, y no debe cometerse la equivocación de querer asimilarlo al capital social para de ese modo hacerlo desaparecer.

Es por eso que consideramos errónea la tesis sustentada por órganos administrativos a cargo de contralor de sociedades anónimas. Conforme a las interpretaciones realizadas del Código por funcionarios de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Hacienda el capital autorizado ya no existe. Así consta en el dictamen N° 564, de fecha 29 de Julio de 1988, en el expediente M.H. N° 599/88 “B”, emitido por el Dr. Marco Antonio Elizeche, Asesor Jurídico Adjunto de dicho Ministerio. Obvio es decirlo, no concordamos con la tesis sustentada.

Por ese motivo, sería oportuno que se excitara la jurisdicción del Fiscal General del Estado para que el mismo diera su opinión sobre el tema, la que sería decisiva en razón del superior rango que el mismo ostenta en relación a los órganos administrativos que sustentan la interpretación cuestionada.

En plan de recapitular lo expuesto:

1- El capital autorizado tiene plena vigencia en el Código Civil, su mención como elemento integrante del acto constitutivo de la sociedad anónima no es una mención aislada y fuera de contexto. Por el contrario, forma parte de un sistema normativo coherente, complementado por las disposiciones relativas a la competencia de las Asambleas Ordinarias y Extraordinarias.

2- La interpretación que hacemos pretende englobar la totalidad del sistema referido al tema, y no, como en la opinión adversa, sostener la supresión, mutilación de disposiciones normativas. En efecto, no puede partirse para el examen de una norma de la equivocación o error del legislador, y es disvaliosa la interpretación que mutila o suprime partes de normas, las que integradas, como vimos, forman un todo coherente.

3- El hecho de la suscripción íntegra del capital social no es nada nuevo. En forma distinta se aplica el mismo sistema anterior. El capital autorizado nunca fue su nombre el capital social, sino precisamente lo que indica, capital autorizado. Lo reiteramos, desde el punto de vista gramatical, semántico y doctrinario, el capital social es el suscripto y ningún otro.

4- Reiteramos finalmente que la labor de interpretación no puede partir de supuestos errores del legislador. Debe integrarse la norma jurídica la que, como lo dijimos en su totalidad en al inicio, no se encuentra incorporada en un artículo o un inciso, sino que resulta del examen global del texto legal.



Nulidades absolutas y relativas

Luis A. Irun Brusquetti¹

SUMARIO

I- GENERALIDADES

II- CRITERIOS DE DISTINCIÓN

III- SISTEMAS DIVERSOS:

A) Derecho Francés

B) Derecho Italiano

C) Código de Vélez: Opiniones de Spota y Llambías

D) ANTEPROYECTO de De Gásperi

IV- CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

I- GENERALIDADES

En materia de nulidades, en lo que se refiere a los actos de nulidad absoluta y relativa, el codificador parece haberse apartado del sistema de Vélez, que distinguía los actos nulos y anulables, y los actos de nulidad absoluta y relativa, a pesar que existen autores como Spota que estiman, analizando el Código Civil argentino, que el mismo admite una única dualidad clasificatoria de las nulidades, siendo esta la de los actos nulos y anulables, hallándose implícitas en estas las nulidades absolutas y relativas.

Nuestro Código Civil solo distingue los actos nulos y anulables (Art. 357, 358), estableciendo posteriormente que cuando el acto es

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 25-1988.

nulo, su nulidad debe ser declarada de oficio por el Juez, si aparece manifiesta en el acto o ha sido comprobada en juicio; y que cuando el acto es anulable, no podrá procederse sino a instancia de las personas signadas por la ley (Art. 359).

Tomando en consideración las fuentes más importantes seguidas por el legislador en esta materia, las disposiciones de los Arts. 678, 679 del Anteproyecto de De Gásperi, y 1047, 1048 del Código de Vélez, aunque expresamente no se invoquen a las nulidades absolutas y relativas, estas siguen llevando una vida encubierta bajo el manto de los actos nulos y anulables, aunque resulta preferible la tesis desasimilatoria de ambas especies de nulidades.

II- CRITERIOS DE DISTINCIÓN

Para aquellos autores como Llambías, De Gásperi, que admiten la distinción de los actos nulos y anulables, de las nulidades absolutas y relativas, estas últimas se diferencian por la intensidad o fuerza de la sanción de nulidad, en razón de quienes pueden aducir la invalidez del acto, si el acto es confirmable, y si la acción de nulidad es renunciable o prescriptible.

La nulidad absoluta se distingue de la nulidad relativa por el mayor rigor de la sanción legal de invalidez, calidad que a su turno depende de que el acto afectado entre o no en conflicto con el orden público o las buenas costumbres. El acto contrario al orden público o a las buenas costumbres adolece de nulidad absoluta, es decir sufre todo el peso de la sanción legal. En cambio, el acto nulo o anulable que no afecta al orden público ni a las buenas costumbres, solo es pasible de una nulidad relativa establecida para la protección de un interés particular. Lógicamente, en ese caso, la imperfección del acto podrá subsanarse si el interesado, o sea la persona en cuyo favor se ha establecido la sanción de nulidad, confirma el acto viciado, o si se prescribe la acción pertinente. (Llambías, J.J., Op. cit. "Tratado de Derecho Civil", Parte Gral., T. II, pág. 575).

Conviene aclarar, que frente a la mayoría de los autores y algunos fallos judiciales que caracterizan la nulidad absoluta como aquella que transgrede las leyes de orden público, otros han señalado que el orden público a que se refieren no es el de la ley o norma violada por el acto, sino que es la sanción de nulidad la que obedece a una razón de orden público, de interés general o social. (Belluscio, Zannoni, Op. cit. “Código Civil y Leyes Complementarias”, T. 4, pág. 715).

Difieren también ambas especies de nulidades, en que las absolutas deben ser declaradas de oficio por el Juez, cuando aparecen manifiestas en el acto, y tratándose de actos anulables, pueden declararla siempre que se acrediten por signos manifiestos su existencia. También, pueden ser articuladas por todos los que tengan interés en hacerlo, incluyendo al Ministerio Público, en el pinterés de la moral y de la ley. Al contrario, las nulidades relativas no pueden declararse de oficio por el juez, ni tampoco pueden aducirse por el Ministerio Fiscal, pudiendo invocarlas solamente las personas en cuyo beneficio se ha establecido la sanción.

Asimismo, las nulidades absolutas son imprescriptibles e insusceptibles de confirmación. Las nulidades relativas, a contrario sensu, son susceptibles de confirmación, y prescriptibles.

El hecho de que nuestro Código Civil solo considere a los actos nulos y anulables, identificando a los primeros con los de nulidad absoluta, y a los últimos con los de nulidad relativa, considerando imprescriptible la acción que proviene de los actos nulos, y solo susceptibles de confirmación los anulables, no impide en absoluto que los jueces distingan en todas las circunstancias, trátase de actos nulos o anulables, si por la sanción que quepa imponer al acto viciado se trata de un acto de nulidad absoluta o relativa, como una manera de mitigar la rigidez legal.

Nuestro Código -expresa Llambías- ha abandonado la rígida enunciación de casos de nulidad absoluta y relativa, efectuada por Freitas, y en cambio ha dejado librado a prudente arbitrio judicial el

manejo de esa clasificación, con la libertad consiguiente de apreciar cuando un caso dado reviste nulidad absoluta o relativa, según que el interés público o privado hayan sido vulnerados. (Op. cit. ídem., p. 621).

III- SISTEMAS DIVERSOS

a) Derecho Francés

Los franceses, a falta de una regulación legal de las nulidades, han tenido que recurrir a las enseñanzas de la doctrina y la jurisprudencia para suplir este vacío, encargándose las anteriores de elaborar la categoría de sanciones que consisten en la inexistencia, la nulidad, y la nulidad relativa o simple anulabilidad.

Oponían al actor inexistente el acto nulo, si que como toda enfermedad más o menos grave, podía sufrir des nulidades severas o complacientes: nulidades absolutas y relativas.

Las nulidades absolutas eran calificadas de orden público, y las relativas de orden privado, protectoras de intereses particulares solamente.

b) Derecho Italiano

El Código Civil Italiano de 1942, solo considera dos sanciones de invalidez de los actos; la nulidad (Art. 1814 a 1824), y la anulabilidad (Art. 1441 a 1446), que los autores asimilan, respectivamente, a la nulidad absoluta y relativa. Sin embargo, algunos tratadistas, como Betti y Cariota Ferrara, consideran que la clasificación de actos nulos y anulables es también allí, como nosotros, independiente de la nulidad absoluta y relativa, por lo que pueden darse casos de actos anulables de nulidad absoluta y actos nulos con nulidad relativa. (Llambías, J.J., Op. cit., pág. 582).

Messineo, por su parte, distingue los actos nulos de los anulables, negándose a admitir como tercera categoría a los actos inexistentes. (Op. cit. "Derecho Civil y Comercial", T. II, pág. 490).

Excepcionalmente, al tratar de los caracteres y consecuencias de los negocios nulos, admite la posibilidad que puedan subsanarse estos últimos, en ciertas circunstancias. (Ibídem., pág. 492).

Afirma la posibilidad que la nulidad sea hecha valer por cualquier interesado y frente a cualquier sujeto: la nulidad es absoluta activa y pasivamente. (Ibídem., pág. 492).

Adviértase -escribe-, en relación al carácter que se acaba de indicar, que la anulación, a veces, puede ser pedida por quien quiera que tenga interés en ella. En tal caso, se tiene una particular subespecie de la anulabilidad: la anulabilidad absoluta, siendo así que la anulabilidad -que se acaba de decir- es eminentemente relativa. (Ibídem., pág. 497).

Como se puede advertir, Messineo en su discurrir admite la existencia independiente de las nulidades absolutas y relativas, al lado de los actos nulos y anulables.

c) Código de Vélez: Opiniones de Spota y Llambías

Este código trata de las nulidades absolutas y relativas, no enumerándolas como su fuente el Código de Freitas, en las disposiciones de los Arts. 1047 y 1048, normas que constituyen una de las fuentes más importantes de inspiración de nuestro codificador, imponiéndole este algunas variantes como la supresión de los nombres “absoluta”, y “relativa”, por los términos “nulos”, y “anulables”, influenciado probablemente por una fuerte corriente de opinión doctrinaria argentina, cuyo representante más conspicuo es Spota.

En relación a las normas de los Arts. 1047 y 1048 las del Código de Vélez, los autores han analizado si a nulidades absolutas y relativas corresponde estudiarlas independientemente de los actos nulos o anulables, o por el contrario las anteriores no constituyen más que un capítulo de estas últimas, siendo las opiniones encontradas.

Para Spota, quien critica las clasificaciones tradicionales, dentro de nuestro ordenamiento (Código de Vélez), la ley solo distingue

entre el acto nulo y el acto impugnabile por anulabilidad. El criterio de diferenciación finca en que el acto nulo falta un elemento esencial, necesario para configurar el factum que lo torne tutelable como declaración de voluntad (Art. 944) por el ordenamiento jurídico (Art. 18 del Código Civil). Así, si el acto es nulo (se requiera o no la investigación de hecho), su nulidad es absoluta; en cambio, el acto jurídico anulable (de nulidad relativa) cuenta con los requisitos constitutivos, pero padece un vicio que en protección del interesado es aprehendido por la ley como causa suficiente de impugnabilidad (anulación). Para este autor -lo reiteramos- la división con verdadera significación normativa radica en el dualismo nulidad-anulabilidad. Lo esencial es el distingo entre acto nulo y acto anulable. Lo de nulidad absoluta y nulidad relativa, es una consecuencia de aquel distingo. (De Gásperi, L., Op. cit. "Tratado de Derecho Civil", T. I, pág. 598).

Para Llambías, los actos nulos y anulables se diferencian por el modo de actuar o de presentarse la causa de invalidez (actuación patente en la nulidad manifiesta y actuación oculta o latente en la nulidad no manifiesta) y también por la índole de la causa de la invalidez (rígida e invariable en los actos nulos, fluida e indefinida en los actos anulables). En cambio, la nulidad absoluta se distingue de la nulidad relativa por el mayor rigor de la sanción legal de invalidez, calidad que a su turno depende de que el acto afectado entre o no en conflicto con el orden público o las buenas costumbres. (Op. cit. ídem., pág. 575).

A su turno, Arauz Castex apunta que, con prescindencia de la clasificación de los actos inválidos en nulos y anulables, la ley los divide en actos de nulidad absoluta y actos de nulidad relativa, valiéndose para ello de otro criterio de clasificación, como que apunta a otras consecuencias (Op. cit. "Derecho Civil", Parte Gral. T. 2, pág. 419).

Entre ambas hipótesis, la que no ve utilidad alguna en la distinción de las nulidades absolutas y relativas de las otras nulidades, y la que considera como de suma transcendencia este criterio clasifi-

catorio, debiendo sumarse a la de los actos nulos y anulables, paréceme que la última contribuye en mejor forma a desbrozar la maraña que encubre al tema de las nulidades.

d) Anteproyecto de De Gásperi

Para este reconocido jurista nacional, las nulidades absolutas y relativas merecen un tratamiento independiente de los actos nulos y anulables, según se puede apreciar de las normas de los Arts. 678 y 679 de su anteproyecto.

Se puede entrever, del análisis de las disposiciones de su anteproyecto, y de sus opiniones vertidas en su tratado de los hechos y actos jurídicos, que De Gásperi es partidario de la doble clasificación de los actos nulos y anulables, y de nulidad absoluta y relativa. Así, refiriéndose a Machado, que considera como ocasional y sin valor la división en nulidades absolutas y relativas, acotó que a nadie que conozca las dificultades de esta materia sorprenderá la confusión de este autor (Op. cit. idem., pag 597/8).

IV- CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

Como acotáramos supra N° I el Código Civil paraguayo ha suprimido explícitamente la clasificación de los actos de nulidad absoluta y relativa, pues solo ha considerado a los actos nulos y anulables (Art. 357, 358), y digo explícitamente porque implícitamente seguirán existiendo, aunque en forma solapada, larvada, y latente, dependiendo de esta interpretación que los jueces contribuyan a mitigar el silogismo legal a que conduce la identificación de los actos nulos con los de nulidad absoluta, y de los actos anulables con los de nulidad relativa, razonamiento que aplicado sin traba alguna podría conducir a amparar situaciones injustas, indignas de protección jurídica.

La lógica dirá que todos los actos nulos son de nulidad absoluta, y que todos los actos anulables serán de nulidad relativa. Si el Código

de Vélez permitía, en concepto de Llambías, que sean los jueces quienes libremente determinen, por la sanción que correspondía aplicar al acto, la nulidad absoluta o relativa, nuestro Código es o puede ser inflexible en este sentido. Así, por ejemplo, un acto jurídico otorgado por menor impuber sería nulo de nulidad absoluta, aplicando estrictamente lo establecido en el Art. 357 inc. a), y 359 del Código Civil. Asimismo, la acción de nulidad sería imprescriptible (Art. 658, inc. a) Código Civil), y no ceptible de confirmación (Art. 366 Código Civil). Pero, supongamos que, rehabilitado el demente por haber recuperado su salud, decide subsanar el acto -que ningún perjuicio le causa por la confirmación, o bien el curador, o el representante lo hace, cumpliendo los recaudos legales pertinentes, por no haber sido ese acto perjudicial a los intereses del menor. ¿Sería factible esto conforme a las normas del nuevo Código Civil? No, sí se las aplicara estrictamente, desde un punto de vista lógico. Pero si se consideran a las nulidades absolutas y relativas como existentes implícitamente dentro del articulado del Código que trata de las nulidades, la solución positiva se impondría, pues estaríamos en presencia de actos jurídicos de nulidad relativa, conforme al criterio hoy predominante en la doctrina argentina (Véase Belluscio, Zannoni, Op. cit. ídem., pág. 720).

Requiriéndose bajo estas circunstancias de una cierta flexibilidad, permisiva de la posibilidad de ajustar la realidad jurídica al criterio de lo justo, es por ello que anteriormente manifiés tome partidario de la distinción de los actos nulos y anulables, y de los actos de nulidad absoluta y relativa.

DOCTRINA Y LEGISLACIÓN CONSULTADAS

Arauz Castex, M. Tratado de Derecho Civil (T. 2)

Belluscio, Zannoni. Código Civil Comentado (T. 4)

Dr. De Gásperi, Luís. Tratado de los hechos y actos jurídicos (T.

1)

Llambías, J.J. Tratado de Derecho Civil (T. 2)

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Messineo, F. Derecho Civil y Comercial (T. 2)

Pangrazio, Miguel A. Código Civil Comentado (T. 1)

Ante proyecto de De Gásperi (T. 1)

Código Civil de Vélez Sársfield

Código Civil paraguayo (Ed. Oficial)



Del pago con subrogación y del pago por tercero

Dr. Juan Carlos Mendonça (h)¹

Análisis de los artículos 594/7 y 548/50 del Código Civil.

SUMARIO

- 1- Fuentes y textos de consulta
- 2- Concepto
- 3- Tipos de pago con subrogación
 - 3.1. Subrogación legal
 - 3.2. Subrogación convencional
- 4- Pago por tercero
 - 4.1. Rechazo del pago por el acreedor
 - 4.2. Rechazo del pago por el deudor
- 5. Pago en juicio

1. FUENTES Y TEXTOS DE CONSULTA

La fuente directa de estas disposiciones legales se halla en el proyecto del Dr. De Gásperi: Arts. 826/9. En el Código de Vélez S. estaba legislado bajo los Arts. 767/71. Además, regula la institución el Código Italiano en los Arts. 1201 y subsiguientes; así también, el Código Peruano en su Art. 1264. Otras fuentes mencionadas por De Gásperi son el Anteproyecto de Bibiloni (Arts. 1197/1200) y el Anteproyecto Argentino de 1936 (Arts. 723/5, 767/9). Pareciera que las

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 25-1988.

El presente trabajo ha sido discutido en sesiones del Instituto Paraguayo de Derecho Privado.

modificaciones introducidas al Proyecto se fundaron en el referido Código Peruano.

Comentarios pueden encontrarse en Messineo T. I, pág. 264 y T. IV, pp. 195 y 369. Debe señalarse que las hipótesis del Código Italiano se ajustan con bastante exactitud a las de nuestra ley. Véase también Pangrazio T. I, pág. 637 y s.s. Cualquier otro comentario del Código de Vélez S. es útil en cuanto se refiere, principalmente, a la subrogación convencional.

Importantes explicaciones se dan en el Tratado de las Obligaciones de Luis De Cásperi, Tomo III, N° 1627 y ss.

2- CONCEPTO

Según Ramirez Gronda, (Diccionario Juridico, Ed. Claridad, Bs. As., 1961), la subrogación es la acción o efecto de subrogar, esto es, de substituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. De acuerdo con el mismo autor, el pago con subrogación es “el que tiene lugar cuando lo hace un tercero a quien se transmiten los derechos del acreedor. Agrega la ley Argentina que la subrogación convencional puede ser consentida, sea por el acreedor, sin intervención del deudor, o por este, sin la voluntad del acreedor (ver Art. 767 y sigtes. Código Civil)”. No está demás señalar que estos conceptos acuñados por el citado autor son de aplicación a nuestro Código Civil, salvo que el pago con subrogación no siempre se hace por un tercero, como veremos más adelante.

De Gásperi, mencionando a Aubry y Rau, refiere que es considerada como “fictio juris, admitida o establecida por la ley, en virtud de la cual una obligación extinguida respecto del acreedor originario, por consecuencia del pago por él recibido de un tercero o del propio deudor, con dinero de un tercero que se lo ha proporcionado a este efecto, se reputa subsistente en provecho de este último, que queda autorizado a hacer valer, en la medida de lo que ha desembolsado, los derechos y acciones del primitivo acreedor”. (De Gásperi, op.cit., pág. 78).

Del Art. 596 puede decirse que también surge el concepto de lo que es la subrogación para el código. Ella sería el acto jurídico por el cual se traspassa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores y terceros poseedores de bienes afectados al crédito. El concepto que antecede parece lo suficientemente claro como para no merecer mayores comentarios, salvo, tal vez, que el mismo se aplica tanto a la subrogación legal como a la convencional. Lo que no está del todo claro es si se aplica también a la subrogación que tiene otra causa que no sea el pago; la cuestión surge porque la norma legal se encuentra en el párrafo específico DEL PAGO CON SUBROGACIÓN. Sin embargo, dada la amplitud del concepto referido, no vemos razón alguna para considerar que el mismo sea válido únicamente para el caso del PAGO CON SUBROGACIÓN y creemos que puede extenderse a cualquier forma de subrogación sin importar la causa que le dio origen, en cuanto le sean aplicables sus disposiciones.

3- TIPOS DE PAGO CON SUBROGACIÓN

Ya hemos dicho que pueden distinguirse dos tipos de pago por subrogación: por un lado, la SUBROGACIÓN LEGAL Y por el otro, la SUBROGACIÓN CONVENCIONAL, las cuales son enumeradas en los Arts. 594 y 595, respectivamente. Se diferencian, básicamente, por la fuente que les da origen y el modo en que operan, pero no en sus efectos. Del 597, última parte, se desprende otra clasificación, a saber: SUBROGACIÓN TOTAL y PARCIAL.

3.1. SUBROGACIÓN LEGAL

Art. 594: La subrogación legal se opera de pleno derecho a favor:

a) del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente;

b) del que paga por tener legítimo interés en cumplir la obligación; y

c) del tercero no interesado en la obligación que paga con aprobación expresa o tácita del deudor, o ignorándolo este.

Lo primero que debe señalarse es que en el caso de la subrogación legal esta opera de pleno derecho, característica que, debe presumirse, no se da en la convencional. En este sentido De Gásperi en su proyecto arrojaba más luz sobre la cuestión, dado que al referirse a la subrogación legal establecía que no depende de la cesión expresa del acreedor. Asimismo, al hablar de la convencional, enseña que en ella hay una transmisión expresa del acreedor de todos sus derechos, o, en su caso, una transmisión expresa del deudor al prestamista de los derechos del acreedor, respecto de la deuda, aún sin el consentimiento de este. Consecuentemente, si nos inspiramos en De Gásperi, debemos admitir que la diferencia fundamental entre la subrogación convencional y la legal está dada por la circunstancia de que la convencional quiere una cesión expresa de derechos y acciones, mientras que en el caso de la legal ello no es necesario. Este sería, por tanto, el modo en que debe interpretarse la frase “se opera de pleno derecho”, utilizada para la subrogación legal. De hecho, las dos hipótesis de la subrogación convencional previstas por el código son las mismas que contemplaba De Gásperi, esto es, (1) la del acreedor que recibe el pago de en sus derechos un tercero, substituyéndolo expresamente (C.C. Art. 595, inc. a); y (2) la del deudor que paga con una cantidad que ha tomado prestada y subroga al prestamista en los derechos del acreedor (C.C. Art. 595, inc. b). Es de notar que en este último caso no se dice que la subrogación ha de ser expresa, aunque surgiría de la segunda parte del inciso, en la que se exige Escritura Pública en el caso de que se hiciera la subrogación sin el asentimiento del acreedor. Volveremos sobre el tema más adelante.

Acerca de la expresión “pleno derecho”, Moreno Rodríguez dice: “Expresión jurídica que se utiliza para significar que un acto jurídico o consecuencia no dependen de la voluntad del interesado ni de un

tercero, y sin necesidad de declaración judicial se produce por ministerio de la ley” (V. VOCABULARIO DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, Bs. As., 1976, pág. 393).

Borda dice: “Hay subrogación legal cuando el pagador sustituye al acreedor pagado en todos sus derechos y acciones, por la sola disposición de la ley y sin necesidad de conformidad del acreedor o deudor” (V. MANUAL DE OBLIGACIONES, Bs. As., 1974, pág. 343, N° 551).

Couture dice: “Locución utilizada para significar que un efecto jurídico se produce por ministerio de la ley, sin necesidad de declaración judicial o acto jurídico privado alguno” (V. VOCABULARIO JURÍDICO, Montevideo, 1960, pág. 471).

La hipótesis del inc. a) del Art. 594 es la del acreedor, ya sea hipotecario, pignoraticio, privilegiado o quirografario, que paga a otro acreedor que tiene preferencia sobre su crédito con el fin de ocupar la posición privilegiada de aquél.

La hipótesis del inc. b) es la del que tiene interés legítimo en cumplir la obligación por ser deudor solidario, fiador o haber otorgado algún otro tipo de garantía y paga la deuda a fin de liberarse de la obligación. En este caso la subrogación también opera de pleno derecho por el solo pago de la obligación. Nos preguntamos si debe incluirse dentro de esta misma hipótesis el caso del heredero beneficiario que paga con dinero propio las deudas hereditarias. Debe señalarse que tanto De Gásperi como el C. Italiano lo consideraban como un caso específico, el cual fue suprimido por nuestro código. Sin embargo, pareciera ser también uno de aquellos que tienen legítimo interés en cumplir con la obligación (tal vez para evitar intereses que irían en desmedro de su porción, o la venta a precio vil en pública subasta) y por tanto debe ser admitido dentro de la hipótesis del inciso en cuestión. El inciso en análisis concuerda parcialmente con el b) del Art. 548, dado que este no se refiere al “legítimo interés”.

A propósito del legítimo interés, es de señalar que se trata de un concepto extremadamente importante puesto que del mismo depende la aplicación del inciso c), que estudiaremos a continuación. Entendemos que tendrá legítimo interés aquel que de algún modo vea sus derechos afectados por la relación crediticia. Opinamos que debe tratarse de un interés directo e inmediato (sin que la palabra tenga una connotación temporal) puesto que de otro modo el concepto se volvería tan amplio que cualquier tercero podría ser considerado como “legítimamente interesado”. Así, cualquier interés no contrario a la ley se funda, necesariamente, de un modo mediato en la ley; ello es así por virtud del principio de la libertad jurídica (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe) consagrado por el Art. 49 de la Constitución Nacional.

En cuanto a la hipótesis del inc. c) es difícil de comprender su inclusión en los casos de subrogación legal. Se trata del tercero **no interesado** en la obligación que paga **con aprobación** expresa o tácita del deudor, o ignorándolo este. Es evidente que lo que caracterizaba a las hipótesis de los incisos anteriores era el interés evidente y directo que tenía el tercero que pagaba la deuda ajena, ya sea para ubicarse en el lugar de un acreedor con preferencia a la de su crédito o para evitar una ejecución que iría en desmedro de su patrimonio; sin embargo, el inciso c) nos dice expresamente que quien paga es un **tercero no interesado**, y que puede hacerlo, inclusive, ignorándolo el deudor. En síntesis, no comprendemos cabalmente la razón por la que la ley ha protegido especialmente al tercero en estas condiciones. Si el pago se hace **con aprobación** (expresa o tácita) del deudor pareciera que estuviésemos más bien en presencia de una subrogación convencional, que se halla prevista en el artículo siguiente. Es más, la subrogación legal en la hipótesis semejante a la de la convencional, tendría menos restricciones que esta, a pesar de ser más conveniente. Esto haría que el inc. c) del Art. 594 convertiría el inc. b) del Art. 595 en letra muerta y sin mayor uso, por innecesario o superfluo.

De Gásperi, mencionando la opinión de Llerena y Colmo, afirma que: la subrogación legal a favor del tercero no interesado que

paga, solo tiene lugar cuando el pago se hace “a nombre” del deudor, sea que este expresa o tácitamente o consienta, y no cuando paga en su propio nombre, pues se entiende que, si en el primer supuesto, la situación del tercero es, por su intención, digna de protección legal, en el segundo no lo es. (De Gásperi, op. cit., pág.96).

El inciso fue trasegado del proyecto de García Goyena y conservado en el proyecto De Gásperi, en su Art. 827, inc. 3)

Finalmente, agreguemos que el comentado inciso c) del Art. 594 concuerda casi literalmente con el c) del Art. 548, que se refiere al pago por tercero.

3.2. SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

En cuanto a la subrogación convencional, legislada en el Art. 595, dice Messineo (pág. 195, T. IV) que es aquella que nace de la voluntad del acreedor o del deudor. La primera hipótesis de subrogación convencional es la del inc. a) del artículo en cuestión: cuando el acreedor recibe el pago de un tercero substituyéndolo expresamente en sus derechos.

La subrogación, según lo exige el artículo, debe ser (1) expresa. Messineo agrega, de conformidad con el Código Civil Italiano, que la subrogación debe ser (2) **simultánea** con el acto del pago. Si bien nuestro código no se refiere a tal simultaneidad, en este inciso, creemos que ella es necesaria puesto que, siguiendo al mencionado comentarista, entendemos que si así no fuera no habría realmente lugar a subrogación alguna dado que el pago tiene efecto extintivo y liberatorio a favor del deudor y no sería posible hablar de subrogación de un crédito ya extinguido. No creemos que la falta de simultaneidad signifique la pérdida de todo derecho por parte del tercero contra el deudor, el cual siempre podrá repetir lo pagado, pero sí la pérdida de los beneficios que trae aparejada la subrogación, con la cual se transmiten todos los accesorios del crédito, tales como privilegios y garantías. Recuérdese que la exigencia de la simultaneidad aparece en el inciso siguiente. Además, deberá ser (3) por escrito en

todos los casos en que el monto supere el previsto por el Art. 9706 del Código Civil. Finalmente, tendrá que hacerse (4) o por escritura pública. Véase al respecto De Gásperi, Oblig. T. III, pág. 82/3:

Un recibo subrogatorio sin fecha cierta no podría ser opuesto ni a los terceros acreedores ni al cesionario del crédito originario, ni a otro tercero, subrogado en virtud de un acto que tuviese fecha cierta, por aplicación de lo dispuesto en el Art. 1034 de nuestro Código. (Art. 1034: Los instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra terceros o contra los sucesores por título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos). **Equivale al Art. 408 del Código Civil.**

El segundo caso de subrogación convencional es el del inciso b) del mismo artículo, el cual reza textualmente:

Cuando el deudor paga con una cantidad que ha tomado prestada y subroga al prestamista en los derechos del primitivo acreedor.

El deudor podrá hacer la subrogación sin el asentimiento del acreedor, siempre que haya tomado prestado el dinero u otra cosa fungible por escritura pública, haciendo ella y expresando, al mismo constar su propósito en ella y expresando, al mismo tiempo de efectuar el pago, la procedencia de la cantidad pagada.

Estamos en presencia de la subrogación que se opera convencionalmente entre el deudor y un tercero que otorga un préstamo, el cual puede ser de dinero o de otra cosa fungible. Dos hipótesis son posibles, a saber: que la subrogación se haga (1) con asentimiento del acreedor o que se haga (2) sin asentimiento del acreedor. Trataremos por separado las dos situaciones.

En el primer caso ninguna formalidad especial parece ser exigida por ella, lo cual no está de acuerdo con el objetivo tenido en vista por la ley al prescribir los requisitos que estudiaremos más adelante. De hecho, nuestra conclusión de que en el caso de que medie consentimiento del acreedor no hace falta formalidad alguna, se funda en

una interpretación contrario sensu -la cual no estamos del todo seguros que sea la legítima aplicación en este caso-. Así pues, la solución propuesta es meramente provisional.

Por otro lado, tal como se halla redactado en inciso no surge claramente que el deudor deba dar al prestamista una constancia de la subrogación operada; la duda se acentúa si consideramos que la hipótesis que tratamos es la de la subrogación **con asentimiento** del acreedor. No obstante, de acuerdo con la opinión que sustentamos de que la subrogación convencional debe ser siempre expresa, creemos conveniente que se acompañe al recibo otorgado al prestamista un documento por el cual acreedor y deudor lo reconocen como nuevo acreedor subrogado. No vemos inconveniente para que dicha constancia se asiente en el mismo recibo de pago. Una cuestión interesante es la de saber quién otorga el recibo del que hablamos: ¿el deudor o el acreedor? La duda surge porque la figura del pago por el deudor con una cantidad prestada en la que subroga con asentimiento del acreedor resulta ser un híbrido entre el inciso a) y la segunda parte del b). Participa del a) en cuanto que el acreedor recibe el pago de un tercero, aunque tal vez no directamente, y asiente en ser substituido; participa del b) desde que el que paga es el deudor con dinero tomado prestado. Así pues, no es claro quién irá a otorgar el recibo del pago hecho por el tercero, podría ser directamente el acreedor dejando constancia de que asiente en ser subrogado o podría ser el deudor con la misma constancia del acreedor de que asiente en ser subrogado. En último término, no creemos que tenga mayor relevancia quién otorga el recibo de pago, aunque si creemos que de algún modo debe demostrarse la conformidad del otro interesado, ya sea en el mismo instrumento o en otro por separado.

En el segundo caso -que se hiciera la subrogación sin el asentimiento (debe entenderse como sinónimo de consentimiento) del acreedor-, para que el préstamo produzca los efectos de la subrogación debe hacerse respetando los siguientes requisitos:

- 1- Escritura Pública.

- 2- Expresa constancia del propósito del préstamo y de la voluntad de subrogar.
- 3- Expresa constancia de la procedencia de la cantidad pagada.
- 4- Simultaneidad entre el pago y las manifestaciones exigidas.

Antes que nada, aclaremos que las exigencias que anteceden estan dadas en protección de terceros acreedores, quienes, merced a ellas, tendrán plena garantía de que la subrogación es auténtica, no simulada en perjuicio de la preferencia en el pago de sus créditos. Un caso que se quiere evitar es, por ejemplo, el de dos acreedores con garantía o privilegio, de los cuales uno es preferente al otro. Pagado el primero, el segundo ocupará el grado de preferencia de aquél, por haber sido desinteresado. Podría ocurrir que el deudor, en connivencia con un supuesto prestamista, hiciera revivir el crédito ya extinguido del primer acreedor, por virtud de una subrogación simulada, con el solo fin de postergar en su preferencia al segundo acreedor. Así pues, la exigencia de la Escritura Pública y de las constancias expresas acerca del propósito por el cual se toma el préstamo y de la procedencia de la cantidad pagada, garantizan suficientemente la fecha de la subrogación y la autenticidad de la operación.

Volviendo a los requisitos mencionados por el artículo en cuestión, la primera exigencia no ofrece inconveniente alguno. En cuanto al punto 2, puede referirse al propósito de subrogar o al propósito para el cual se obtiene el préstamo, esto es, el destino que se dará al dinero o la cosa fungible que se recibe prestada. En rigor, a este último propósito se refiere la interpretación dada por Messineo. Pensamos, sin embargo, que las dos interpretaciones son posibles y que pueden, incluso, coexistir, de modo que se exija expresa constancia de ambas cosas, esto es, del propósito de subrogar y del destino del préstamo. De Gásperi (Trat. Oblig. T. III, pág. 91) sostiene que se refiere al destino del préstamo y que no hay necesidad de cláusula expresa de subrogación, lo cual seria contrario al principio general,

ya establecido, de que en la subrogación convencional siempre es necesaria la manifestación expresa de la voluntad de subrogar. Agréguese a esto la circunstancia ya señalada de que la voluntad expresa de subrogar pareciera ser lo que diferencia, fundamentalmente, a la subrogación convencional de la legal. Si no hubiera tal declaración expresa, la distinción entre una y otra tendería a desaparecer en la práctica, sobre todo si consideramos la amplitud de la redacción del inc. c) del Art. 594.

El Prof. Pangrazio considera que la manifestación se refiere al propósito de subrogar (Op. cit., T. I, pág. 639).

Referente a la expresa constancia de la procedencia de la cantidad pagada, parece que lo que debe asentarse es que el préstamo procede del tercero al cual se subroga en los derechos y acciones del acreedor. Surge el problema, sin embargo, de quién debe dejar dicha constancia. El C.C. Italiano, disponía: “A petición del deudor, el acreedor no puede negarse a incluir en el recibo tal declaración” (V. C.C. Italiano, Art. 1202, inc. 3).

El Prof. Pangrazio entiende que la manifestación exigida se refiere a que la cantidad con la cual se paga la deuda procede del préstamo (Op. Cit., T. I, pág. 693).

Por su parte, De Gásperi, mencionando el Código Civil Francés, establece como condición “que en el recibo se exprese la procedencia del dinero y que se lo recibe con el objeto de extinguir la deuda”. (De Gásperi, op. cit., T. III, pág. 91). El recibo al que se refiere, evidentemente, es el otorgado por el acreedor. El problema que se plantea, y que trataremos más adelante, es el de la negativa del acreedor a dejar la constancia en cuestión.

En lo que respecta a la simultaneidad entre el pago y las manifestaciones exigidas remitimos a lo que tenemos dicho al comentar el inciso a) de este mismo artículo.

De Gásperi (op.cit., pág. 91) sostiene que el acto (Escritura Pública) debe ser “otorgado en el mismo momento del préstamo y del

pago". En su Proyecto de Código, sin embargo, parece haber legislado de modo diferente, dado que en su Art. 826 habla del préstamo y del recibo de pago, como si fueran otorgados en instrumentos diferentes.

En el Código Civil pareciera que, en el caso que nos ocupa, cuando se subroga a un tercero sin asentimiento del acreedor, para que dicha subrogación se perfeccione serán necesarias dos etapas o momentos sucesivos. En efecto, lo primero será cumplir con la exigencia de la escritura pública con las manifestaciones que en el artículo se exigen; lo segundo será que se efectúe el pago al acreedor con el dinero recibido en préstamo. Evidentemente que la subrogación no puede quedar perfecta por el solo hecho de haberse dado cumplimiento a la exigencia de la Escritura Pública. Es indispensable, además, que se pague efectivamente al acreedor sin cuyo asentimiento se pretende la subrogación. Según lo dice el mismo código, la subrogación no se opera de pleno derecho por la sola circunstancia de darse cumplimiento a la segunda parte del inc.b) del Art. 595: debe darse cumplimiento, también, a su primera parte, que se refiere al pago al deudor con la cantidad que se ha tomado prestada. Ahora bien, tal como ya lo tenemos dicho, hay dos actos sucesivos que deben estudiarse: por un lado, el **préstamo** que realiza el deudor de un tercero y por el otro el **pago** que realiza el mismo deudor al acreedor. Sin duda que la exigencia de la Escritura Pública se refiere al **préstamo**, debiéndose en ella dejar constancia del propósito (a lo que ya nos hemos referido anteriormente), lo que ya no es tan claro es si el **pago** también deba hacerse en el mismo acto y declarándose en la misma Escritura Pública la constancia de la procedencia de la cantidad pagada. Pareciera que esta debería ser la interpretación correcta del párrafo a fin de respetar la exigencia de la simultaneidad a que nos referíamos anteriormente; sin embargo, esto no es lo que las fuentes del artículo disponían, tal como se verá enseguida. Si la simultaneidad es exigida en este caso, entonces la hipótesis se vuelve en extremo compleja y virtualmente impracticable en la realidad. En efecto, si tanto el préstamo como el pago, más sus constancias adicionales, deben hacerse en el mismo acto y por Escritura Pública, se está partiendo de la base de que el acreedor comparece al acto, recibe

el pago y deja constancia de la procedencia de la cantidad pagada, lo cual es contradictorio con la hipótesis del artículo, según la cual la subrogación se hace **sin el asentimiento del acreedor**. Esta falta de asentimiento -si bien no significa necesariamente su negativa- permite suponer que el acreedor se opone a recibir el pago y, consecuentemente, a comparecer al acto y a dejar constancia alguna. De hecho, las fuentes preveían esta posibilidad. El proyecto De Gásperi (Art. 826, in fine) rezaba: “Si este (el acreedor) se rehusara a suscribir la escritura de recibo con la declaración expresada, procederá el pago por consignación, y la subrogación quedará hecha por efecto de él”. Nuestro Código ha omitido la previsión, pero creemos que la solución puede ser idéntica por la armonización de los Arts. 548 y 584, inc. a). Esto es, ya sea que se considere que el pago lo hace el mismo deudor con el dinero tomado en préstamo o que lo hace el tercero no interesado, igual procede el pago por consignación ante la negativa a recibirlo. Luego, la dificultad insuperable de realizar, en la normalidad de los casos, simultáneamente el préstamo y el pago con su consiguiente subrogación, nos induce a aceptar la tesis de que el pago y la manifestación de la procedencia de la cantidad no deben hacerse necesariamente en la misma Escritura en que consta el préstamo y su manifestación anexa.

De Gásperi, por ejemplo, en el Art. 826 de su proyecto, distinguía con toda claridad dos momentos distintos y disponía que para que la subrogación convencional tuviera valor era necesario que el préstamo y el recibo de pago se hiciera en instrumento público y que “en el acto del préstamo se declare que se ha efectuado para hacer el pago, y que en el recibo, se manifieste que el pago se ha hecho con el dinero facilitado por el prestamista”. Resulta evidente que De Gásperi considera dos documentos distintos con manifestaciones que acompañan a cada uno por separado, aunque ambos sean por instrumento público. Asimismo, el Proyecto Argentino de 1936 disponía: “Será menester que el acto constitutivo del mutuo y el recibo de pago al acreedor tengan fecha cierta; que en el primero conste el destino de la suma, y que en el descargo se declare que se hizo con tales fon-

dos”. Sigue diciendo: “...cuando este (el acreedor) se rehusare a firmar la escritura de recibo con la mención indicada, podrá consignarse el importe y el pagador quedará subrogado”. Ninguna duda cabe que del texto transcrito, al igual que en De Gásperi, surge que son **dos documentos** otorgados en dos momentos distintos, los que se hacen necesarios para que la subrogación convencional quede perfeccionada, juntamente con las declaraciones exigidas en cada caso. Coincidentemente, el C.C. Italiano (Art. 1202) trae disposiciones casi idénticas a las de los proyectos mencionados.

Debemos concluir, por lo tanto, que nuestro Art. 595, inc. b), segunda parte, debe interpretarse en el sentido de que son dos los documentos requeridos en dos momentos diferentes, con sus propias manifestaciones exigidas por la ley, y ambos pasados por instrumento público, a fin de otorgarles la fecha cierta necesaria para que sean oponibles a terceros (Art. 408).

4- PAGO POR TERCERO

En concordancia con el pago con subrogación, legislado en los artículos arriba estudiados, en los Arts. 547 y ss. regula sobre el pago como modo de extinción de las obligaciones. En lo que a nuestro tema se refiere nos interesan específicamente los Arts. 548, inc. c, 549 y 550. En efecto, dispone el 548, incisos b) y c), que pueden hacer el pago:

b) toda persona interesada en el cumplimiento de la obligación;
y

c) el tercero no interesado, con asentimiento del deudor o sin él

Evidentemente la disposición legal se halla en concordancia con los arts. 594 y 595, y puede referirse indistintamente a la subrogación legal como a la convencional. Si bien es de destacar que no deben confundirse el “Pago por Tercero” con la “Subrogación a un Tercero”. No todo **pago por tercero** producirá necesariamente **la subrogación al tercero**, tal como se verá enseguida; asimismo, no **toda subrogación a un tercero** emana del **pago por tercero** (v.g. Art. 595, inc. b); del

mismo modo, es evidente que en aquellos casos en que el **pago por tercero** da efectivamente lugar a la **subrogación al tercero**, el pago es anterior a la subrogación, siendo esta consecuencia del anterior. No obstante, la distinción que es posible hacer, no puede negarse la estrecha vinculación entre ambas instituciones, y por eso mismo, la posibilidad de encontrar normas que, hallándose en la sección correspondiente a una de ellas, sin embargo, también regulan a la otra.

4.1. RECHAZO DEL PAGO POR EL ACREEDOR

Son dignos de destacar los elementos introducidos por el Art. 549, dado que el mismo resulta complementario de los artículos analizados anteriormente. Establece el mencionado Art. 549 que:

La obligación puede ser cumplida por un tercero, aún contra la voluntad del acreedor, si este no tiene interés en que el deudor ejecute personalmente la prestación. Sin embargo, el acreedor puede rechazar el cumplimiento que se le ofrece por el tercero, si el deudor ha manifestado su oposición.

En resumidas cuentas, lo que el artículo dispone es, en primer lugar, el principio general del cumplimiento de la obligación por un tercero, aún contra la voluntad del acreedor. En segundo lugar, establece dos casos en los cuales el acreedor puede negarse, válidamente, a recibir el pago que se le ofrece por el tercero, a saber: 1) Que el acreedor tenga interés en que el deudor ejecute personalmente la prestación, y; 2) Que el deudor haya manifestado su oposición al pago a realizarse por el tercero.

La primera hipótesis no se refiere a otra cosa que a las obligaciones llamadas intuitu personae (v. nota de De Gásperi al Art. 802 de su Proyecto). En efecto, entendemos que el interés al que se refiere la ley debe ser plenamente justificado por el acreedor y no tratarse de un mero capricho del mismo. (Esta interpretación, es cierto, nos lleva a entender la palabra “pago” en un sentido amplio; como el nombre genérico que se da al cumplimiento de las obligaciones. Interpretación que, por lo demás, se adecua perfectamente al concepto de

pago que se infiere del Art. 557, según el cual “el hecho a que estuviere obligado (el deudor también es objeto del pago). Esto es así puesto que son, precisamente, aquellas obligaciones de dar suma de dinero las que no pueden ser consideradas como personalísimas. En otras palabras, entendemos que el acreedor no puede oponerse al pago, fundado en la primera hipótesis del Art. 549, cuando este deba hacerse en dinero, aunque sí podrá hacerlo cuando se trate de obligaciones personalísimas en las cuales tenga un plenamente justificado interés en que el “pago” se efectúe por el deudor y no por un tercero. Asimismo, consideramos que la oposición por el acreedor es posible incluso en los casos de subrogación legal en los que el tercero tenga un interés legítimo en cumplir la obligación. Ello es así dado que el interés del acreedor, siempre y cuando también fuera legítimo, debe primar por sobre el del tercero, salvo disposición expresa de la ley, al respecto es inspiradora la norma del Art. 597 que establece que “los derechos transmitidos por subrogación no pueden ser ejercidos en perjuicio del acreedor”.

En cuanto a la segunda hipótesis del Art. 549 (la oposición del acreedor al pago por el tercero cuando el deudor ha manifestado su oposición) entendemos, en primer lugar, que la palabra “pago” debe interpretarse, de nuevo, en su sentido genérico. Por lo demás, consideramos que no puede haber oposición posible por parte del deudor ni del acreedor cuando el pago se realiza por un tercero interesado legítimamente en realizar dicho pago, y de conformidad con los incisos a) y b) del Art. 594. En efecto, la oposición a que nos referimos está dada en beneficio del deudor, al cual se le permite, si cuenta con el auxilio de su acreedor, elegir aquel acreedor que más le conviene (nótese que al deudor no se le exige que manifieste **legítima** oposición, en otras palabras, no tiene siquiera obligación de fundar la razón de su oposición. Consecuentemente, sería irracional que semejante beneficio, tan generoso para con el deudor, pueda ir en perjuicio de un tercero legítimamente interesado (v.g., Art. 594, inc. a) y b). En definitiva, es nuestra opinión que la oposición en estudio es procedente solo en el caso de subrogación legal de tercero no interesado

(Art. 594, inc. c). No sería posible en los casos de subrogación convencional porque el presupuesto de esta es la conformidad ya sea del acreedor o del deudor, mientras el presupuesto de la hipótesis en estudio es la oposición conjunta de ambos.

Creemos conveniente aclarar que si bien la oposición al pago por tercero pareciera estar dada, en este caso, en favor del acreedor, una atenta lectura nos lleva a la conclusión, según ya lo tenemos dicho, de que el beneficio en realidad favorece al deudor, el cual es quien debe expresar previamente su oposición al cumplimiento de la obligación por un tercero que, por virtud de la subrogación, se convertiría en un nuevo acreedor -tal vez menos contemplativo que el original (v. De Gásperi, nota al Art. 804). Hecha la oposición por el deudor y si este obtiene el apoyo y auxilio de su acreedor primigenio, el cual deberá rechazar el cumplimiento que se le ofrece, no procederá el pago por el tercero y, consecuentemente, no se producirá subrogación alguna. Entendemos que lo que se pretende es evitar el uso de la ley para fines vengativos o ilegítimos, como sería el caso del tercero que compra un crédito con el solo objeto de causar un perjuicio al deudor. Así pues, el tercero que sin interés legítimo busca subrogarse en un crédito ajeno deberá no tener la oposición del deudor y del acreedor. Es también claro que la ley no quiere, sin embargo, causar perjuicio grave al acreedor y por ello es indispensable su acuerdo, de tal modo que, aún cuando el deudor se oponga, el acreedor puede aceptar el pago por el tercero, pero con las consecuencias que señalaremos inmediatamente.

4.2. RECHAZO DEL PAGO DEL DEUDOR

Ahora bien, la última parte del Art. 550 merece nuestra especial consideración por su estrecha relación con el tema en cuestión. Dice la referida norma:

El tercero no interesado que pagó contra la voluntad del deudor, solo tendrá derecho en la medida del beneficio recibido por este.

Lo primero que nos planteamos es determinar correctamente cuáles son las condiciones de aplicabilidad del artículo, y concluimos que se trata del caso en que el tercero paga con acuerdo del acreedor o a acreedor forzado a recibir el pago, pero contra la voluntad del deudor. La negativa del deudor surge expresamente del párrafo en cuestión; el acuerdo del acreedor está implícito dado que de no ser así estaríamos ante la hipótesis prevista por el 594, esto es, no habría habido pago alguno; podría ocurrir también que estuviésemos en presencia de un acreedor que se halla obligado a recibir el pago según los casos previstos por la ley, específicamente en el pago por consignación (Art. 584 y ss.).

El artículo influye directamente en el pago con subrogación legislado en el 594, inc. c) y 595, inc. a). En efecto, en cuanto a la subrogación legal que se opera, según la primera de las normas citadas, es necesaria la aprobación expresa, tácita o la ignorancia del deudor respecto del pago, pero nada dice respecto de su oposición al pago. Pues bien, dada la oposición al pago por parte del deudor la consecuencia es que no hay subrogación alguna, puesto que ese es, justamente el efecto establecido por el Art. 550, in fine. Entendemos que esa debe ser la interpretación correcta al mandato de que “solo tendrá derecho (el tercero) en la medida del beneficio recibido por este (el pago)”. Lo cual significa que podrá repetir lo pagado, pero más bien por virtud del principio del Enriquecimiento sin Causa (Arts. 1817, 1819 del C.C.) y no de la subrogación, lo cual significa que no se traspasan al tercero los derechos, acciones, beneficios y garantías del antiguo acreedor (Art. 596).

La solución, por lo demás, no es aislada. Así, los Arts. 608 y 609, que regulan la novación, establecen que si no ha habido asentimiento del deudor no se opera la novación sino una cesión de derechos. Es de señalar, sin embargo, que la exigencia es mayor en el caso de la novación dado que se requiere el asentimiento y no simplemente la no oposición del deudor.

En cuanto a la influencia del párrafo en análisis sobre el Art. 595, inc. a), la conclusión es similar a la recientemente expuesta. No

habrá subrogación convencional cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, aunque lo substituya expresamente en sus derechos, si ha mediado la oposición del deudor.

Esta consecuencia, un tanto molesta, es producto de la interpolación del Art. 550 a la fuente de las disposiciones legales sobre la materia (el Proyecto De Gásperi), la cual carecía de disposición semejante. El efecto que ejerce el 550 sobre los mencionados artículos, si bien restringe notoriamente los casos de subrogación al establecer un nuevo requisito, no resulta, sin embargo, contradictorio o inaplicable.

5- PAGO EN JUICIO

Una cuestión práctica interesante es la del pago en juicio por un tercero no interesado. La pregunta que se plantea es si existe o no la posibilidad de oposición por parte del deudor o del acreedor cuando el pago en juicio se hace por un tercero no interesado. Pareciera que la respuesta es que, si se trata de subrogación legal, no es posible oposición alguna dado que, hecho el pago en juicio, la subrogación opera de pleno derecho. Consecuentemente, no habría ocasión oposición alguna si la subrogación opera por virtud del Art. 594, inc. c), en razón de que la subrogación de pleno derecho, como tenemos dicho, prescinde de la conformidad de las partes. Así pues, la oposición debe hacerse antes del pago, dado que una vez que este se ha realizado, la subrogación queda perfeccionada sin posibilidad de oposición ulterior". Es de destacar que la resolución judicial que tiene por subrogado al nuevo acreedor no es más que meramente declarativa; la subrogación no opera por virtud de tal resolución sino ministerio legis. Podrá alegar alguno que la suma depositada en juicio tal vez no cubra la totalidad del crédito, puesto que, al momento de depositarse el dinero, pueden no estar liquidados los intereses y gastos del juicio, y que por esta razón, el acreedor debería tener la posibilidad de oponerse al pago hasta tanto se conozca el monto total adeudado. Consideramos que tal circunstancia no obsta la subrogación puesto que la misma no necesita ser total, puede ser parcial (v. Art.

797 C.C.). Así pues, si resultare que el monto depositado no cubre la totalidad de la deuda, ningún problema hay para que el acreedor originario lo siga siendo por la diferencia no cubierta, una vez hecha la liquidación y demostrada su existencia. Demás está decir que, si el tercero deposita el capital reclamado, sus intereses, más lo fijado provisoriamente para gastos de justicia, difícilmente podrá restar saldo en favor del acreedor subrogante.

Entendemos que una situación parecida, con una solución similar, puede darse en el caso del pago por consignación. En efecto, creemos que un tercero puede pagar por consignación a un acreedor que se niega a recibir el pago (Art. 584, inc. a), en tal caso la subrogación también operaría de pleno derecho, una vez declarado que la consignación procede. Creemos que nada impide que el pago por consignación sea realizado por un tercero no interesado puesto que el pago por el tercero, sin distinción, está autorizado por el Art. 548, inc. c).

BIBLIOGRAFÍA

- Borda, G. Manual de obligaciones. Ed. Perrot: Buenos Aires, 1974
- Couture, E.J. Vocabulario jurídico. Ed. Facultad de Derecho de Montevideo: Montevideo, 1960.
- De Gásperi, L. Tratado de obligaciones (3 Tomos) Ed. Depalma: Buenos Aires, 1946.
- Messineo, F. Derecho civil y comercial (8 tomos). Ed. E.J.E.A.: Buenos Aires, 1979.
- Moreno Rodríguez, R. Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales. Ed. Depalma: Buenos Aires, 1976.
- Pangrazio, M.A. El Código Civil Paraguayo Comentado (3 Tomos). Ed. Cromos: Asunción, 1987.
- Ramírez, J. Diccionario jurídico. Ed. Claridad: Buenos Aires, 1961 (5a edic.).
- Reforma del Código Civil -Antecedentes. Informe. Proyecto- (3 tomos) Ed. Kraft: Buenos Aires, 1936.



El cheque no presentado al banco en tiempo útil. ¿Es viable la acción ejecutiva contra el librador?

Dr. Mario Ruben León Cavallaro¹

1- Introducción: Es indudable que las soluciones propuestas en el simposio organizado por la Corte Suprema de Justicia constituyen valiosos elementos de juicio para consolidar la incipiente doctrina que se viene elaborando en torno al nuevo ordenamiento civil de la República. Este trabajo sobre el instituto del cheque busca acompañar lo resuelto en aquellas memorables jornadas a objeto de fortalecer permanentemente el libre desarrollo de las ideas. Con ese propósito publicamos estas reflexiones.

2- El Art. 1.742 del C.C. última parte dispone: “El portador conserva sus derechos contra el librador, aunque el cheque no haya sido presentado oportunamente, o no se haya formalizado protesto, o la comprobación equivalente”. “Si después de haber transcurrido el plazo para la presentación, la disponibilidad de la suma llegare a faltar por hecho del girado, el portador perderá sus derechos en todo lo limitadamente a la parte de la suma que llegare a faltar”.

Esta disposición legal tiene sus fuentes en el Art. 2.398 del Anteproyecto del Dr. Luis De Gásperi (Sapena Pastor R., Fuentes próximas del Código Civil, pág. 288) y el Código Civil editado por La Ley, pág. 364.

La nota del Art. 2.398 del Anteproyecto dice: “Ver Art. 45 de la ley italiana N° 1.736...”. El Art. 45 del Real Decreto del 21 de diciembre de 1933 N° 1.736 sobre cheque bancario expresa: “El portador

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 25-1988.
Prof. de Derecho Mercantil Universidad Católica.

puede ejercitar el regreso contra cheque los endosantes, el librador y los otros obligados, si el bancario presentado en el tiempo útil, no es pagado, siempre que la negativa del pago se acredite: 1) Por acto auténtico (protesto) o bien; 2) Por declaración del girado, escrita sobre el cheque bancario con la indicación del lugar y del día de la presentación o bien; 3) Por declaración de una cámara de compensación fechada, y que haga constar que el cheque bancario le ha sido transmitido en tiempo útil y no ha sido pagado”. “El portador mantiene sus derechos contra el librador, aun cuando el cheque bancario no ha sido presentado oportunamente o no se haya hecho el protesto o la comprobación equivalente”. “Si después de transcurrido el término de presentación, la disponibilidad de la suma ha llegado a faltar por hecho del girado, el portador pierde tales derechos en todo o limitadamente a la parte de la suma que ha llegado a faltar”. Messineo F., Tomo VIII, Ejea, 1.971, pág. 149.

Como puede apreciarse, el Art. 1.742 del C.C. reconoce como precedente al Art.2.398 del anteproyecto y, este, basado a su vez en el Art. 45 de la ley italiana de cheques de 1933, que son idénticos. Nada tiene que ver la legislación argentina sobre cheques o sea el Decreto Ley N° 4.776/63, que en su Art. 38 última parte dispone: “...la constancia consignada por el banco surtirá los efectos del protesto. Con ella quedará expedita la acción ejecutiva que el portador pueda iniciar contra el librador y los endosantes”. “La presentación tardía del cheque perjudica la acción ejecutiva”.

Para un análisis exacto del tema debemos revisar las opiniones de los autores que comentan la ley italiana sobre cheques de 1933 y no tomar el Decreto Ley N° 4.776/63 que tiene soluciones distintas, donde la ley ginebrina deja libertad a las legislaciones de cada país.

En la obra “Derecho Comercial” Bolaffio, Rocco, Vivante, quienes fueron los coordinadores, escriben David Supino y Giorgio De Semo, tomo IX, Ediar 1950 (traducción de Jorge Rodríguez Aimé de la obra editada en Torino, 1935) pág. 327, comentando el Art. 45: “RESERVA APROBADA EN GINEBRA RESPECTO A LA EXCLUSIÓN DE TALES CONDICIONES”. “EL LEGISLADOR ITALIANO

EL CHEQUE NO PRESENTADO AL BANCO EN TIEMPO ÚTIL.
¿ES VIABLE LA ACCIÓN EJECUTIVA CONTRA EL LIBRADOR?

HA HECHO USO DE TAL RESERVA EN LO CONCERNIENTE A LOS DERECHOS DEL PORTADOR FRENTE AL LIBRADOR. LÍMITES”. “Las dos condiciones referidas, necesarias para accionar en regreso, corresponden al sistema del Reglamento Uniforme (Arts. 40 y 41)”. “Sin embargo, la conferencia de Ginebra juzgó conveniente dejar en esta materia una cierta libertad a las legislaciones particulares, aprobando una reserva (Art. 20 del Anexo II), por la que cada uno de los Estados contratantes está facultado para no subordinar la conservación del regreso contra el librador a la presentación del cheque, o a la realización del protesto, o comprobación equivalente en tiempo útil, y para regular los efectos del recurso”, continúan diciendo los Dres. Supino y De Semo. “El legislador italiano haciendo uso de esta reserva agrega el Art. 45, el apartado último, que establece, haciendo excepción a los principios expuestos, que el portador conserva sus derechos contra el librador, aunque el título no se haya presentado en tiempo o no se haya realizado el protesto, o la comprobación equivalente”. Continúan diciendo más abajo los tratadistas, “También la nueva ley establece la caducidad de la acción frente a los endosantes en forma análoga a lo que se ha establecido en materia cambiaria (Art. 60)”. “(Veánse N° 477 y siguientes)”. Los Dres. Supino y De Semo terminan diciendo. “La nueva Ley establece, en principio, que el portador MANTIENE SUS DERECHOS CONTRA EL LIBRADOR, a pesar de las inobservancias de las prescripciones señaladas”. “EN OTRAS PALABRAS: EL LIBRADOR PERMANECE OBLIGADO, POR VÍA DE REGRESO, Y EL PORTADOR PUEDE EJERCITAR, EN SU CONTRA, LAS ACCIONES QUE LE COMPETAN EN VIRTUD DEL CHEQUE Y, PRINCIPALMENTE, LA ACCIÓN EJECUTIVA”.

Francisco Messineo en la obra citada, tomo VI, pág. 146 dice: “Además (Art. 45 segundo apartado, primer inciso, de la Ley de Cheques), al portador del cheque se le conserva derecho (cartular), o sea, la acción de regreso, contra el librador, si el cheque ha sido presentado para el pago (y a él le corresponde la carga de la prueba), aún cuando no se lo haya presentado en tiempo, o no se haya hecho el protesto (o requerimiento equivalente)”.

Para mejor comprensión decimos que, el derecho cartular o la acción de regreso, es una acción cambiaria. La acción ejecutiva engloba a la acción cambiaria.

Las expresiones de los Dres. Supino y De Semo, así como la dirección de los insignes maestros León Bolaffio, Alfredo Rocco y César Vivante, que fueron los anteproyectistas del Real Decreto del 21 de diciembre de 1933, no deja duda de la interpretación del citado cuerpo legal.

LA ACCIÓN QUE POSEE EL TENEDOR DEL CHEQUE ES LA EJECUTIVA.

Cabría la posibilidad de que el tenedor dejase pasar el plazo de 30 días de propósito, para iniciar la acción ejecutiva, y así perjudicar al librador. Es costumbre nuestra, que al preparar la acción ejecutiva contra una persona, salga el nombre de esta en varias publicaciones de informes dirigidas a la banca, al comercio y a la industria, quedando el demandado como deudor moroso, y por consiguiente, perjudicado en su crédito.

Los jueces, al aplicar el derecho, deben preservar la buena fe de las relaciones jurídicas obligando al tenedor a presentar el cheque perjudicado al banco, y a dar el aviso del rechazo, al librador, todo lo cual prevé el Art. 1.744 del C.C., para que de ese modo no fuere tomado por sorpresa con una demanda.

La falta de aviso del rechazo, acarrearía lo previsto en el Art. 1.744 del C.C. última parte que expresa: "...el que no avisa en el plazo antes indicado, no pierde la acción de regreso, no obstante, es responsable de su negligencia si ha causado daño, pero sin que el monto del resarcimiento pueda exceder el valor del cheque".

La obligación del tenedor de presentar al banco el cheque perjudicado sería también para los siguientes casos:

a) Cuando el librador dá orden al banco que pague (evitando problemas posteriores).

EL CHEQUE NO PRESENTADO AL BANCO EN TIEMPO ÚTIL.
¿ES VIABLE LA ACCIÓN EJECUTIVA CONTRA EL LIBRADOR?

b) Cuando el banco paga sin orden del librador, conforme al Art. 1.808 C.C. (gestión de negocios ajenos), evitándole al librador la posibilidad de una demanda, si este no pudiera recibir el aviso personalmente.

La doctrina italiana basada en el Art. 47 de la ley de cheques de 1933 (equivalente e idéntico al Art. 1.744 del C.C. paraguayo), sostiene la obligación de presentar al banco el cheque perjudicado y dar el aviso de su rechazo.

El Dr. Giacomo Molle en su libro “Manual de derecho Bancario” Abeledo Perrot, 1987, traducido por el Dr. Mario Alberto Bonfanti, pág. 75 dice: “Una norma especial reglamenta la acción de regreso contra el librador, con respecto al cual el Art. 45 de la ley de cheques, mantiene la acción regresiva, aún en los casos en que el portador no hubiere presentado el cheque para el pago en tiempo útil y aun cuando no hubiere efectuado en término el protesto con la constatación equivalente”. “El único requisito es que el portador haya presentado al girado en cualquier tiempo, el título para el pago y que, vencido el plazo de presentación, no hubiera desaparecido la provisión de fondos por causa imputable al girado”. “Se han planteado dudas en cuarto a la naturaleza de tal pago asumido por el librador, pero esta promesa está subordinada al incumplimiento de la orden, razón por la cual el Art. 47 exige el aviso al librador de la falta de pago, justamente porque está obligado de regreso”. Y termina diciendo: “En la acción de regreso, que puede iniciarse por procedimiento ordinario de conocimiento, por juicio sumario o juicio ejecutivo...”.

EN CONCLUSIÓN: El portador de un cheque que ha dejado transcurrir el tiempo útil de 30 días para presentar al banco, pierde la acción contra los endosantes, o sea se produce la caducidad del cheque para con ellos. Conserva la acción de regreso contra el librador por la vía ejecutiva.

Para preservar la buena fe, y de acuerdo al Art. 1.744 del C.C., es obligación presentar al banco el cheque perjudicado, y dar aviso al

librador de su rechazo. La falta de aviso del rechazo, acarrearía lo previsto en el citado artículo, última parte.

El Paraguay, al seguir la corriente italiana, hizo uso del derecho de reserva que le acordara la Ley Ginebrina en el Art. 20 Anexo II, con justo criterio respecto a la economía procesal, facilitando así la ansiada JUSTICIA PRONTA Y BARATA.



Algunos aspectos de la capitalización de la deuda externa

Dr. Mariano Gagliardo¹

La capitalización de la deuda constituye un sistema destinado a lograr que la cancelación de las deudas contraídas no esté acompañada por un proceso de descapitalización.

El régimen legal vigente está regulado por las Resoluciones 992/87 y 492/88 del Ministerio de Economía, las Resoluciones 20/87, 24/87 y 26/88 de la Subsecretaría de Política Económica y las Comunicaciones entre otras, A- 1109, A-1140, A-1163, A-1256, B-3002, B-3105 y B-3161 del Banco Central.

El sistema es aplicable a la deuda del sector público, la deuda privada asumida por el Estado y la deuda privada refinanciada con garantía otorgada por el Banco Central. Queda excluida la deuda comercial a corto plazo y los créditos otorgados por organismos oficiales extranjeros.

La deuda privada cubierta con **seguros de cambio** puede ser objeto de conversión mediante el sistema de capitalización creado para la deuda pública o mediante el mecanismo aplicable a la deuda privada que no está cubierta con seguros de cambio. A su vez, la deuda privada no cubierta con seguros de cambio, no requiere para su conversión de la previa aprobación de un proyecto de inversión, quedando al margen del mecanismo de la licitación.

Las obligaciones externas del sector público que pueden ser sometidas al programa de conversión incluyen a los Bonos Nominativos, las Obligaciones del Gobierno Nacional en dólares, las Obliga-

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 25-1988.

ciones del Banco Central en dólares, los Bonos Externos, los Empréstitos Externos del Gobierno Nacional, las Obligaciones Interinas del Banco Central en dólares, los préstamos a mediano plazo del Banco Central, las Obligaciones Externas del Banco Central y entre otros, los Contratos de refinanciación garantizados de deudores del sector público.

Los títulos y pagarés entregados en garantía de deuda privada serán pasibles de conversión solo cuando el acreedor extranjero acepte en pago esas obligaciones por la parte a ser capitalizada, dándose por saldada la deuda externa privada.

Los títulos nominativos emitidos en pago o recibidos en garantía que se hubieren aceptado luego en pago al ingresar al programa de conversión, requerirán carta de pago del acreedor a favor del emisor. Dicha carta de pago también será exigible cuando la deuda a capitalizarse no estuviese instrumentada en títulos.

Los títulos públicos solicitados en pago o en garantía de la deuda privada que se hallen pendientes de entrega dentro del cronograma establecido por el Banco Central solo podrán capitalizarse una vez cumplidos los requisitos para su instrumentación.

La conversión de la deuda elegible, que podrá ser por un monto igual o inferior al total del documento que la evidencie, no podrá provocar la aceleración del préstamo que la originó o contradecir cualquiera de las condiciones del contrato mutuo.

A ese efecto el Poder Ejecutivo, mediante decreto 1742 autorizó a la Secretaría de Hacienda a cancelar por anticipado la deuda externa del sector público comprendida en el Programa de Capitalización.

En caso que el valor de los títulos nominativos de la deuda pública -obligaciones del Banco Central o del Gobierno Nacional o Bonos Nominativos, todos ellos en dólares estadounidenses- excedan el

monto de la conversión adjudicada, sus titulares recibirán por el excedente, obligación una en dolares del Gobierno Nacional en las mismas condiciones de los títulos originales.

Los titulares de las obligaciones externas del sector público antes detallados, deben contar con la previa conformidad del inversor, para que esos fondos se acrediten a favor de ese inversor beneficiario de un proyecto aprobado.

Los beneficiarios del programa pueden ser los inversores locales como los extranjeros.

El inversor debe presentar un proyecto que contendrá una descripción de la inversión, individualizar al inversor y al receptor, un cronograma económico financiero, un balance de divisas y un plan de cuentas.

Si el inversor es extranjero deberá además encuadrarse en la ley de inversiones extranjeras.

Los proyectos de inversión deben destinar los fondos provenientes de la conversión de deuda al aumento de la oferta de bienes y servicios, no pudiendo afectarlos a la compra de inmuebles -salvo que ello resulte necesario para concretar el proyecto y hasta un máximo del 10% del costo total del proyecto- acciones, participaciones societarias, inversiones financieras o en bienes muebles.

Se consideran como inversiones elegibles a aquellas destinadas a la adquisición de equipos nuevos, construcción de plantas industriales, obras que aumenten la capacidad instalada para incrementar la oferta de bienes, la eficiencia, la productividad y la oferta de servicios.

Así, los proyectos que generen un incremento de las exportaciones o divisas externas, tienen mayores posibilidades de ser aprobados.

La empresa receptora de la inversión elegible no puede acogerse a regímenes promocionales, excepto el establecido para la importación de bienes de capital por el Decreto N° 515/87, y los previstos por las leyes 23.101, 23.018, Decretos 163/87, 1552/86.

Presentado el proyecto, Ministerio de Economía debe expedirse dentro de los 45 días de la recepción de toda la documentación requerida, y la declaración de elegibilidad del proyecto tendrá validez por 1 año.

Los proyectos declarados elegibles, o en su presentación, se pueden financiar en un 70% de su valor con fondos provenientes de la conversión de deuda pública externa, y el 30% restante se debe integrar con el aporte del inversor en moneda local o divisas extranjeras a opción del inversor.

La disponibilidad de los fondos provenientes de la conversión está condicionada a la efectivización de los Fondos Adicionales en la proporción citada en el párrafo anterior. Se excluye a los efectos de la conversión (70%) y de los Fondos Adicionales (30%), a los bienes y equipos importados que deberán tener su propia financiación externa.

El capital invertido resultante de la conversión, no puede ser transferido a otros inversores antes del tercer año de su inversión.

Para los inversores extranjeros, la repatriación del capital invertido solo se puede hacer después de los 10 años, y la remesa de dividendos una vez finalizado el cuarto ejercicio anual de la empresa receptora. Si la empresa distribuye dividendos antes del tercer año de la inversión, el inversor solo podrá adquirir divisas para constituir depósitos a plazo fijo en moneda extranjera en Bancos oficiales por el período que reste hasta el cumplimiento de los plazos enunciados.

La repatriación del capital y la remisión de dividendos están sujetas al impuesto establecido por la ley de inversiones extranjeras.

Declarado elegible el proyecto, el inversor debe presentar su oferta al Banco Central a través de un banco local autorizado para

operar en cambios junto con la constancia de la declaración de elegibilidad de la propuesta y, en su caso, de estar autorizado por la ley de inversiones extranjeras. También deberá de describir la deuda cuya conversión ofrece, Los Fondos: Adicionales disponibles y dar, en garantía bancaria o depósito, el equivalente al 1% del valor nominal de la deuda convertible expresada en moneda argentina.

La oferta deberá incluir el descuento de conversión ofrecido sobre el valor nominal del título a capitalizar, expresado en un porcentaje del valor nominal. Además del descuento a cotizar por el oferente, el Banco Central fijará un descuento mínimo al título de la deuda.

En el llamado a licitación, el Banco Central hará conocer el cupo de la deuda convertible establecido por la Subsecretaria de Política Económica, el subcupo para las pequeñas y medianas empresas, el lugar y hora de recepción de las propuestas y el descuento mínimo que se establezca sobre el valor nominal de la deuda a convertir.

Como ejemplo, si un título de la deuda pública argentina se adquiere en el extranjero al 40% del valor nominal, podría ser capitalizable por el 100% de su valor nominal, que se convertirá en australes al tipo del mercado libre de cambios (por ejemplo, C.A-1256 del 6-9-88). Para reducir el beneficio del inversor, el Banco Central podrá fijar un descuento del 15%, y además el inversor deberá cotizar otro porcentaje de descuento para resultar adjudicatario (ej. 15%).

Así, el beneficio del inversor se reducirá al 70% del valor nominal, que le dejaría un beneficio del 30% respecto al precio de compra del título.

Para la adjudicación, el Banco Central acepta las ofertas según el descuento ofrecido y en orden decreciente. Si varias ofertas tienen igual puntaje, se elegirá el proyecto que ofrezca mayor proporción de Fondos Adicionales.

En los proyectos que impliquen conversiones de hasta 2.500.000 dólares, la conversión debe efectuarse en una sola vez. Si se supera esa cantidad, se aceptan hasta 3 conversiones, debiendo la primera no ser inferior a aquel importe. El plazo que medie entre cada etapa de conversión no podrá exceder de 1 año.

El resultado de la licitación, que se traduce en el rechazo o aceptación de la propuesta, lo comunica el Banco Central al banco local interviniente dentro de los 4 días. Si se rechaza la oferta, se libera la garantía dentro de los 5 días de producido el rechazo.

En caso de adjudicación, el inversor debe presentar los instrumentos de la deuda dentro de los 15 días. Presentados los instrumentos, el Banco Central debe adjudicar las propuestas en forma definitiva o intimar al inversor para que subsane las irregularidades que contengan esos instrumentos.

Adjudicada la licitación, se procederá a convertir las obligaciones netas del descuento cotizado y demás gastos al tipo de cambio comprador del mercado libre.

El monto resultante en australes quedará depositado en el Banco interviniente a la orden del Banco Central, cuya titularidad podrá ser cedida por el inversor al receptor de la inversión.

Dicho depósito será remunerado a opción de su titular en la variación del índice financiero elaborado por el Banco Central entre el 50 día anterior al depósito y el 5° día posterior a su liberación, o la variación del tipo de cambio comprador Banco Nación Argentina entre el día hábil anterior a su constitución y el día hábil posterior a cada liberación, a la que se adicionará la tasa LIBO para depósitos a 180 días.

La liberación de los depósitos se efectuará por el Banco interviniente previa autorización del Banco Central y verificación de haberse cumplido con el plan de inversión aceptado. Por su parte la garantía será liberada proporcionalmente al total del valor nominal de la deuda a convertir.

El Banco interviniente será responsable frente al Banco Central de la liberación del depósito de acuerdo al avance del proyecto.

En caso de incumplimiento por parte del inversor de la presentación de las obligaciones a convertir, este perderá la garantía de conversión. Dicha garantía superará pérdidas parciales en caso de mora en la etapa de conversiones.

Los receptores de la inversión y los inversores, podrán ser las mismas personas siempre que la receptora incremente su capital por igual importe al pasivo que cancela, sea mediante capitalización de resultados no asignados o nuevos aportes de capital.

En síntesis: El inversor debe presentar un proyecto detallado de la inversión. Pueden participar tanto inversores extranjeros como argentinos.

Los proyectos deben destinar los fondos provenientes de la conversión de la deuda al aumento de la oferta de bienes y servicios, como para obtener mejoras en la eficiencia y productividad. No pueden destinarse a la adquisición de bienes, acciones o a inversiones financieras. Gozan de preferencia los proyectos que incrementan las exportaciones o el ingreso de divisas externas.

Presentado el proyecto, el Ministerio de Economía dispone de 45 días para recabar toda información complementaria.

La declaración de elegibilidad del proyecto tiene validez por un año.

Declarado elegible el proyecto, el inversor debe presentar su oferta al Banco Central antes de la licitación bimestral, a través de un banco local. Deberá describir la deuda cuya conversión ofrece, detallar los fondos adicionales y depositar en garantía el equivalente al 1% del valor nominal de la deuda cuya conversión ofrece.

El Banco Central llama a licitación indicando el descuento mínimo requerido sobre el valor nominal de la deuda a convertir expresado en un porcentaje.

Se adjudica la conversión a los proyectos que ofrecen un mayor descuento y, en caso de igualdad, al proyecto que aporte para su financiación mayores fondos adicionales.

El Banco Central informa sobre la aceptación o rechazo de la propuesta al banco local.

En caso de adjudicación el inversor deberá presentar los instrumentos de la deuda dentro de los 15 días.

Los proyectos declarados elegibles se pueden financiar hasta un 70% con deuda convertida y con un mínimo del 30% con inversiones (fondos adicionales).

Con relación a las citas aclara: 1) se recurre al aumento de capital de la sociedad, capitalizando el crédito y según la estructura legal de la sociedad anónima o bien crear una sociedad al efecto; 2) es una profusa legislación, circulares bancarias, comunicados telefónicos, etc. que, por su tecnicidad, resultan sobreabundantes; 3) mecanismos para fijar anticipadamente la paridad cambiaria; y 4) circular del Banco Central.



Cuenta corriente bancaria, “In Rem Propriam” e ineficacia concursal

Osvaldo J. Maffía¹

1

Bajo qué condiciones y en qué medida procede la ineficacia falencial de los depósitos en cuenta corriente bancaria es un problema no previsto de modo específico en la LC. Debe considerarse, por tanto, incluido en la previsión general de los arts. 122 y 123. Empero, hay tantas particularidades y aspectos técnicos en la vida de una cuenta corriente bancaria que torna desaconsejable la aplicación sin más de aquel régimen, sobre todo en vista a los resultados preocupantes que exhibe el derecho comparado; y ante la situación de hecho -nuestro régimen no ofrece soluciones alternativas- es dudosa tanto la justicia como la conveniencia de las decisiones que, según veremos, podrían adoptarse. Por su lado, el mandato *in rem propriam* también acusa la aludida especificidad de la actividad bancaria, y de ella nos ocuparemos en el punto 9.

Se nos ocurre que el desajuste entre la peculiaridad de una cuenta bancaria en movimiento y el régimen de los arts. 122/3 LC puede mostrarse con claridad al menos en lo que hace al planteo, presentado de modo brusco la cuestión nodal del tema en examen, esto es, si y cuando el depósito en cuenta corriente es un pago que se hace al banco.

Tenemos la íntima convicción de que la propuesta es una pregunta clave para manejarnos frente al problema difícil y complejo de

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 25-1988.

Corresponde al cap. XXXIII de la obra Derecho Concursal, t. III del autor. De ahí la referencia a diversos capítulos y números del libro.

la ineficacia que pudiera alcanzar a las acreditaciones del cuentacorrentista. Además, y aunque no sabemos si como confesión o como testimonio, declaramos bajo juramento de decir verdad que tras muchas lecturas recién vimos claro el problema, o al menos así nos pareció, cuando advertimos la significación remarcable del aspecto que ponemos de resalto: ¿cuándo se considera que el depósito del cuentacorrentista es un pago efectuado al banco?

Otras vías de incrementar al haber de la cuenta corriente no las consideramos por ahora: con la tríada banco, cuentacorrentista y quiebra nos alcanza.

2

Pensemos en la hipótesis más simple la mera cuenta corriente, sin crédito simultáneo o concomitante otorgado por el banco sin autorización para girar en descubierto, sin mandato para cobrar y acreditar en la cuenta, sin “rojo” tolerado. La cuenta empieza en cero (o, concedamos, con el importe del depósito inicial). El cuentacorrentista va depositando y sobre esas sumas libra cheques. Cada depósito tiene una función que se inscribe en las pautas del contrato normativo cual es el de cuenta corriente bancaria. Los depósitos constituyen la provisión del titular de la cuenta en el banco. Por juego de la específica actividad del banco y del régimen de la cuenta corriente, el banco, más que adquirir la propiedad de esos depósitos, los incorpora al haber del cuentacorrentista, quien de ese modo dispone de una provisión sobre la cual podrá ordena pagos. Esa disponibilidad -noción que cada vez más va adquiriendo carácter técnico- ha sido llamada “moneda bancaria” o “moneda escritural” con la que el cliente del banco sin tenerla en su bolsillo, cuenta.

Remarcamos que, en el supuesto ahora examinado, o sea el caso más simple de cuenta corriente bancaria sin créditos ni giros sobre descubiertos, el banco recibe los depósitos del cuentacorrentista para afectarlos a las órdenes de pago libradas por el cliente en la forma específica, aunque no exclusivamente del libramiento de cheques.

CUENTA CORRIENTE BANCARIA, “IN REM PROPRIAM”
E INEFICACIA CONCURSAL

Por eso la doctrina asimiló la posición del banco respecto del cuentacorrentista a la del depositario. En efecto, en la cuenta corriente confluirían las figuras del depósito y del mandato: el banco “tiene” el dinero del depositante y espera sus instrucciones para aplicarlo. Por supuesto que la asimilación, aun cuando esclarecedora, es tosca e insuficiente.

3

Si, como enseña la doctrina mayoritaria, el de cuenta corriente es un contrato normativo, entonces del mismo no surgen en forma directa obligaciones a cargo del banco o del cliente, sino una estructura dentro de la cual podrán darse ciertos pasos, por cierto que muy familiares: el cuentacorrentista efectuará depósitos de dinero cuya disponibilidad a él y solo a él le compete; el banco aceptará las órdenes de pago que despache el cliente; hasta ahí, algunas notas del depósito y algunas del mandato, según dijimos. Empero, ninguna de esas figuras lo explica: el depósito -por supuesto que irregular- recién se configuraría cuando el cliente efectúe un depósito, mientras que en la cuenta corriente el contrato es previo a la validez de los depósitos que efectúa el cuentacorrentista, más aún, previo al carácter de depósitos en cuenta corriente de esos actos. Además, es de norma en el depósito que el depositario restituya en su momento la cosa depositada, aun cuando fungible y por tanto su correspondencia en bienes de la misma especie, mientras que lo característico de la cuenta corriente bancaria son las disponibilidades parciales, cambiantes, permanentes y al par que los depósitos funcionen como provisión ante los libramientos: no es pensable un depósito de cereal que día tras día se incremente por nuevas entregas y se reduzca también día tras día por retiros parciales. Además, que sujeto necesario lo sea un banco y el medio de retiro específico lo sea el cheque son totas de sobrada relevancia como para destruir la asimilación.

En cuanto al mandato, es innecesaria esa figura para explicar que el banco atienda las órdenes (de pago) del cuentacorrentista,

salvo que la voz “mandato” se utilice en su acepción a-técnica de iussum o indicación o solicitud con algo de imperativo u orden -como el mandato del sargento al cabo o del gerente al cadete, o del librador al girado cartular.

Cierto que, entre cuenta corriente, depósito y mandato hay algunas notas comunes, al modo de tantísimas otras situaciones asimilables; pero en la configuración del tipo han de evaluarse en su conjunto las que hacen a una figura o a otra, y las coincidencias no bastan de suyo para identificar dos géneros o especies. Más bien podría decirse que ese riesgo se corre por destacar algunas notas o desatender otras cuando no se coincide en las características que se sobre o subestiman.

Se reconoce que una nota capital en punto a cuenta corriente bancaria, *conditio sine qua non* del examen de los restantes atributos, es el carácter de banco de una de las partes (VILLEGAS); y si se reconoce el carácter de condición necesaria de ese presupuesto, entonces basta para relegar los caracteres del mandato y del depósito que lo son al par de la cuenta corriente a mera coincidencia.

El hecho de que parte necesaria del contrato en examen lo sea un banco, impone una serie de peculiaridades que las dan la inserción de ese sujeto en el régimen de las entidades financieras, con su complejo condicionamiento en tantos aspectos como es el sistema de control, el modo de cumplir los deberes del supuesto depositario o mandatario -incluso sede, horario, etc.-, las modalidades necesarias en orden a depósito y a libramientos, la necesidad de la provisión, el medio específico y casi exclusivo de ordenar los pagos y tantos otros que distinguen hasta en forma grosera el funcionamiento de la cuenta corriente bancaria con los institutos afines.

Lo que en este momento más nos interesa destacar es que las sumas depositadas por el cuentacorrentista le pertenecen. Es un importe sobre el cual puede válidamente ordenar que se pague al beneficiario de un cheque, modo típico de disponer de su dinero, consignado en el banco. Se lo llame “cuenta”, se lo llame “provisión” o como

fuere, lo que el cuentacorrentista deposita es, salvo eventos de los que diremos en su lugar, de su exclusiva pertenencia; o, si se prefiere, el cuentacorrentista deposita para tener fondos sobre los cuales girar, y al hacer eso ejercita un derecho, no cumple una obligación. El cuentacorrentista no debe depositar como resultado del contrato de cuenta corriente. Y, más específicamente, el depósito que practica no es un pago que efectúe al banco: es una entrega sobre la cual tiene el modo característico de disponibilidad que tipifica la vida de una cuenta corriente bancaria. Esa disponibilidad ha sido elevada, ya lo dijimos, a nota técnica de la relación entre banco y cuentacorrentista; así, PELLIZZI habla de una “figura típicamente moderna” que sería la llamada “disponibilidad del dinero”.

4

Pensemos que el banco otorga un crédito para que el cliente gire sobre ese importe. Aunque el problema es complejo, movámonos en la hipótesis más sencilla: durante el funcionamiento de la cuenta el titular dispondrá, por una parte, del crédito concedido por el banco, que integrará la cuenta (PELLIZZI recuerda que antes el banco efectuaba dos operaciones: una, concerniente al crédito otorgado al cliente, figurando como debe; la otra, apareciendo el mismo importe como haber del cuentacorrentista); por el otro, de los depósitos que se le acrediten en cuenta, supuesto, insistimos, el caso más simple de que el crédito bancario y los depósitos puedan ser indistintamente movidos con los giros del cuentacorrentista. En ese caso se repetirá la situación examinada en “2”, esto es, mientras no se excedan los límites del crédito concedido vía libramiento de cheques, los depósitos del cuentacorrentista no invertirán el carácter de pago al banco, sino de composición de su haber. La doctrina habla de “repristinar” la provisión.

Cuando la cuenta se cierra podría, claro, estar venturosamente en cero, pero lo más probable es que el cuentacorrentista fuese deudor, por todo o parte del importe del crédito que le fue concedido por el banco. Los depósitos que tras el cierre de la cuenta practique el

deudor para extinguir o al menos achicar su pasivo podrán, recién entonces, considerarse pagos efectuados al banco. Por tanto, si se cumplieron durante el período de sospecha y el banco conocía que el deudor se encontraba en situación de insolvencia procederá la ineficacia falencial, esto es, un caso común del art. 123 de LC.

5

Otro caso sencillo de ineficacia falencial corresponde al supuesto de que el cuentacorrentista se hubiera excedido en los libramientos por sobre la provisión, o de la autorización que el banco le hubiere otorgado para girar en descubierto si fuese el caso. En tal supuesto, tan familiar como frecuente, los depósitos que se apliquen a ese débito tendrán carácter de pago efectuado al banco, por tanto susceptibles de atacarse por ineficacia; y aquí entramos en la de a peso, pues según sea el criterio que se utilice será el resultado, con perspectiva de diferencias abismales entre una u otra de las soluciones posibles.

Un criterio, que la Corte Italiana de Casación mantuvo hasta octubre de 1982, fulminaba de ineficacia todos los depósitos que el cuentacorrentista efectuara para compurgar el descubierto, lo cual llevó a extremos calificados como “iniquidades” y condujeron a obtener revocatorias -en la mala dicción criticada en el cap. XXXII- por montos superiores a todo el pasivo falencial (SCHLESINGER).

El criterio en examen sería el siguiente: los depósitos para equilibrar cada descubierto se consideran pagos efectuados por el cuentacorrentista al banco, lo cual implica nada más y nada menos que juzgar ineficaces los cientos y aún miles de remesas que se apliquen a remediar descubiertos en cuenta corriente. Por lo que diremos más adelante, adviértase que de iure condito la tesis tiene fundamento, aun cuando los resultados son escalofriantes.

Un criterio alternativo, que entre otros especialistas en el tema sustentan SCHLESINGER Y DANOVI, afirma que el descubierto tolerado por el banco, en especial si se transforma en una modalidad

CUENTA CORRIENTE BANCARIA, “IN REM PROPRIAM”
E INEFICACIA CONCURSAL

prolongada en el tiempo, debe interpretarse como una tácita apertura de crédito por el banco. En consecuencia, no podrá hablarse de excesos por parte del cuentacorrentista, ni sus depósitos para cubrir aquellos excesos invertirán el carácter de pago: queda excluida, entonces, la eventual ineficacia, salvo que indican sobre los depósitos practicados después de cerrada la cuenta y son imputación a aquellos descubiertos. En contraste con la opinión que nos merece la tesis anterior, esta última nos resulta persuasiva, aunque con insuficiente abono jurídico.

“Cierto que por regla el banco no entiende ampliar de modo permanente el crédito acordado y pide un rápido reintegro de la deuda, caso en que efectivamente el depósito en cobertura asume carácter solutorio... Pero con mucha frecuencia el 'descubierto' deviene una modalidad constante de operatividad de la cuenta, en espera de regularización de un acto interno, formal y burocrático representado por la decisión de actualización del crédito; que no concierne a la relación contractual con el cliente, ya modificada rebus ipsis et factis a seguido del comportamiento reiterado y proseguido en el tiempo del banco. Por tanto, no me parece que se pueda, sin más, afirmar que el crédito del banco frente a 'descubiertos' de la cuenta se caracterice por la inmediata exigibilidad... cierto que el banco puede exigir el reintegro pero, frente a descubiertos consolidados y duraderos la situación jurídica del banco no es distinta respecto de la norma de cualquier crédito a tiempo determinado...”; de ello se deduce que “si operando sobre cuentas 'descubiertas' se han seguido pagos y depósitos, la tesis que admite multiplicar las revocatorias viendo en cada depósito sobre la cuenta un pago autónomo de una obligación separada, a valorar abstrayéndolo de su inherencia a la -única- relación de cuenta corriente, conduce... a las mismas consecuencias inicuas y vejatorias... Por tanto, me parece que no es legítimo exasperar una contraposición formalística entre operaciones en el ámbito del crédito y operaciones en el ámbito del crédito resultante de previas concesiones de crédito y operaciones consentidas por el banco sin una previa concesión formal: en ambos casos los movimientos de la cuenta no son valorados de modo atomístico, sino insertos en la función global,

prevalentemente financiera, que la cuenta corriente desarrolla” (SCHLESINGER).

En efecto, el rigor formal que caracteriza la actividad bancaria en general, la regencia de un contrato normativo cual el de cuenta corriente bancaria e incluso el hábito de otorgar por escrito sea un crédito típico, sea una autorización permanente u ocasional para girar en descubierto, parecerían excluir que pueda hablarse de *ius oritur* a partir de hechos que la doctrina, aun favorable a esa posición, califica casi invariablemente como “tolerados”, en algunos casos vistos como excepción a la irregularidad de una apertura o aumento de crédito otorgados sin las formas -y, probablemente, sin intervención de las autoridades- que hacen a tal tipo de operaciones. MARTORANO habla de “ilegítima concesión de facto de crédito”, de “una irregularidad grave en la gestión de la hacienda bancaria”, aun cuando concede que “la tolerancia, incluso repetida de tales descubiertos, no siempre denota una ilegítima concesión de facto de crédito” sino que también puede responder a “la exigencia en el ámbito de una relación sustancialmente correcta, de evitar a un cliente considerado solvente las consecuencias de un protesto por falta de fondos”.

6

Se nos ocurre que la invocación de un crédito de hecho -y además *in fieri*- es un esfuerzo casi desesperado para evitar el carácter de pago, susceptible de revocación por ser tal, cada que el cuentacorrentista deposita en socorro de un descubierto.

Aunque sería un modo de evitar tan catastróficas consecuencias, la expresión “crédito bancario de hecho” es una estrepitosa contradictio in adiecto. La banca presta un servicio de importancia pública superlativa. Los créditos son otorgados previo examen de las necesidades y solvencia del peticionante, informes, deliberación colegiada y acto escrito de otorgamiento, amén de control por el BCRA. Hay un marcado rigor, y no solo formal, en los pasos que condicionan la apertura. Eso de ninguna manera se suple por un gesto de consideración personal que emana tal vez del jefe de cuentas corrientes y

CUENTA CORRIENTE BANCARIA, “IN REM PROPRIAM”
E INEFICACIA CONCURSAL

como máximo del gerente, ninguno de los cuales es competente por sí -tampoco lo son conjuntamente- para resolver sobre concesión de crédito. Por otra parte, si el crédito surge de facto, y además *in fieri*, y además *ad hoc*, y además *a posteriori* del libramiento, aun así, erigiría en derecho la posición del cuentacorrentista; sin embargo, este último no tenía derecho a girar en descubierto, al punto de que su comportamiento puede ser sancionado criminalmente.

Negamos, pues, que pasos en descubierto se justifiquen por un crédito concedido al paso por el banco: más bien podrá considerarse una gentileza del gerente o del contador, que sin duda en los mas de los casos beneficiará al cuentacorrentista sin perjudicar al banco ni a terceros, confiriendo al movimiento de la cuenta una fluidez y una elasticidad que pueden ser imprescindibles. Pero si el cliente quiebra, ¿pagaré los platos rotos el gerente o el contador que gastaron el *beau geste* de honrar del cheque? De ser así, seguro que se les impondrá la reflexión de un personaje de GEORGES DUHAMEL.

Un discreto novelista de hace algunas décadas, autor de “La piedra de Horeb”, buena novela, aunque nada más que eso. Sin embargo, el éxito que tuvo la versión española hizo que también se tradujera su “Diario de un aspirante a santo”, donde un gris ciudadano decidió convertirse en santo vía realización de buenas acciones en el medio en que se movía, pero todas esas acciones, de un modo u otro, terminaban en ayuda económica a los necesitados. Tras evaluar los primeros pasos de su intento llegó a la conclusión de que ser santo sale caro.

La necesidad de esclarecimiento, sea por la ley, sea vía jurisprudencial, es visible. No hace falta imaginar lo que ocurriría con esas cuentas de intenso movimiento diario -tantas empresas que manejan varias- en las cuales día tras día se registran uno o más pagos en descubierto y se toman por tales aunque en el mismo día se cubran; y decimos que no hace falta tomarse el trabajo de imaginario porque al respecto hay experiencia, aunque no local: algunos autores - TARZIA, DANOVI, SCHLESINGER- hacen referencia a “revocato-

rias” por importes que exceden todo el pasivo del concurso. Las consecuencias de la tesis que afirma la ineficacia de cada depósito aplicado a un descubierto (por ser “pago” efectuado al banco) aparejaría efectos calamitosos no solo para la banca, que aguantará o no el impacto, sino para la propia actividad empresarial, ya que la respuesta natural de los bancos consistirá en rechazar toda orden de pago que no contara con la debida provisión; y en el movimiento febril y diario de las cuentas corrientes, tal posición formalista de la banca tendría algo de paralizante: una especie de trabajo a reglamento que pondría fin a una praxis consagrada como necesaria para -y favorecedora de la movilidad de los pagos que hacen a la vida de los negocios.

Es cierto que una apertura de crédito “no es deducible de la mera tolerancia de una situación de descubierto”, como decide invariablemente la Casación italiana; pero aunque el “rojo” no nazca bendecido por una tácita autorización, pensamos que no basta con el hecho de haberse operado en descubierto para que los importes que se apliquen a ese desfase en el movimiento de la cuenta puedan considerarse pagos que el cuentacorrentista efectúa al banco, requisito sine qua non, según vimos en “I”, para que pueda pensarse en la ineficacia de los depósitos.

En el punto II veremos que no es imprescindible moverse en los términos de la usual disyunción, esto es, o los depósitos que cubren el “rojo” son pagos hechos al banco -por tanto, revocables si fuera el caso- o el cuentacorrentista gozaba de un crédito de hecho. Pero antes consideramos otro aspecto del problema que hace a una modalidad importante y de uso creciente para alimentar la provisión del cuentacorrentista.

7

Se trata del bien o mal llamado “descuento” de documentos cambiarios, de empleo rutinari en otros países, típicamente en Francia: el comerciante vende en cuotas y traslada a su banco el cúmulo de pagarés que toma de los clientes; el banco se encargará de recibir los pagos, pero no de proceder al cobro ante la eventual defección del

CUENTA CORRIENTE BANCARIA, "IN REM PROPRIAM"
E INEFICACIA CONCURSAL

librador, vale decir, no pensamos en la hipótesis de endoso al cobro ni, menos aún, de factoring: el banco recibe los títulos, si el obligado paga aplica los importes de la cuenta corriente del cliente, si no paga se los devolverá y el endosante habrá de reemplazarnos por otros para mantener su provisión; pero con la relevante particularidad de que el banco no se limita a esperar el pago de los documentos y después acreditar, aunque tampoco los recibe pro soluto. Más bien se trata de una figura inespecífica, casi demostración de probables ingresos potenciados por la repetición de las operaciones, la estadística del cumplimiento, la seriedad que merece el cuentacorrentista, etc.

En esos casos, el importe de los pagarés entregados al banco suele acreditarse en la cuenta del endosante, aunque todavía no tienen esa entidad que -dijimos- la doctrina remarca cada vez más como índice de caracterización de la cuenta corriente, a saber, la disponibilidad por el cuentacorrentista: son valores acreditados, pero aun no disponibles.

Sin embargo, sobre esos montos se gira, y ello resulta la severa cuestión vista en 6: el banco, aunque resguardado por los títulos que entregó el cliente, realiza verdaderos "anticipos" o "adelantos" que, por más vueltas que le demos, equivalen a una autorización no formal para girar sin fondos disponibles. Entonces, ¿cada depósito del cliente o remesas de terceros o cobros de los referidos documentos son pagos efectuados al banco, en consecuencia, revocables si se da el tipo del art. 123 de la LC?

Dos fallos recientes del Tribunal de Venecia, ambos de julio/1987 tratan el punto en forma coincidente y de algún modo complementario. Además, dieron ocasión a una valiosa nota de Lo CAS-CIO, y merecen un examen detenido pues brinda una buena puesta en punto del problema.

8

Uno de esos fallos decide que la utilización por parte del cuentacorrentista de sumas acreditadas, pero aún no disponible puede

importar un descubierto en la cuenta, de modo tal que las sucesivas remesas incorporadas en la misma tienen naturaleza solutoria y están sujetas a revocación falencial. Se explica en los fundamentos que el problema de la individualización de las remesas revocables ha sido impostado con referencia al saldo “contable” (esto es, al monto de la provisión comprensiva no solo de los depósitos que crean inmediata disponibilidad, sino también de aquellos que no la crean porque dependen del cobro), pero también al saldo llamado “líquido”, o sea el de la cuenta que comprende solo depósitos y remesas susceptibles de constituir inmediata disponibilidad a favor del cuentacorrentista.

La justificación jurídica de tal impostación reside esencialmente en la circunstancia de que la cláusula “salvo cobro” en la cuenta corriente bancaria tiene efecto suspensivo, de modo que el cuentacorrentista no adquiere la disponibilidad de la suma sino después que el título haya sido pagado. Por eso la utilización por parte del cuentacorrentista de sumas acreditadas, pero aún no disponibles habrá aparejado un descubierto, con la consecuencia de que las sucesivas remesas afluidas en la cuenta tendrían, en los límites de la misma, naturaleza solutoria. El Tribunal comparte esa solución del problema.

Agregan los considerandos del fallo citado un precedente de la Casación, según el cual es afirmación constante en doctrina y jurisprudencia que “en caso de depósitos de títulos de créditos en una cuenta corriente bancaria, como la transmisión del título tiene lugar no en función de una transferencia de su propiedad sino de un mandato conferido al banco para que realice el crédito incorporado al título y acredite su importe en la cuenta, la cláusula “salvo cobro” ...tiene efecto suspensivo de la acreditación, de modo que el cuentacorrentista no adquiere la disponibilidad de la suma sino después del título haya sido pagado; en consecuencia, hasta que se verifique ese evento el importe del título no puede considerarse a disposición del cuentacorrentista y, por tanto, no es permitida la emisión de cheques...”, lo cual significa que la eventual inmediata acreditación en

CUENTA CORRIENTE BANCARIA, “IN REM PROPRIAM”
E INEFICACIA CONCURSAL

la cuenta del cliente por parte del banco tiene efectos puramente contables y no equivale a una efectiva partido deudora; tanto es así que el banco podría diferir la anotación de la acreditación hasta el momento del cobro, o podría, antes del cobro efectivo de los títulos, modificar esa anotación eventualmente ocurrida antes, o, siempre antes del cobro, podría debitar en cuenta el importe equivalente a los títulos acreditados cuando se hubiera consentido al cuentacorrentista la utilización en época anterior a su efectiva disponibilidad.

Ahora bien: “el hecho de que la banca del cuentacorrentista de sumas aún no disponibles corresponde a una hipótesis de extralimitación de la cuenta, que atribuye a las sucesivas remesas naturaleza solutoria...”. No parece hipotetizable en ese caso la exigencia de la -ya inexistente- apertura de crédito: ante todo porque las Normas Uniformes disponen que el eventual descubierto consentido más allá de la apertura del crédito no comporta el aumento de tal límite; en segundo lugar, porque una modificación del contrato podría ocurrir solo tras una “unívoca voluntad negocial del banco” dirigida a producir el efecto jurídico de la ampliación del crédito.

En todo caso, aun admitiendo que la utilización del importe acreditado, pero aún no disponible derivara de un “tácito consenso” del banco la conclusión no podría cambiar, pues siempre mantendría al modo que fuere -independientemente de la revocación del crédito- el derecho a debitar aquel importe incluso antes de haber verificado la falta de cobro de los títulos. Por ello, en todos los casos de utilización de sumas aún no disponibles el monto efectivo de la cuenta es inferior a los resultados contables, con la consecuencia de que devienen revocables, precisamente sobre la base del llamado “saldo líquido” o “disponible”, todos los depósitos sucesivos que llevaron la cuenta a los límites de la apertura del crédito.

Otro fallo señala que la imputación de la individualización de los depósitos revocables fue efectuado con referencia no ya al saldo “contable” -o sea al monto de la provisión comprensiva de los depósitos que crean inmediata disponibilidad y también de los que no la crean por estar pendiente el cobro-, sino al saldo llamado “líquido”, o

sea al saldo de la cuenta que comprende solo los depósitos o remesas susceptibles de constituir inmediata disponibilidad a favor del correntista. “La justificación jurídica de tal impositación reside esencialmente en la circunstancia de que la cláusula “salvo cobro” tiene efecto suspensivo en la cuenta bancaria, de modo que el cuentacorrentista no adquiere la disponibilidad de la suma sino después que el título haya sido pagado. Por eso la utilización por el cliente de sumas acreditadas, pero aún no disponibles habrá comportado un estado deudor con la consecuencia de que las sucesivas remesas afluídas sobre la cuenta tendrán, en los límites de la misma, naturaleza solutoria”.

LO CASCIO comenta ambos fallos (revista “Il Fallimento”, mayo ppdo.) y reprocha el encuadramiento de la revocabilidad “en el marco de la plena autonomía” de cada pago o depósito, operaciones que debieran ser absorbidas “en la única e inescindible relación negocial instaurada”, o sea la relación de cuenta corriente. Sostiene que hacer líquido o disponible un título entregado al cobro... integra los extremos de una verdadera y propia operación de financiación, aun cuando individual y más allá del contenido de una apertura de crédito formal. De ese modo asume relevancia, como señalan las decisiones, el saldo disponible y no ya el saldo contable de la cuenta: hay “descubierto” relevante toda vez que el cliente hubiera superado el importe disponible aun, cuando no corresponda una situación análoga en el plano contable.

Estima cuestión capital decidir si hacer disponible la suma correspondiente a un título endosado al cobro -que, repetimos, podría no investir esa calidad- representa o no una concesión de créditos, y los dos fallos relacionados dicen que sí. El comentarista comparte la solución (DANOVI, en buen trabajo, se expide en contra). Endosado el título al cobro, la disponibilidad de los fondos -dice LO CASCIO- se tiene después que el mandato tuvo ejecución; y la eventual concesión de crédito fundada sobre la garantía impropia representada por el documento endosado determinan el nacimiento de una obligación para el cuentacorrentista.

CUENTA CORRIENTE BANCARIA, “IN REM PROPRIAM”
E INEFICACIA CONCURSAL

DANOVI habló de la índole “suspensiva” de la acreditación en cuenta, pero LO CASCIO juzga inútil recurrir a esa calificación: a su criterio, lo único que se necesita es comprobar si el cliente tiene o no la disponibilidad del importe pagado por el banco. Si no existe esa disponibilidad hay concesión de crédito, sea cual fuere la suerte del título entregado al cobro.

Pero entonces el verdadero problema consistiría en calificar, vez por vez, la naturaleza del endoso a favor del banco. En efecto, con mucha frecuencia el endoso del cliente se cumple mediante una simple firma, de modo que debe elegirse entre una calificación fundada sobre el mero dato literal del título y otra que rebote en la disciplina convencional de la íntegra relación de cuenta corriente. La segunda es la vía que eligieron las sentencias comentadas.

Otro problema -ulterior- es el de resolver si el crédito así acordado por el banco se considera como descubierto a los fines de la mal llamada “revocación”. Algunos autores -PORZIO- estiman que la concesión de disponibilidad está vinculada a la relación de cuenta corriente a la que accede, y por tanto no habría margen para una valoración en términos de descubierto. Por otra parte, si la financiación otorgada al cuentacorrentista es calificable como operación única, destinada a agotarse en el cobro del título, parece que el acto es, al modo que fuere, susceptible de revocación: bajo el aspecto del pago en presencia de descubierto, o bajo el aspecto de la específica operación de crédito.

Una vez que se acepte esa impostación del problema resulta necesario producir una completa reconstrucción de las operaciones de cuenta corriente desarrolladas por el cliente. En efecto, pierden relevancia los saldos contables y la asumen los saldos disponibles. Por otra parte, en concreto no es fácil cumplir tal inversión, ya que sería necesario conocer, operación por operación, cuándo se verificó la efectiva disponibilidad de la suma acreditada, dato este que en abstracto depende de modalidades y tiempos de cada acreditación individual, aun siendo verdad que en la práctica se están afirmando soluciones convencionales.

Enseñanza la praxis que en el mundo bancario son difusos los llamados “términos convencionales de disponibilidad”: los bancos reconocen al cliente la facultad de disponer de la suma correspondiente al importe del título endosado al cobro después de un número determinado de días, sin verificar en concreto el resultado del título. Una vez que se conocen los términos aplicados en el caso se podrá reconstruir según ellos el andamio de la relación.

Se ha objetado (DANOVI, TARZIA) que los saldos por valor son irrelevantes, ya que solo fijan el decurso de los intereses. Empero, queda en pie un dato de experiencia común: la disponibilidad tantas veces citada se tiene, siempre, en un momento posterior a la fecha llamada “de valor”, de modo que esos saldos bien pueden ser asumidos como circunstancia sobre la cual fundar la presunción simple de que la suma correspondiente no era disponible en el lapso que va desde la contabilización hasta la fecha de valor.

Reconstruido así el desenvolvimiento de la cuenta, podrá determinarse qué remesas afluidas sobre ella después que el banco hizo disponible el importe de los títulos endosados son objetivamente revocables. Una cosa podrá afirmarse para los depósitos de dinero líquido; en cambio deberá llegarse a la solución opuesta para las acreditaciones de títulos, siempre en aplicación de la citada regla sobre la disponibilidad efectiva.

La transcripción-síntesis-comentario de los dos recientes fallos y de la nota de LO CASCIO nos presentan, con rasgos vívidos, el ceñido problema de la acreditación, en cuenta corriente, de importes correspondientes a valores cambiarios endosados al banco, sea en procuración al cobro, sea en garantía, sea sencillamente para recibir -no perseguir- el pago de parte del obligado cambiario.

En el punto 11 veremos que no es imprescindible moverse en los términos de la usual disyunción, a saber, o los depósitos que cubren el rojo y son pagos hechos al banco -y por tanto revocables si fuera el caso-, o el cuentacorrentista gozaba de crédito de hecho. Ahora rozaremos, y apenas rozaremos, una variante del problema

que estamos examinando y se relaciona con el mandato in rem propriam.

9

El mandato que tradicionalmente se caracteriza como in rem propriam tiene un alcance bastante mayor que el indicado por su nombre. En efecto, no se trata de un mandato en interés -solo- del mandatario, sino que también puede serlo del propio mandante y de terceros. Lo individualiza bien el art. 1982 del cód. civil: “El mandato continúa subsistiendo aun después de la muerte del mandante cuando ha sido dado en el interés común de este y del mandatario, o en el interés de un tercero”. La coma que subordina la última cláusula facilita la explicitación del concepto: sobrevive al mandante el mandato que fue conferido

- a) en interés común de mandante y mandatario;
- b) en interés de un tercero.

Pero esa claridad nos muestra también el presupuesto capital que autoriza la pervivencia del mandato: la muerte del mandante, esto es, nada dice de la quiebra, y a ese respecto ZANARONE refiere una marcada discrepancia que exhibe un aspecto altamente llamativo, algo parecido a lo que señalamos en el cap. XXVI, a saber, la discrepancia “entre la casi unánime doctrina por una parte y la casi unánime jurisprudencia por el otro, orientada la primera en el sentido de la extinción del mandato in rem propriam, la segunda en el sentido de su sobrevida”.

La ley 19.551 [ED, 42-1029] en su art. 151, prescribe la resolución de los contratos “en los cuales la prestación pendiente del fallido fuere personal e irremplazable...”, y agrega: “Los contratos de mandato... quedan comprendidos en esta disposición”.

El régimen, en lo literal, es claro; pero también, retruécano al margen, es clara la dificultad interpretativa, esto es, generalizadora

o especificadora que pueda guiar al intérprete. En efecto, cabe sostener dos posiciones antitéticas, a saber:

a) cuando la ley dice “mandato” se refiere a todo mandato, a todo partícipe de la clase, sin tomar en cuenta rasgos individualizantes;

b) cuando la ley dice “mandato” se refiere al género mandato, pero no a los mandatos con alguna especificación.

Ello nos traslada, en un primer caso, al régimen del código civil, cuyo art. 1982 recordamos poco antes; empero, su alcance en orden al punto que nos interesa requiere insertar los vocablos o términos dudosos en un contexto, que en este caso es asimismo claro, a saber, la extinción del mandato por muerte del mandante. Los textos legales (arts. 1963, 3º y 1982) podrían reconstruirse, pues, de esta manera: “el mandato concluye por muerte del mandante excepto cuando fue conferido en interés común de mandante y mandatario o el interés de terceros”.

Empero, ello nos dice qué prescribe el código civil en caso de muerte del mandante, y con ese pretexto seguimos sin saber qué pasa en la hipótesis de quiebra.

Nos parece que la opción entre la interpelación generalizadora y especificadora puede llevar a diverso resultado según la relevancia que otorguemos, también en este caso, al contexto: vimos que el art. 151 de la LC sanciona la llamada resolución del mandato como apén-dice a una disposición que podríamos considerar de principio, esto es, los contratos “en los cuales la prestación pendiente del fallido fuere personal e irremplazable por cualquiera que pudieran ofrecer los síndicos en su lugar”; y que esa es la situación básica lo prueba un repaso de la doctrina: “Intuitus personae significa literalmente consideración de la identidad o de las cualidades personales del contratante y, cuando esa consideración inviste al contrato obligación de la prestación, se traduce sustancialmente en la infungibilidad de esa prestación... la sustitución en la ejecución del contrato, en la mayor

CUENTA CORRIENTE BANCARIA, “IN REM PROPRIAM”
E INEFICACIA CONCURSAL

parte de los casos, siempre está preclusa por las consideraciones de las cualidades personales del contrato” (GUGLIELMUCCI).

“La cuenta corriente, el mandato, la comisión. También para estos tres contratos juega la *intuitus personae*... con necesidad de disolución en caso de quiebra...” (PAJARDI).

Y bien: si el carácter “personal e irremplazable” de la prestación es la piedra de toque para decidir sobre revocabilidad de la relación, casi siempre contractual, que ligó al tercer con el hoy fallido, es manifiesto que la quiebra del mandante no corresponde a aquella premisa, ya que la prestación personal e irremplazable que cuenta es la del mandatario. Si se acepta, pues, que la revocación del mandato es solo inciso de la de esos actos para cerrar la vinculación (*intuitus personae*), entonces el mandato quedará extinguido cuando quiebre el mandatario. Otrosí, el carácter de contrato sinalagmático que le asigna TARZIA -a diferencia del mandato simple- saca el problema del art. 151 y lo traslada al art. 147 inc. 3°.

La relación del tema con la ineficacia de los depósitos bancarios es manifiesta: el cliente otorga un mandato al banco para que perciba créditos de que es titular el mandante y los retenga, sea para aplicarlo a la cuenta corriente del mandante, sea con imputación a otras deudas del banco.

El gran uso del mandato *in rem propriam* en Italia se explica, según ZANARONE, por razones fiscales: resulta incomparablemente menos gravoso que la cesión de créditos.

Y bien: ¿qué pasa tras la quiebra del mandante? ¿El banco sigue cobrando? Caso afirmativo, ¿imputa acaso los importes a su crédito contra el fallido? La respuesta será distinta según se admita o no la aplicación del régimen sobre pervivencia del mandato a la muerte del mandante: si se considera que la quiebra no lo resuelve según la errada dicción del art. 151, estará bien que el banco siga cobrando por el cliente. Caso contrario, esas cobranzas serán irritas.

Sin embargo, adviértase que hemos simplificado en exceso un problema que no es tan sencillo, pues aunque la tesis reductiva elimina ulteriores dificultades -disuelto el mandato in rem propriam ninguna otra cuestión se suscita en el tema-, cuando, por el contrario, se afirma la pervivencia del mandato no obstante la quiebra del mandante, aparecen y se entrecruzan con la anterior nuevas cuestiones. Así,

a) El mandato in rem propriam supérstite autoriza al banco, claro, para que siga cobrando por el fallido; pero ¿lo autoriza al par a quedarse con esos cobros para cubrir las deudas del cliente hoy en quiebra?

b) ¿Puede hablarse de compensación entre el crédito del banco y las sumas que recibe “por” el fallido?

El último supuesto, discutido en Italia donde la compensación también puede producirse después de la quiebra, no es tema entre nosotros. Sí lo es, en cambio, el primero; y no parece que la respuesta fuera sencilla a juzgar por el esfuerzo que doctrina y jurisprudencia gastaron para domar el arisco problema.

10

La situación básica es la siguiente: el deudor del banco -cuentacorrentista o no- le confiere un mandato para que perciba importes de terceros y los aplique a la relación habida con el banco. Como se ve, el mandante es al par deudor y acreedor: deudor del banco, y acreedor de terceros. El banco mandatario queda, en virtud del mandato, facultado para cobrar de aquellos terceros “por” el mandante, y hasta aquí nos mantenemos en la sencilla y familiar figura del mandato; pero asimismo para aplicar las sumas que perciba a su crédito contra el mandante.

La doctrina que afirma la vigencia del mandato post-quiebra del mandante, entiende -o al menos, dicho sea sin perversidad, afirma- que en la especie estaríamos ante un acto principal, al modo que fuere convenio de pago con el banco, y otro complementario o

instrumental respecto del primero, que sería el facultamiento para que el banco cobre a terceros; y siendo premisa que el acuerdo de pago es anterior a la quiebra, el mero factor subordinado e instrumental, o sea el mandato al cobro, sobrevive a la apertura del proceso falencial.

Las críticas a esa argumentación, amén de severas, son fundadas y persuasivas. ZANARONE niega que la actividad gestoria pueda degradarse a simple requisito de eficacia de un tipo constitutivo representado por el mandato, ello porque la obligación de restitución en cabeza del mandatario puede existir aún en ausencia del mandato (caso del negotiorum gestor). Las obligaciones del mandatario “nacen porque ha gestionado, no porque ha contratado”, agrega citando a SACCO. Pero aún admitiendo que el “negocio dispositivo” con que el mandante arregla su situación deudora con el banco mandatario fuera oponible a la quiebra, y por tanto el mandato, en cuanto instrumental respecto de aquel negocio dispositivo, debería seguir su suerte y por tanto sobrevivir a ese evento, aún concediéndolo igual la tesis es impugnabile. La refutación la elabora ZANARONE siguiendo ideas que toma del notable libro *Il tipo contrattuale*, de GIORGIO DE NOVA:

Es un libro de valor excepcional, que no hemos visto que se aprovechara en nuestro medio a pesar de que data de 1974 y es cada vez más citado por civilistas y comercialistas. DE NOVA es también muy conocido por su obra *Il contratto di Leasing*, cuya 2ª edición es de 1985.

Un pensamiento cardinal del autor referido apunta al encuadramiento de situaciones contractuales no definidas, esto es, que reúnen notas correspondientes a varios de los contratos, digamos, típicos: precisamente el caso del leasing es paradigmático, a saber, un contrato sin regulación legal que exhibe caracteres de la venta con reserva de dominio, de la locación, del mutuo con garantía. La solución no consiste en sobrevalorar ciertas notas y subestimar otras para encuadrar la situación en un tipo con exclusión de los demás, sino, por el contrario, adscribir el caso considerado en uno u otro de

aquellos contratos que serían aplicables si solo estuvieran presentes sus elementos considerados esenciales.

“Entre los dos polos representados por la venta y por la locación es dado encontrar toda una serie de figuras intermedias. Entre ellas, un puesto de relieve lo ocupa el leasing... el instrumento del tipo puede ser realizado con una doble finalidad: para distinguir entre las dos especies de leasing y para individualizar su disciplina, si se recurriera a un reconocimiento essentialia para proceder luego a la subsunción, se debería concluir por la calificación de ambas hipótesis como locación: en efecto, en ambos casos se tiene la concesión en goce de una cosa mueble o inmueble por un tiempo determinado contra un pago determinado... En cambio, si se confrontan las dos variantes del leasing con el tipo normativo de la locación se nos muestra que mientras para el leasing operativo se puede hablar de reconducibilidad al tipo, para el leasing financiero la conformidad con el tipo de la locación es solo parcial. En efecto, en el leasing operativo el bien objeto del contrato conserva, al término, un relevante valor residual y está destinado a nuevas utilizaciones... En el leasing financiero, en cambio, la duración del contrato está conmensurada a la vida técnico-económica del bien, que, al vencimiento, tendrá entonces un valor residual nulo o desatendible: el conjunto de los cánones corresponde al valor económico del bien. Si el leasing operativo se avecina al polo de la locación, el leasing financiero tiende en cambio a acercarse más bien al polo de la venta... empero ni siquiera se identifica con ella por ausencia del momento traslativo” (DE NOVA).

Con ese sólido apoyo doctrinario, ZANARONE niega que en el mandato irrevocable al cobro con retención por la banca mandataria de lo percibido pueda verse un “negocio dispositivo” como figura principal, y un mandato como instrumento para alcanzar el fin perseguido por el negocio básico. Lejos de ello, habrá de examinarse cada situación en que aquellas figuras jueguen y ello mostrará que en el “negocio complejo hipotetizado aparecen dos momentos distintos: uno, consistente en el acto mediante el cual el mandante dispone a favor del mandatario o de un tercero del resultado útil de la gestión,

CUENTA CORRIENTE BANCARIA, “IN REM PROPRIAM”
E INEFICACIA CONCURSAL

acto reconducible, según las preferencias, a un acuerdo de compensación, o a una concesión de créditos, o a una remisión de obligación. El otro consiste en el encargo conferido por un deudor al propio acreedor o a un intermediario para el cobro de un crédito que el deudor ostente contra un tercero, encargo en que es fácil ver al menos una de las notas típicas del mandato con o sin representación, o sea la desviación directa o indirecta de los efectos de la actividad gestoria en la esfera jurídica del mandante. La ratio de la norma que dispone la extinción del mandato por quiebra del mandante se individualiza en conexión con este último aspecto: en otras palabras, el legislador no entendió afectar la operación con la que las partes disponen del resultado útil de la gestión a favor del mandante o del mandatario o de un tercero, sino impedir que a través de la actividad de una parte privada se cumplan eventos comprometedores para la masa fuera de la voluntad de los órganos falenciales”.

Nosotros pensamos, aún aceptando la fundamentación de ZANARONE, que la explicitación de las dos figuras implicadas en el mandato *in rem propriam* -el mandato por un lado, el convenio de aplicación de las sumas por el otro-, absuelve mejor que resuelve la cuestión de acuerdo con el derecho argentino. En efecto, repárese que el tema compensación late en el fondo del problema, ya que el modo más característico y estadísticamente más frecuente en que se da la figura del mandato *in rem propriam* consiste en el apoderamiento para cobrar y aplicar lo cobrado a la deuda que el mandante tiene con el mandatario.

“Cuando el anticipo es garantizado por un mandato al cobro, la obligación de restituir la suma anticipada se extingue en el acto del cobro del crédito anticipado por parte del banco con un mecanismo de automaticidad, que la jurisprudencia encuadra en el esquema de la compensación legal y que... escapa a la revocatoria” (GUGLIELMUCCI).

La cuestión, como ya dijimos, preocupó y preocupa a la doctrina italiana, dando ocasión a estudios y fallos de subida importancia, por-

que la legg. fall. autoriza la compensación incluso después de pronunciada la quiebra (art. 56), lo cual posibilitó ingeniosos enroques para presentar como compensación lo que era lisa y llanamente un cobro durante el período sospecho. No en vano MAFFEI ALBERTI, habló de “relaciones triangulares” tendientes a disimular aquella circunstancia.

Esa urticante cuestión nos es ajena: el art. 134 de la ley 19.551 veda la compensación post-quiebra. Podrá discutirse, pues, si el mandato *in rem propriam* cae o no en la escobada del art. 151; pero no puede discutirse que, aún supérstite el mandato, lo que al banco apoderado cobre por el mandante deberá consignarlo en la quiebra.

A la hora en que el magistrado deba pronunciarse habrá cursado, con seguridad, algún tiempo como para que el banco haya cobrado y, supongamos, aplicado a su crédito contra el hoy fallido lo que en su representación percibió. Sin embargo, no se tratará en la especie de un caso de revocatoria sino, más tajante aún, de ineficacia por aplicación de los arts. 111 y 113, 2º parte. El síndico, en vez de promover la acción del art. 123, gestionará la entrega por el banco de cuanto hubiera percibido desde el mismo momento de la quiebra, incluso recavando intimación al magistrado si fuera preciso. Lo que sí constituirá objeto de la acción por ineficacia habrán de serlos las sumas que el banco hubiera cobrado por el hoy fallido durante el período sospecho, si constara que conocía su estado de insolvencia.



Trabajo presentado en el VIII encuentro Latinoamericano de abogados expertos en el derecho bancario

Gerold Herrmann A¹

A. PRESENTACIÓN DE LA NUEVA CONVENCIÓN

I- La última creación de la CNUDMI

Causa gran regocijo presentar la última creación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Nació jurídicamente el 9 de diciembre de 1988 en virtud de la resolución 43/165 de la Asamblea General. Su nombre completo es “Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales”.

Se suma a un grupo notable de congéneres hoy ampliamente aceptados y factores poderosos en el proceso de unificación del derecho mercantil internacional. Prescindiendo de su orientación particular, comparte toda la característica genética importante de haber sido creadas por expertos de todas las regiones del mundo y que representan los distintos sistemas jurídicos y económicos.

En la esfera del derecho sobre compraventa tenemos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), en vigor desde el 10 de enero de 1988 y a la que se han adherido 19 Estados 1/. La acompaña

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 26/27-1989.

Doctor en Derecho (Colonia), Magister en derecho (Berkeley); Oficial jurídico superior, Subdivisión de derecho mercantil internacional, Oficina jurídica de las Naciones Unidas. Las opiniones sostenidas aquí por el autor son hechas a título meramente personal y no coinciden necesariamente con las de la Organización a que pertenece.

la primogénita de la UNCITRAL, la Convención sobre la Prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 1974) y el Protocolo de Enmienda (Viena, 1980), en vigor desde el 10 de agosto de 1988 y al que se han adherido 10 Estados 2/. En el ámbito del transporte marítimo, encontramos las denominadas “Reglas de Hamburgo”, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978, al que actualmente se han adherido 14 Estados y se prevé que pronto entrará en vigor 3/. En materia de solución de controversias, tenemos el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976), aceptado mundialmente y utilizado en procedimientos *ad hoc* y en arbitrajes sustanciados por más de 30 instituciones arbitrales en todos los continentes, el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), ya adoptada en varios países 4/. y objeto de examen legislativo en muchos otros. Creaciones más recientes son dos guías jurídicas que por el hecho de revestir esta forma no están destinadas a constituir directamente derecho positivo. La primera es la Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales 5/. La segunda, la Guía Jurídica de la CNUDMI sobre transferencias electrónicas de fondos 6/.

El tema de las transferencias electrónicas de fondos reviste particular interés para abogados bancarios, porque figura prominentemente en el programa de nuestra reunión. Fue también uno de los temas gemelos, junto con los títulos negociables internacionales, en la reunión conjunta de la CNUDMI y FELABAN en junio de 1987 en México, D.F. Las excelentes monografías (publicadas en el N° 67, de marzo de 1988 de la revista FELABAN) proporcionan abundante información útil sobre ambos temas. Lo que ha variado o acaecido desde esa reunión es que el Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre pagos internacionales acometió la preparación de una Ley Modelo de transferencias de créditos internacionales y que el entonces proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales es hoy una realidad consumada.

La preparación del proyecto de convención en la CNUDMI requirió 14 períodos de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales y tres períodos de sesiones de la misma Comisión 7/. El texto aprobado por consenso en 1987 en el 20º período de sesiones de la Comisión, presidida por la profesora y juez argentina doctora Piaggi de Vanossi, se presentó a la Asamblea General que invitó a todos los Estados a formular observaciones y propuestas sobre el proyecto. En setiembre de 1988, el proyecto fue revisado por un grupo de trabajo de la Sexta Comisión (de Asuntos Jurídicos) de la Asamblea General. Presidió el Grupo el profesor mexicano Abascal, acreedor a especial encomio por su pericia negociadora que permitió lograr una transacción conducente a que la Sexta Comisión aprobara el texto el 7 de octubre de 1988 y a que la Asamblea General el 9 de diciembre de 1988 abriera la Convención a la firma y ratificación o adhesión.

II- Primera unificación universal del derecho sobre los títulos negociables.

En la larga historia de la unificación del derecho sobre los títulos negociables, la nueva Convención es la culminación de los esfuerzos en este campo y constituye el primer texto realmente universal. Las medidas legislativas unificadoras en una región o sistema jurídico particular empezaron en los inicios del siglo XIX para restaurar la armonía característica del uso comercial medieval de las letras de cambio internacionales, perdido por la “compartimentación” resultante de barreras jurídicas nacionales 8/.

Los derechos francés y alemán se utilizaron como modelos en varios países de sistema romanista. En la primera mitad del siglo XX, esfuerzos más organizados hacia la unificación, como las Conferencias de la Haya en 1910 y 1912 y, con los auspicios de la Sociedad de las Naciones, en Ginebra en 1930 y 1931, generaron un considerable grado de armonización en el mundo de sistema romanista, con más de 40 países que adoptaron o siguieron muy de cerca las leyes uniformes de Ginebra sobre letras de cambio, pagarés y cheques 9/.

En el mundo del derecho anglo-americano, la fuente de la unificación fue el derecho inglés, sobre todo, la **Bills of Exchange Act** (Ley sobre letras de cambio) de 1882 (BEA). Ella fue el trasunto de las leyes aún en vigor en los Estados Miembros del Commonwealth e inspiró la **Uniform Negotiable Instruments Act** (Ley uniforme sobre títulos negociables) de los Estados Unidos de América, predecesora del actual Art. 3 del Código de Comercio Uniforme (UCC). Al examinar esta situación, cabría concluir fácilmente que la labor de la CNUDMI fue “simplemente” conciliar o colmar la laguna entre los dos sistemas principales de derecho sobre títulos negociables, el sistema de Ginebra y el angloamericano. Sin embargo, ese criterio sería excesivamente estrecho por dos razones.

En primer lugar, si se observa más detenidamente cada uno de estos dos sistemas, se advierten grandes disparidades en el sistema con respecto a los detalles del régimen jurídico y, en algunos aspectos, incluso en cuanto a cuestiones principales. En el ámbito del derecho angloamericano, la ley inglesa sobre letras de cambio y sus instrumentos jurídicos derivados promulgados en países del Commonwealth no son en absoluto idénticos al Código de Comercio Uniforme y las divergencias en los precedentes judiciales, así como en la práctica comercial contribuyen a nuevas disparidades. En el sistema romanista, la uniformidad aparente es barrenada al menos en cuatro aspectos. Según ya se indicó, no todos los Estados de tradición romanista han adoptado la Ley Uniforme de Ginebra. En segundo término, aún los Estados miembros de las convenciones de Ginebra muestran divergencias, por haber hecho múltiples y diferentes reservas sin precisar siempre la norma positiva que prevalecería. En tercer lugar, al diferir considerablemente los precedentes judiciales, existen divergencias entre ellos sobre disposiciones fundamentales como las relativas a acciones y excepciones disponibles contra el tenedor.

Por último, los círculos bancarios y comerciales estiman necesario adaptarse a prácticas comerciales modernas no previstas en Ginebra hace más de medio siglo. A causa de todos estos factores, se ha instado reiteradamente a que se revise la Ley Uniforme de Ginebra.

El segundo aspecto importante es que, además de estos sistemas jurídicos importantes, hay otras legislaciones nacionales y sistemas jurídicos con diferentes tradiciones y conceptos. Parece de justicia elemental respetar los deseos de estos Estados de intervenir en la formulación de un nuevo régimen jurídico universalmente aplicable en las transacciones internacionales de pagos y créditos. Además, hay intereses económicos comprometidos que pueden inducir a posiciones no adoptadas necesariamente por otros Estados, pese a ser miembros de la misma familia jurídica. Esos intereses y deseos divergentes han de recordarse en toda iniciativa seria de unificación a cala universal en beneficio de los países del mundo prescindiendo de su ubicación y sus sistemas jurídicos, económicos o políticos.

III. La Convención mirada desde la perspectiva de Ginebra

Se me ha pedido que presente la Convención con especial referencia a sus innovaciones frente a la Ley Uniforme de Ginebra. Esta petición parece justificada, pues los conceptos plasmados en la Ley Uniforme de Ginebra constituyen la normativa que con más frecuencia se utiliza en las legislaciones latinoamericanas y son bien conocidas en los países de Sudamérica y Centroamérica.

Sin embargo, ello no debe crear la impresión, que extraños podrían erróneamente forjarse, de que los países latinoamericanos pueden agruparse como una masa homogénea. De hecho, estos países tienen diversas ideas, distintas formas de enunciar conceptos y diferentes vocabularios jurídicos. Hay una inspiradora diversidad de legislaciones latinoamericanas 10/. Con mayor o menor fuerza encontramos en Latinoamérica tres diferentes tradiciones jurídicas: los sistemas francés, germano y angloamericana 11/. Esta diversidad en

la región latinoamericana puede bien estimarse como un motivo especial para una actitud favorable para la nueva Convención y su potencial unificador en la zona.

En la medida en que una ley nacional se inspire en la Ley Uniforme de Ginebra, resulta útil comparar esa ley ya tan familiar con la nueva Convención. Sin embargo, los resultados de esa comparación no han de determinar la actitud hacia la nueva Convención que por ahora es escasamente conocida. Al efecto, la comparación más válida sería entre una ley extranjera, no familiar y la Convención, sobre todo por su carácter facultativo y su restricción a los instrumentos internacionales.

Una comparación que indique las diferencias entre la Ley Uniforme de Ginebra y la Convención puede crear también la errónea impresión de que la Convención se inclina más hacia el derecho angloamericano, como el otro sistema jurídico principal. Esta errónea impresión podría apoyarse en el estilo de redacción que se ha dicho se asemeja al de las legislaciones inspiradas en el derecho angloamericano.

En cuanto al fondo de la nueva Convención, el método de los redactores fue, en síntesis, el siguiente. Cuando las soluciones eran comunes a los principales sistemas jurídicos, se incorporaron normalmente en la Convención, con escasas excepciones impuestas por la evolución moderna o necesidades comerciales. Cuando las soluciones diferían fundamentalmente, se optó por uno de los dos métodos siguientes. En muchos casos, la solución encontrada en uno de los sistemas se adoptó para el texto universal, si había resultado eficaz y si se la estimaba aceptable comercialmente en el plano mundial. Como las soluciones inspiradas en el derecho angloamericano se analizarán luego en detalle, permítaseme dar algunos ejemplos de soluciones extraídas del sistema de Ginebra: reconocimiento de la condición del tenedor no obstante un endoso falsificado, garantía abstracta conocida como aval, cumplimiento de instrumentos incompletos, endoso pignoraticio, requisito fundamental del protesto oportuno, estipulación del girador que prohíbe la presentación para la aceptación.

En otros casos, los redactores se esmeraron en lograr transacciones ciudadosamente equilibradas para conciliar los principales sistemas y satisfacer las necesidades del comercio moderno y la práctica bancaria. Asimismo, los redactores introdujeron dos figuras hasta ahora desconocidas en cualquiera de los sistemas (es decir, los títulos negociables con tipos de interés variable; los títulos emitidos o pagaderos en unidades de cuenta).

En cuanto al estilo de la Convención, permítaseme citar a un representante del sistema angloamericano, para quien “el estilo se inspiraba en el adoptado por la mayoría de los países de sistema romanista. El autor prefiere ese estilo de redacción, pues hace mucho más fácil que los banqueros y comerciantes comprendan la Convención. No obstante, se percata de que algunos delegados de los países de sistema romanista opinan que el estilo de redacción se inclina demasiado hacia el sistema angloamericano” 12/.

Prescindiendo de quién pueda tener la razón sobre este punto, lo cierto es que nunca hubo una decisión consciente de utilizar el estilo de uno de los dos sistemas. Personalmente, no advierto serias diferencias estilísticas entre la Convención y la Ley Uniforme de Ginebra, salvo respecto de las disposiciones que regulan las acciones y excepciones que pueden invocarse contra los tenedores y las disposiciones que reglamentan los endosos falsificacos y los endosos por mandatarios no autorizados. Estas dos excepciones ejemplifican dos puntos que deben tenerse presentes al evaluar o criticar el estilo de redacción. Con el transcurso del tiempo, las disposiciones se han tornado más de talladas y complicadas para dar acogida a propuestas que suelen hacer patrocinadores del sistema de Ginebra. Las disposiciones correspondientes de la Ley Uniforme de Ginebra son aparentemente menos complicadas, pero su carácter abstracto las hace fragmentarias, pues deja gran margen a la interpretación de los respectivos tribunales.

Tratándose de un texto uniforme, en particular uno nuevo que ha de aplicarse mundialmente, parece preferible enunciar las nor-

mas lo más claramente posible en el propio texto. Al parecer, el banquero o comerciante interesado captará mejor una orientación casuística en lenguaje sencillo que principios o conceptos basados en un de terminado sistema jurídico.

Para exhibir la estructura sistemática de la Convención e intensificar la familiaridad con la nueva Convención presentaré sus innovaciones siguiendo el orden de sus capítulos, reproduciendo los títulos de estos y añadiendo entre paréntesis los puntos que se examinan.

B. RASGOS ORIGINALES Y DESTACADOS DE LOS OCHO CAPÍTULOS SUSTANTIVOS

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y FORMA DEL TÍTULO (nuevo ámbito y forma antigua)

a) Se prevé solo títulos internacionales

A diferencia de la Ley Uniforme de Ginebra, la Convención solo prevé títulos internacionales. El carácter internacional del título se establece cuando, de varios lugares enumerados en el artículo segundo, dos de los lugares mencionados en el título están situados en Estados diferentes. En el caso de una letra, los lugares enumerados son el lugar donde se libra la letra, los lugares indicados junto a la firma del librador, al nombre del librado, al nombre del tomador y el lugar de pago. Lo importante aquí son los lugares mencionados en el título, aún cuando alguna indicación sea falsa o incorrecta por otro motivo. El artículo 2.3) precisa que la Convención no trata la cuestión de las sanciones que puedan imponerse conforme al ordenamiento jurídico nacional en esos casos de declaraciones inexactas o falsas.

La restricción de los títulos internacionales puede parecer sorprendente y algo desalentadora al crear una dicotomía entre las normas que rigen los títulos internos y las que reglamentan los títulos internacionales. No puede darse una respuesta o justificación remitiéndose sencillamente a la orientación de la Comisión que según lo

indica su nombre, es el derecho mercantil internacional. No obstante, los motivos que generalmente inspiran esta orientación son importantes aquí en un sentido bastante concreto.

Primero, la unificación realmente se necesita solo cuando la disparidad de legislaciones causa fricciones y problemas prácticos. Solo en un caso internacional los diferentes sistemas jurídicos pueden estar en pugna y por tanto se requerirá colmar la laguna. Es improbable que este motivo satisfaga de por sí al familiarizado con las dificultades prácticas que encaran los bancos al operar con títulos regidos por dos normativas diferentes, al paso que, de otro modo estarían sujetos únicamente a un sistema jurídico. Cabe una segunda explicación que, si bien posiblemente no satisface del todo, tiene la fuerza del realismo: es improbable que muchos Estados aceptaran normas uniformes que abarcaran también los títulos internos y sustituyeran así totalmente las legislaciones nacionales vigentes. La escasa voluntad de reemplazar leyes nacionales establecidas y de eficacia demostrada, por nuevas normas uniformes, fundamenta la otra restricción de hacer que las normas sean meramente facultativas.

b) Nuevo título negociable de uso facultativo

El carácter facultativo de las normas de la Convención dimana de la exigencia de que una letra de cambio o pagaré debe llevar las palabras “Letra de cambio internacional (Convención de la CNUDMI)” o “pagaré internacional (Convención de la CNUDMI)”. Esta “fórmula sacramental” debe figurar como un encabezamiento, para llamar la atención, y debe consignarse en el cuerpo del texto de la letra o pagaré, a fin de impedir ulteriores alteraciones. No se aceptaron propuestas para realzar lo llamativo de la elección exigiendo, por ejemplo, un logotipo o color o formatos fijos del título.

Cabe sospechar que a algunos de los que insistían en el carácter llamativo les animaba el deseo de advertir que el título se rige por un sistema jurídico nuevo y extraño. Sin embargo, el rótulo mágico llamativo bien puede transformarse en una marca de calidad, una vez que la Convención y sus múltiples rasgos atractivos se conozcan

mejor. Asimismo, es dable pronosticar que la solución “facultativa” aumentará la aceptabilidad de la Convención, pues la adhesión de los Estados simplemente significaría brindar una opción a los círculos bancarios y comerciales interesados.

Con todo, otro elemento que puede incrementar la aceptabilidad de la Convención es un requisito introducido en el último minuto.

c) Vínculo territorial con un Estado contratante

El requisito resultó de lo que cabe denominar la “gran transacción final” en el Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión de la Asamblea General: cierto lugar de importancia de un título negociable debe estar situado en un Estado Contratante, es decir, el lugar del pago en el caso de un pagaré y, tratándose de una letra de cambio, bien el lugar donde se libra o bien el lugar del pago. Sin ahondar en el complejo historial y las consideraciones inspiradoras de la gran transacción final, la evaluación general de la fórmula de consenso debe ser positiva. Ella reconoce el principio internacional de que haya un régimen jurídico que rija el título, esto es, un ordenamiento jurídico especialmente elegido al crear el título y libremente aceptado por los que luego lo firman o toman. Un régimen jurídico unitario es el más adecuado y necesario para un título negociable que circula internacionalmente con su red de derechos y obligaciones interdependientes.

Dicho régimen es superior a la actual compartimentación impuesta por aquellos sistemas jurídicos que determinan las obligaciones de cada parte en forma independiente, de acuerdo a la ley aplicable al acto de esa parte y que no reconoce su autonomía en la esfera de los títulos negociables. Cabe esperar que Estados cuyas normas de conflicto de leyes sean restrictivas, entre ellos los Estados miembros de la Convención de Ginebra de 1930 y de la Convención de Panamá de 1975, contribuirán a facilitar la aplicación del principio transnacional, ya sea por una interpretación judicial favorable o, de juzgarse necesario, modificando aquellas normas de derecho interna-

cional privado que prohiban la autonomía de las partes. A este respecto, reconfortó oír al delegado del Uruguay, profesor Opertti, explicar a la Sexta Comisión que teóricamente era del todo concebible que cada uno de los 14 Estados Partes en la Convención Interamericana de Panamá pudiera ratificar la Convención de la CNUDMI y, que cada Estado, si su legislación fuese aplicable, estaría obligado a aplicar las disposiciones pertinentes de la Convención de la CNUDMI como el derecho sustantivo uniforme.

Esta ojeada al futuro del derecho internacional privado, que por su índole no puede vincular la ley que rige la red de derechos y obligaciones de un título negociable con más de un Estado, es otro motivo para complacerse de la solución de consenso ya mencionada en pro de un solo pilar territorial (y no dos como proponían algunas delegaciones). Al respecto, cabe lamentar que, no obstante la solución de consenso se hayan mantenido las fórmulas anteriores de concesión a los “territorialistas”, a saber, la reserva prevista en el Art. 88.1. Por esta se permite a un Estado declarar que sus tribunales solo aplicarán la Convención si el lugar indicado donde se libra la letra o se suscribe el pagaré y el lugar indicado del pago se encuentran en Estados Contratantes. Las palabras obscurecidas suscitan una nueva objeción, además de las consideraciones hechas arriba: conducen al resultado anómalo, pero intencional, de que el régimen jurídico que rige un mismo caso variará siempre que una parte lo someta a un tribunal. Se espera que los Estados mediten mucho antes de formular esta reserva que podría también tender una trampa al incauto ante las tremendas dificultades que encaran los bancos y comerciantes para obtener información actualizada sobre los Estados que han hecho esa reserva.

Según el Art. 88.2, esta reserva es la única de fondó que permite la nueva Convención. Este riguroso procedimiento de uniformidad es propio de las Convenciones de la CNUDMI y contrasta diametralmente con la Ley Uniforme de Ginebra que prevé más de 20 reservas.

Por último, cabe añadir que un título que no reúna los requisitos precedentes y no se rija, pues, por la Convención, no se expone a caer en un vacío legal. Con toda probabilidad se regiría por otro sistema jurídico. Los requisitos formales de una letra de cambio o un pagaré previstos en la Convención son fundamentalmente los mismos que los exigidos por los principales sistemas jurídicos existentes.

II. INTERPRETACIÓN

(con una abundancia de nuevas posibilidades comerciales).

El segundo capítulo comienza con una norma norma general sobre interpretación y destaca el carácter internacional del texto y la necesidad de su aplicación uniforme y de la observancia de la buena fe (Art. 4). Esta norma figura en términos análogos en todas las Convenciones de la CNUDMI y será respaldada por un sistema de recopilación y difusión de decisiones judiciales que prepara la Secretaría en cooperación con corresponsales nacionales designados por los Estados Contratantes.

El capítulo prosigue con definiciones y normas de interpretación de términos o requisitos concretos. Algunas de estas normas son idénticas a las disposiciones de la Ley Uniforme de Ginebra, otras son análogas en el fondo, pero más detalladas. Con todo, otras pueden ser diferentes o no según los de precedentes judiciales de que se trate. Un ejemplo es el término “conocimiento” que en virtud de la Convención (Art. 6) comprende la situación en que una persona no hubiera podido desconocer la existencia del hecho de que se trata, es decir cuando optó por cerrar sus ojos. Otro ejemplo es el término “firma”, no definido en la Ley Uniforme de Ginebra, que abarca no solo la firma manuscrita, sino también su facsímil o toda autenticación equivalente efectuada por otros medios (Art. 5 K). Ello permite prever medios modernos y aun futuros progresos tecnológicos.

Merecen especial atención aquellas normas de interpretación que se apartan claramente de la Ley Uniforme de Ginebra y suelen

ofrecer nuevas posibilidades comerciales. Dos de estas normas figuran en el Art. 7 que trata del requisito tradicional de la “suma determinada”.

El inciso a) permite que todos los títulos devenguen interés, siempre que indiquen el tipo de interés (Art. 8.5). Esto contrasta abiertamente con la Ley Uniforme de Ginebra que solo autoriza intereses en títulos pagaderos a la vista o a cierto plazo vista (Art. 5.1). Por otra parte, los títulos pagaderos a plazos en fechas sucesivas, si bien nulos según la Ley Uniforme de Ginebra (Art. 33), se permiten en la Convención (Art. 7 b) y hasta pueden contener una cláusula de vencimiento anticipado (Art. 7 c). Así, las partes ya no estarían obligadas a utilizar títulos separados para cada plazo.

Por último, el capítulo ofrece dos novedades que algunos pueden calificar de revolucionarias o futuristas. La Convención permite títulos negociables emitidos o pagaderos en unidades de cuenta, así como estipular un tipo de interés variable. La primera novedad aparece en la definición de “moneda” en el Art. 5.1, unida a una norma de cómo se efectuaría el pago cuando el importe pagadero se expresa en una unidad de cuenta (Art. 75.2).

La segunda novedad se presenta en el artículo 8.6 que contiene dos requisitos de validez para estipular un tipo de interés variable: cada tipo de referencia, al cual el tipo de interés variable se vincula por la estipulación en el título, deberá estar publicado o ser de otra manera de conocimiento público y no ser objeto, directa o indirectamente, de determinación unilateral por una persona cuyo nombre aparezca en el título en el momento de su creación, salvo que la persona aparezca en el título en el momento de su creación, salvo que la persona se mencione solamente en las disposiciones sobre determinación de tipos de referencia (p. ej., banco cuyo tipo es el de referencia o índice). Las propias partes pueden establecer otras garantías estipulando expresamente que el tipo de interés variable no será más alto ni más bajo que uno especificado, o que las variaciones podrán limitarse de cualquier otra forma (Art. 8.7). El Art. 8.8 prevé una

solucion cuando un tipo variable no es válido o no puede determinarse su valor numérico respecto de algún período.

El Profesor Abascal explicó lúcida y detalladamente ambas novedades en las reuniones conjunta de la CNUDMI y FELABAN en México, D.F. 13/. Baste citar aquí lo que manifestó entonces un abogado bancario canadiense, el profesor Crawford, imaginando la actitud de opera internacionalmente. “Me complace la nueva facultad de emitir títulos con un tipo flotante de interés a la par que se conserva su negociabilidad. Eso me dará mucha flexibilidad al estructurar préstamos y créditos para los clientes. Aunada a la nueva facultad de emitir títulos pagaderos en eurodivisas o en derechos especiales de giro, me permitirá también emitir algunos nuevos títulos de inversión muy atractivos” 14

III. TRANSFERENCIA

(incluido el riesgo de endosos falsificados y no autorizados)

Un lector familiarizado con el sistema de Ginebra encontrará muchos puntos de contacto en el tercer capítulo titulado “Transferencia”, si bien algunas disposiciones son más detalladas o contienen ligeras modificaciones. Sin embargo, transitará un territorio nuevo y desconocido cuando llegue a las dos últimas disposiciones. Los Arts. 25 y 26 tratan la cuestión de quién debe soportar en definitiva la pérdida en el caso de un endoso falsificado o de un endoso hecho por un mandatario sin poder.

El lector no hallará la respuesta familiar, fundada en el Art. 16 de la Ley Uniforme de Ginebra, de que el riesgo de la pérdida recaería en la persona que sufrió la pérdida o hurto del título, presumiéndose la buena fe de parte del pagador. Encontrará, en cambio, una respuesta nueva basada en una avenencia exigida por el “conflicto más importante” entre el sistema de Ginebra y el angloamericano.

Según el derecho angloamericano, un endoso falsificado no confiere derechos al endosatario ni siquiera la calidad de tenedor (BEA,

sec. 24; UCC, sec. 3-404), aunque puede otorgarse cierta protección a endosatarios posteriores mediante una garantía (UCC, sec. 3-417) o la aplicación de la norma de preclusión, (BEA, sec. 55.2). En virtud de diversas normas el riesgo de pérdida por falsificación recae en definitiva sobre la persona que trató con el falsificador. De ahí la máxima tradicional: “Conoce a tu endosante”. Al lector imbuído de la doctrina de Ginebra que pueda tildar esta evaluación jurídica de exótica y peculiar cabría recordarle que esta era la norma aceptada en el sistema romanista hasta mediados del siglo XVIII 16/.

El Art. 25 presenta una propuesta ingeniosa de asociación entre los dos sistemas diametralmente opuestos. Incorpora la norma de Ginebra del Art. 16.1 y añade reglas inspiradas en la política de “conoce a tu endosante” del derecho angloamericano al hacer recaer finalmente el riesgo de los daños en la persona a quien el falsificador transfirió directamente el título. Una de las principales ventajas de esa solución es que evita la multiplicidad de acciones.

A fin de satisfacer intereses evidentes, la norma se modifica en el caso de un endosatario para el cobro de un firmante (o librado) que pague el título (Art. 25.2, 3). La responsabilidad de estas últimas personas depende de su conocimiento de la falsificación, a menos que su falta de conocimiento se deba a que no haya actuado de buena fe o con diligencia razonable. En todos los casos, la Convención crea un derecho para entablar una acción ajena al título en favor de la persona cuyo endoso sea falsificado y de cualquiera de los firmantes que haya firmado el título antes de la falsificación y sufrido daños como consecuencia de esta.

Como los endosos falsificados parecen ser muy raros, salvo en los Estados Unidos 17/, la importancia práctica de esta norma de responsabilidad es bastante limitada. La situación puede diferir con respecto a los endosos efectuados por un mandatario sin poder, que el Art. 26 somete al mismo régimen de responsabilidad. Se ha objetado el tratamiento idéntico de ambas situaciones porque, a diferencia del falsificador (que tiene a ser un extraño) el mandatario sin poder suele operar en la esfera del supuesto mandante y puede ser conocido de

este; en ese caso es particularmente difícil al adquirente determinar si el mandatario tenía o no el presunto poder para obligar a su mandante. Sin embargo, prevaleció el criterio de que se justificaba igual tratamiento, pues solía ser difícil deslindar precisamente ambas situaciones (no solo en las legislaciones nacionales que facultan a un mandatario para firmar con el nombre de su mandante). Además, las consideraciones normativas que inspiran el Art. 25 son igualmente aplicables al endoso hecho por un mandatario sin poder. El ámbito real de aplicación del Art. 26 es más restringido de lo que a primera vista podría parecer, pues no abarca los casos en que el mandatario actuó con poder aparente o tácito, concepto que todos los sistemas jurídicos, aunque utilicen diferentes términos, reconocen en el fondo.

IV. DERECHOS Y OBLIGACIONES

(Configurados por tres importantes transacciones y tres nuevas normas de gran utilidad).

Cabe considerar el capítulo cuarto como la quinta esencia de la Convención. Contiene las disposiciones fundamentales sobre los derechos y obligaciones de las partes y otras personas vinculadas al título. Comparado con la Ley Uniforme de Ginebra, presenta una considerable cantidad de disposiciones nuevas. Ante todo, soluciones de avenencia sobre tres temas que durante la preparación del texto resultaron ser las principales cuestiones controvertidas, junto con el tema ya mencionado de los endosos falsificados o no autorizados: a) tenedor y tenedor protegido; b) obligaciones del cedente; c) garantía y aval.

a) Tenedor y tenedor protegido

Para el lector familiarizado con el sistema de Ginebra, la definición de “tenedor” prevista en el Art. 15 de la Convención no causa sorpresas. No obstante, puede desconcertarse al leer los Arts. 28 a 32 en que se distingue entre tenedor protegido (definido en el Art. 29) y tenedor que no es tenedor protegido. Esta distinción que establece

dos categorías de tenedores con diferentes derechos (compárense los Arts. 28 y 30) se inspira, en términos formales, en la distinción del derecho angloamericano entre “tenedor legítimo” (**“holder in due course”**) y tenedor corriente a quien se confieren los derechos de un cesionario.

Dije “en términos formales” porque la solución de la Convención dista de ser la misma que la del derecho angloamericano. Para mencionar solo una diferencia radical, permítaseme referirme a la norma del derecho-angloamericano de que un tenedor no puede adquirir la condición de tenedor legítimo si conocía alguna acción contra el título o cualquier excepción real o personal que podría oponer el respectivo deudor o un tercero. Este criterio del todo o nada resultó particularmente objetable e inadmisibles a los representantes de los países del sistema de Ginebra, que prefirieron uno más individualizado y sensible a la relación individual entre acreedor y deudor. Una concesión hecha por los representantes del derecho angloamericano, al parecer ayudada por la conclusión de que el criterio del todo o nada puede no estar de acuerdo con la evolución y el perfeccionamiento jurídicos 18/, facilitó el consenso final. Según el sistema de doble nivel, el tenedor que no es tenedor protegido obtiene un grado considerable de protección de las normas del Art. 28.1 b), c) y 2. Solo se le podrán oponer acciones y algunas excepciones -inspiradas en el criterio ya individualizado- si las conocía o había participado en un fraude o hurto relacionado con el título.

Hay otras dos disposiciones que reducen más la diferencia entre las dos categorías de tenedores. El Art. 32 establece una presunción relativa o **“juris tantum”** favor de todo tenedor, que se reputará tenedor protegido. El Art. 31 adopta la denominada “norma de protección” que en circunstancias ordinarias acuerda la misma protección a todo endosatario de un tenedor protegido.

Sin poder ofrecer más detalles sobre las normas de la Convención en materia de acciones y excepciones admisibles, cabe concluir que los resultados se asemejan más a los del sistema de Ginebra de lo que podría esperarse del sistema de dos niveles inspirado en el

derecho angloamericano y de la reglamentación detallada y compleja de las acciones y excepciones. Todo al que juzgue el nuevo sistema desde la perspectiva del sistema de Ginebra debe recordar dos deficiencias de las disposiciones evidentemente más breves de la Ley Uniforme de Ginebra (Arts. 16 y 17). Ellos han suscitado grandes divergencias en la jurisprudencia de los Estados que aplican dicha Ley 19/ y oponerse 20/.

b) Obligación del cedente (con endoso o sin este)

El Art. 45 se basa en el supuesto de que, salvo estipulación en contrario de las partes o que el adquirente conozca las circunstancias reales, el cedente de un título hace algunas presunciones tácitas respecto de su calidad y su conocimiento. Como un vendedor de mercaderías, el cedente garantiza la legitimidad de lo que vende. Quedan excluidos los siguientes defectos: firma falsificada o no autorizada, alteración sustancial y conocimiento de algún hecho perjudicial al derecho del adquirente al cobro del título frente a determinados firmantes principalmente obligados.

La obligación es en parte más débil y en parte más fuerte que la de un endosante. Es más débil en cuanto no garantiza el pago del título, y es más fuerte pues prevé una acción que puede entablarse inmediatamente al descubrirse el vicio incluso antes del vencimiento del título y que es independiente de la presentación, la desatención o el protesto. Esta diferencia figuró entre las principales razones para incluir al cedente por endoso dentro del ámbito de aplicación del Art. 45, ya que la responsabilidad de un cedente por mera tradición sería de otro modo mayor que la de un endosante (en virtud de su endoso).

El hecho de que esta norma de responsabilidad esté incorporada en el derecho de títulos negociables puede sorprender a abogados civilistas. Sin embargo, el fondo de la norma refleja un principio aplicado en todos los sistemas jurídicos. Cuando, de hecho, se vende el título, p.ej., se descuenta, se puede obtener el mismo resultado o uno análogo en el derecho de compraventa o en el derecho general de contratos, que puede otorgar un derecho a valerse de la obligación

fundamental si el cedente no cumple adecuadamente con su responsabilidad (p. ej., si una letra o un pagaré defectuoso se da en pago condicional). Esta situación, unida a la gran dificultad de averiguar qué vicios quedan cubiertos, si una acción se puede entablar inmediatamente, y cuál sería la sanción según un determinado derecho nacional, permite concluir que la Convención debe incluir y precisar la materia de manera uniforme.

c) Garantía y aval

Los Arts. 46 a 48 que se ocupan del garante constituyen la transacción más reciente y original, lograda durante los últimos días del período de sesiones final de la Comisión en un esfuerzo destinado a conciliar opiniones fundamentalmente diferentes que, de modo inesperado, se revelaron únicamente en esta última etapa. La diferencia básica puede decirse que estriba en que el sistema romanista ha elaborado el concepto de una garantía independiente regida por el derecho sobre títulos negociables y no, como norma, por el derecho general de garantías; pero, en el derecho angloamericano, el derecho general de garantías sigue siendo aplicable al garante, al avalista, al firmante de favor o al endosante irregular. Para mencionar únicamente dos excepciones y recursos típicos de garantía, se extingue la obligación del fiador cuando se modifica el contrato entre el acreedor y la persona cuya responsabilidad se garantiza (p. ej., la prórroga del acuerdo sin el consentimiento del fiador) o cuando el acreedor perjudica la acción de subrogación de la que puede valerse el fiador para obtener el pago (p. ej., cuando el acreedor no completa la garantía real) 21/.

Ante las considerables diferencias entre los dos sistemas que no pueden describirse aquí, la única solución aceptable era la de incluir en la Convención un sistema doble de garantía. Un tipo de garantía, recurriendo al empleo de algunas palabras más frecuentemente utilizadas en las jurisdicciones de derecho angloamericano, establecería una responsabilidad del garante similar a la que regla-

menta el UCC. El otro tipo de garantía, establecido mediante la utilización de las palabras “avalada” o “bueno por aval”, establecería una responsabilidad mayor análoga a la prevista en la Ley Uniforme de Ginebra.

Un problema muy difícil lo suscitó el hecho de que un aval o garantía suele constituirse mediante sola firma, sobre todo por los bancos. La solución de avenencia fue determinar el efecto de esas garantías distinguiendo entre dos clases de garantes: un banco u otra institución financiera que constituya garantía mediante la simple firma se consideraría como que ha otorgado un aval mientras que se estimaría que otros firmantes han otorgado una garantía menos amplia.

Como puede observarse del Art. 47.4, la diferencia básica entre los dos tipos de garantía radica en las excepciones (derivadas de la persona garantizada) que el garante podrá oponer a un tenedor protegido. Sin describir más latamente el sistema doble, se afirma que no debe considerarse meramente como una transacción inevitable. Aporta la opción ventajosa entre dos tipos diferentes de garantía que se prestan para finalidades comerciales diferentes. Sin embargo, cabe pronosticar que una vez que la Convención entre en vigor, el segundo tipo de garantía probablemente prevalecerá aún en las jurisdicciones de derecho angloamericano, aunque solo sea porque el aval del sistema de Ginebra ha mostrado sus ventajas en la práctica creciente del descuento **á forfait**.

d) Tres nuevas normas de gran utilidad

Hablando del descuento **á forfait**, caben mencionar la nueva disposición sobre libramiento de una letra de cambio “sin (mi) responsabilidad”. Según la Ley Uniforme de Ginebra (Art. 9.2), el librador no puede eximirse de su garantía del pago, aun en el caso de que se acepte la letra de cambio o se otorgue un aval. Esta prohibición se desentiende de necesidades comerciales, por ejemplo, en el caso frecuente en que el exportador/librador desea descontar una letra aceptada o garantizada “sin (mi) responsabilidad”. La solución práctica

es un acuerdo contractual ajeno al título, lo que no satisface, pues no obliga a ningún tenedor posterior. La nueva Convención prevé la solución conveniente que ha de ayudar especialmente a facilitar y fomentar la práctica de forfaiting. Según el Art. 38.2, el librador podrá excluir o limitar su responsabilidad por el pago del título siempre que otro firmante (p. ej., aceptante o garante) sea o llegue a ser responsable de la letra.

Ese otro firmante puede ser el garante o el girado. Este nuevo tipo de garante con responsabilidad principal se ha introducido acogiendo bsugerencias de círculos bancarios y comerciales de muchos países. Tras detenidas consultas, se estimó que este nuevo tipo de garante podía contribuir a subsanar las dificultades que suscita la falta de aceptación de una letra.

Una tercera norma útil se refiere a la persona cuya responsabilidad se garantiza, cuando no la indica el garante. Según el Art. 46.5, la responsabilidad principal del garante por el aceptante o el librado caracteriza la responsabilidad de todo garante que no ha indicado la persona por la que sale garante. Esta norma difiere de la Ley Uniforme de Ginebra que (en su Art. 31.4) en ese caso establece la presunción de que la garantía es a favor del librado; esa presunción ofrece el inconveniente de implicar que la responsabilidad del avalista es más limitada que la de algunos otros firmantes, sobre todo el aceptante. Cabe advertir que la mejor solución, plasmada en la Convención, ha sido escogida en algunos Estados de sistema romanista no partes en el Convenio de Ginebra 22/. Otra ventaja de la nueva disposición de la Convención reside en que no se formuló como presunción, sino como una norma jurídica que no admite prueba en contrario. Ha de evitar, pues, la incertidumbre y divergencia de interpretación suscitada en la jurisprudencia de Estados partes en el Convenio de Ginebra 23/.

V. PRESENTACIÓN, FALTA DE ACEPTACIÓN O DE PAGO Y REGRESO

(Una reglamentación más completa que facilita el requisito del protesto)

El capítulo V de la Convención contiene mucho de lo familiar en el fondo a un lector del sistema de Ginebra; con todo, tiende a ser más sistemático y completo, según observa el Profesor Barrera Graf, sobre todo tratándose de la reglamentación del protesto 24/.

Para mencionar tan solo una norma concreta relativa a la presentación, el Art. 50.1 faculta al librador para estipular en la letra que no se deberá presentar esta a la aceptación antes de determinada fecha o antes de que ocurra un acontecimiento de terminado. Según indica el comentario de los profesores Barak y Vis, esta norma se incorporó tras múltiples indagaciones entre instituciones bancarias y comerciales según las cuales en ciertos países era práctica normal aplazar la presentación hasta la llegada de las mercaderías 25/.

La Convención mantiene el requisito del protesto, familiar a nuestro lector del sistema de Ginebra, como condición de toda responsabilidad accesoria. Para los conocedores del derecho angloamericano los “requisitos arcanos” del “ritual antiguo del protesto formal” 26/ se conocen únicamente en relación con letras extranjeras.

La Convención brinda cierta mitigación en los Arts. 60.3 y 61 al otorgar cuatro días para el protesto y, una facilidad muy calurosamente acogida 27/, que permite reemplazar el protesto formal por una declaración informal en el título hecha por el librado, el aceptante o una persona cuyo domicilio figure en el título. Esta es una facilidad no prevista en la Ley Uniforme de Ginebra, pero que deja entregada a la decisión de cada uno de sus Estados partes (Art. 8 del Anexo II del Convenio de Ginebra).

En la sección dedicada a la suma exigible, encontramos otra mejora frente a la Ley Uniforme de Ginebra, que en sus Arts. 48 y 49 fija el 6% el tipo de interés pagadero después del vencimiento. Los

Estados partes en el Convenio de Ginebra podían modificar ese tipo remitiéndose al tipo nacional, solo en el momento de su ratificación o adhesión (Art. 10 del Convenio de Ginebra y Art. 13 de su Anexo II). La Convención de la CNUDMI prevé la flexibilidad aconsejable de ajustes ulteriores al no fijar un tipo definitivo y remitiéndose en el Art. 70.2, al tipo que debería pagarse en caso de juicio iniciado en el territorio del Estado en que fuera pagadero el título.

VI. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

(Incluido el pago de títulos emitidos en moneda extranjera).

El capítulo VI que trata de la extinción mediante pago y de la extinción de las obligaciones de otros firmantes contiene algunas disposiciones nuevas con respecto a la Ley Uniforme de Ginebra. Por ejemplo, el establecimiento de dos categorías de tenedores se refleja en los Arts. 72.3 y 77.2. No se extingue la obligación cuando un firmante o el librado paga a un tenedor que no es tenedor protegido y sabe en el momento del pago que el tenedor adquirió el título mediante hurto o falsificó la firma del tomador o de un endosatario, o participó en el hurto o en la falsificación.

En contraste con la Ley Uniforme de Ginebra (Art. 39.2), pero en consonancia con algunas legislaciones latinoamericanas, la Convención no obliga al tenedor a aceptar un pago parcial (Art. 73.1).

Los Arts. 75 y 76 resuelven muchos problemas que actualmente surgen cuando interviene más de una moneda (p.ej., título pagadero en moneda distinta de la del lugar de pago o estipulación de pagar en moneda que no sea aquélla en que se indicó la suma pagadera) 28/. Las disposiciones permiten determinar con certeza el tipo de cambio aplicable y otros factores necesarios para calcular la suma exigible precisa. El Art. 76.1 contiene la importante aclaración de que ninguna de las disposiciones de la Convención impedirá a los Estados Contratantes aplicar los reglamentos sobre control de cambios vigentes en sus territorios, y sus disposiciones relativas a la protección de

su moneda, incluidos los reglamentos aplicables en virtud de acuerdos internacionales en los que sean partes.

VII. PÉRDIDA DE TÍTULOS

(Y dos capítulos “perdidos” de la Ley Uniforme de Ginebra).

La reglamentación de la pérdida de títulos en el capítulo VII es con toda probabilidad nueva para un lector familiarizado con el sistema de Ginebra. Mientras la Ley Uniforme de Ginebra no reglamenta el caso, la mayoría de las legislaciones nacionales de tradición romanista prevén un procedimiento especial de cancelación. Este procedimiento no se estimó adecuado para títulos negociables internacionales porque la cancelación se opera por decisión judicial que no podría conocerse fácilmente en países extranjeros 29/.

La Convención adopta el criterio del derecho angloamericano de exigir al extenedor que formule una declaración por escrito con los datos del título perdido y garantice al pagador para cubrir su riesgo de que pagar dos veces (artículos 78 a 83). Como medida práctica, este procedimiento hace recomendable que los tenedores conserven una copia del título.

La Convención no incorpora el capítulo de la Ley Uniforme de Ginebra sobre pluralidad de ejemplares y copias (Arts. 64 a 68). Este capítulo, así como el de la intervención (Arts. 55 a 63) no merecieron ser incluidos en la Convención de la CNUDMI. Según observó acertadamente el Profesor Barrera, son de importancia secundaria, potencialmente problemáticos y peligrosos de aplicar en el contexto de transacciones internacionales 30/.

VIII. PRESCRIPCIÓN

(Mayor uniformidad y plazos algo más extensos)

Según la Ley Uniforme de Ginebra (Art. 70), todas las acciones contra el aceptante prescriben a los tres años, las acciones del porta-

dor contra los endos antes y el librador prescriben al año y las acciones de los endosantes entre sí y contra el librador prescriben a los seis meses. Como se indica en un informe sobre los problemas suscitados a los bancos en Suecia, el plazo de un año se considera demasiado breve y los diferentes plazos de prescripción han complicado la práctica más de lo necesario 31/.

C. EXHORTACIÓN FINAL

Es muy prematuro predecir cuándo y en qué medida la Convención de la CNUDMI se transformará en una fuente de derecho aceptada mundialmente para una nueva generación de letras de cambio y pagarés internacionales. No obstante, parece clara que un examen de tenido e imparcial del nuevo texto ayudará a percibir y apreciar sus múltiples características atractivas y originales frente a las múltiples dificultades jurídicas actuales.

Los países latinoamericanos podrían beneficiarse doblemente del régimen jurídico uniforme para títulos negociables internacionales que brinda la Convención. Podrán aprovechar una sólida reglamentación jurídica universal que simplificará sus transacciones de créditos y pagos con los países de América del Norte y de otras partes del mundo. Al mismo tiempo podrán utilizar la Convención como un medio para salvar las actuales disparidades entre las legislaciones de su región.

Dado el carácter facultativo del nuevo régimen jurídico y de los títulos negociables internacionales regulados por él, la ratificación o adhesión de un Estado significaría en la práctica cotidiana reservar la decisión a sus círculos comerciales y bancarios. Son los más calificados para evaluar profesionalmente estas opciones futuras.

Cabe aventurar el pronóstico de que las nuevas letras y pagarés, al menos en la fase inicial de observancia de la Convención, se utilizarán básicamente cuando sus atractivas innovaciones y posibilidades sean de particular relevancia e interés. Se espera que la presentación que antecede de temas seleccionados, aunque solo aporte

una primera visión somera de ellos, podrá contribuir al proceso de asimilarlos y evaluarlos.

NOTAS

1/ Argentina, Australia, Austria, China, Dinamarca, Egipto, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Lesotho, México, Noruega, República Árabe Siria, República Democrática Alemana, Suecia, Yugoslavia y Zambia.

La Convención sobre la Compraventa y todos los demás textos jurídicos preparados por la CNU DMI antes de 1986 figuran en “CNU DMI - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”, Naciones Unidas, Nueva York, 1986 (Núm. de venta: S.86.V.8).

2/ Argentina, Checoslovaquia, Egipto, Ghana, Hungría, México, Noruega, República Dominicana, Yugoslavia y Zambia.

3/ Barbados, Botswana, Chile, Egipto, Hungría, Líbano, Marruecos, Nigeria, República Unida de Tanzania, Rumania, Senegal, Sierra Leona, Túnez y Uganda. Australia, Bulgaria, Canadá, Chipre, Nigeria y California.

5/ Publicación de las Naciones Unidas (1988), Núm. de venta: S.87.V.10.

6/ Publicación de las Naciones Unidas (1987), Núm. de venta: S.87.V.9. 2/ Los informes de los tres períodos de sesiones de la Comisión figuran en los documentos de las Naciones Unidas A/39/17 (1984), A/41/17 (1986) y A/42/17 (1987). Aparecen también en los Anuarios de la CNU DMI del año respectivo que figura entre paréntesis. Lo mismo se aplica a los informes del 140 período de sesiones del Grupo de Trabajo contenidos en los documentos de las Naciones Unidas A/CN.9/77 (1973), A/CN.9/86 (1974), A/CN.9/99 (1975), A/CN.9/117 (1976), A/CN.9/141 (1978), A/CN.9/147 (1978), A/CN.9/157 (1979), A/CN.9/178 (1980), A/CN.9/181 (1980), A/CN.9/196 (1981), A/CN.9/210 (1982), A/CN.9/261 (1985), A/CN.9/273

(1986) y A/CN.9288 (1987). En estos documentos se pueden encontrar referencias sobre los muchos otros textos pertinentes de los travaux préparatoires, entre ellos observaciones de los gobiernos y organizaciones internacionales y documentos de trabajo preparados por la Secretaría.

8/ Para mayores detalles sobre el origen internacional de la letra de cambio y sobre las primeras medidas encaminadas a la unificación, véanse Vis, "Unification of International Trade Law (with special reference to negotiable instruments and commercial arbitration)", en: World Trade and Trade Finance, Proceedings of the Southern Methodist University Institute on International Finance (Albani, 1985), 6-7, y "Unification of the Law of Negotiable Instruments: The Legislative Process", 27 Am. J. Comp. L. (1979), 508.

9/ Para mayores detalles acerca de la historia de la unificación en esta esfera, incluidos los esfuerzos latinoamericanos, véase Bergsten, "Proyecto de Convención de UNCITRAL sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales - Su Historia y sus Principales Características", Revista FELABAN NO 67 (1988), 23-30.

10/ Murray, "Drafts, Promissory Notes and Checks: A Comparison of Civilian, Quasi-Civilian and Non-Civilian Suggestions", 15 Lawyers of the Americas (1983), 211, 215.

11/ Peña Castrillón, La Letra de Cambio - Teoría y práctica en América Latina (Biblioteca FELABAN-INTAL 1977), 29-35.

12/ Cheng, "UNCITRAL's Work on the Draft Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes", 3 Malayan Law Journal (1988) liii, lvi.

13/ Abascal, "Concepto de Dinero y Tasas Flotantes de Interés", Revista FELABAN NO 67 (1988), 85. sporg/d320

14/ Crawford, "Comentarios sobre: La importancia práctica de los nuevos instrumentos desde el punto de vista de un asesor legal bancario", Revista FELABAN NO 67 (1988), 109, 112-113.

15/ Hudson and Feller, "The International Unification of Laws Concerning Bills of Exchange", 44 Harv.L.R. (1931), 333, 354.

16/ Vis, "Forged Indorsements", 27 Am. J. Comp. L. (1979), 548, 550. 12/ Vis, nota 16 supra, 553 (fn. 37).

18/ Sin subestimar las características y necesidades especiales del derecho de títulos negociables, cabe comparar la situación de la longevidad de la "teoría de la falta de culpa" en las normas especiales de equidad y en el derecho angloamericano sobre daños y perjuicios en la forma de imprudencia concurrente en oposición a las más moderna y depurada culpa relativa.

19/ Véanse, por ejemplo, Hueck/Canaris, *Recht der Wertpapiere*, 11. Aufl. (München 1977), 132-146, y Baumbach/Hefermehl, *Wechselgesetz und Scheckgesetz und Scheckgesetz*, 15. Aufl. (München, 1986), Art. 17 WG, Rdnr. 4-13; véase también Ferri, *Manuale di diritto commerciale* (4a ed., Torino 1977), 624-628.

20/ Por ejemplo, Barrera Graf, "El proyecto de ley o Convención de la CNU DMI sobre letra de cambio y pagaré internacionales y la Convención de Ginebra de 1930", *Revista FELABAN* NO 67 (1988), 45, 55-56.

21/ Para detalles sobre la liberación o extinción de garantías, véanse, por ejemplo, Byles, *On Bills of Exchange* (Megrah and Ryder, 25th ed. 1983), 414-420; Crawford and Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (Crawford, 8 th ed. 1986), 1633-1637.

22/ Más recientemente en España (para el caso de letra aceptada), artículo 36.3 de la Ley Cambiaria y del Cheque (19/85) de 16 de julio de 1985, en vigor desde el 10 de enero de 1986.

23/ Véanse, por ejemplo, Baumbach/Hefermehl, nota 19 supra, Art. 31 WG, Rdnr. 8, y Roblot, *Les effets de commerce* (París, 1975), 219-220. 24/ Barrera Graf, nota 20 supra, en la pág. 60.

25/ Documento de las Naciones Unidas A/CN.9/213 (1983), párr. 2 de las observaciones sobre lo que era entonces el artículo 46.

26/ Expresiones acuñadas por Crawford, nota 14 supra, en la pág. 120. 27/ Por ejemplo, Crawford, nota 14 supra, en la pág. 120; Ganten y Jahn, "Neues internationales Wechselrecht vor dem Abschluss", Die Bank (julio de 1987), 396, 397.

28/ En cuanto al carácter original y útil de estas disposiciones, véase Guest, "Instruments Denominated in a Foreign Currency", 27 AM.J. Comp.L. (1979), 533-543.

29/ Comentario, nota 25 supra, párr. 2 de las observaciones acerca de lo que era entonces el artículo 74.03M2A 30/ Barrera Graf, nota 20 supra, en la pág. 54.

31/ Memorando de la delegación de Suecia sobre "Geneva Conventions Providing Uniform Laws for Bills of Exchange and Promissory Notes and for Cheques", Consejo de Europa, documento CDCJ (82) 49 de 14 de octubre de 1982, párr. 12.



Nulidad e inexistencia de los actos ineficaces

Dr. Luis A. Irún Brusquetti¹

SUMARIO

I- GENERALIDADES

II- COD. DE VÉLEZ S.

A. A favor de la inexistencia: fundamentos

B. En contra de la inexistencia: fundamentos

III- DERECHO FRANCES

IV- DERECHO ITALIANO

V- CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

I- GENERALIDADES

Es a partir de las enseñanzas de Zachariae, y de Aubry y Rau, que la doctrina y la jurisprudencia francesas han pretendido elaborar una nueva categoría jurídica, la de los actos inexistentes, independiente de la clasificación de las nulidades. Explica Zannoni el porque de la existencia de esta nueva categoría jurídica en la doctrina francesa, afirmando que esta “para resolver algunos casos en que la ley no había previsto la nulidad “tuvo que llegar a sostener el “absurdo de mantener la validez del acto por aplicación de la vieja máxima pas de nullité sans texte” (Op. cit. “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos”, I t., Bs. Aires, 1986, Ed. Astrea, p. 190/1). En virtud de dicho

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 26/27-1989.

principio jurídico, se preguntaban los autores, como considerarlo válido al acto al que le faltan ciertos elementos esenciales. Ante estas circunstancias no tuvieron otra alternativa que recurrir a la figura de la inexistencia de los actos jurídicos, como categoría paralela e independiente de los actos nulos o anulables.

La doctrina del siglo XIX imaginó formular al lado del concepto de nulidad, la noción de inexistencia. Veremos al estudiar el matrimonio porque se introdujo esta complicación en la teoría de las nulidades: el Código Civil parecía haber previsto limitativamente las causas de nulidad de matrimonio y se consideró necesario agregar a estas causas los casos en que no podía admitirse la existencia del matrimonio por más que los textos no se explicasen. (Ripert y Boulanger, Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol, t. I, Bs. Aires, 1979, Ed. La Ley, núm. 628, p. 453).

Habiéndose ideado la teoría en el derecho francés, en un principio, para subsanar esta deficiencia que tenía su fuente en la aplicación estricta del principio “pas de nullité sans texte”, y que les llevaba al absurdo de tener que sostener la validez del acto si este no estaba sancionado de nulidad, en cuestiones relacionadas al matrimonio, los autores pretendieron posteriormente extenderlo en su aplicación a otros casos que ninguna relación tenían con la institución del matrimonio. Y aquí yace el error de la teoría, pues al admitirse las nulidades virtuales o implícitas, desechándose el principio de que no existe nulidad sin que un texto legal así lo disponga de los actos expresamente, desaparece la razón de ser de los actos inexistentes, salvo en materia de derecho matrimonial. Sin embargo, la doctrina no se muestra pacífica sobre el punto. En la argentina no existe acuerdo acerca de la categoría de los actos jurídicos inexistentes. “Mientras la admiten Llerena, Machado, Moyano, Molinario y Borda, la rechazan Salvat, Lafaille, Buteler, Etcheverry Boeno, Castiglione y Segovia” (Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil, t. II, Parte General, Bs. Aires, Ed. Perrot, 1978, núm. 1909, p. 583). Entre los primeros, asimismo, corresponde agregar al mismo Llambías, y entre los segundos al gran jurista argentino Eduardo A. Zannoni.

Corresponde distinguir a la nulidad de la inexistencia de los actos jurídicos. La primera presupone la existencia de un acto jurídico, sobre la que recae la sanción legal de nulidad, privándolo de sus efectos. La segunda, como figura jurídica, es producto del razonamiento y de la lógica, y no de la ley. La inexistencia del acto corresponde a ciertas hipótesis en donde, por falta de ciertos elementos integrantes del acto, como los sujetos, el objeto o la forma, se puede afirmar que nunca ha transcendido al mundo jurídico. (Irún Brusquetti, Luis A. "Sinopsis de los hechos y actos jurídicos, I t., As. 1989, Ed. Intercontinental, n. 114, p. 170).

La teoría de la inexistencia pretende distinguir "nulidad" de "inexistencia" diciendo que aquella (la nulidad) neutraliza los efectos de un acto realmente celebrado pero viciado en cualquiera de los presupuestos o condiciones esenciales, mientras esta (la inexistencia) se predica del acto al cual le falta cualquiera de los presupuestos o condiciones esenciales. (Zannoni, Eduardo A., Op. cit. idem. p. 190/1).

Los sostenedores de la inexistencia de los actos jurídicos son partidarios de la siguiente clasificación: "A. Actos existentes válidos. B. Actos existentes nulos. C. Actos inexistentes" (Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XI, n. 1, p. 575).

II- CÓDIGO DE VÉLEZ SARSFIELD

Según vimos, en la doctrina argentina las opiniones se bifurcan en dos direcciones: los sostenedores de la inexistencia de los actos jurídicos, y sus negadores, discusión que se remonta al derecho francés, y principalmente a las enseñanzas de Zachariae y de Aubry y Rau.

A. A favor de la inexistencia: fundamentos.

Varios autores de nombradía, según lo mencionamos, se han pronunciado a favor de la tesis de la inexistencia de los actos jurídicos, en ciertas y determinadas hipótesis, dadas las cuales consideran al acto no como ineficaz (nulo o anulable), sino inexistente. Llambías,

uno de los más enconados sostenedores, expresa que “la inexistencia es una noción conceptual -no legal- que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos, que no obstante tener la apariencia de actos jurídicos, no son tales por carecer de algún elemento esencial de ellos, sea el sujeto, el objeto, sea la forma específica”. (Op. cit. ídem., n. 1909, p. 583). Ahora bien, no pretenden con esto introducir una nueva categoría de nulidades, dentro del sistema de nulidades del código, sino más bien lo consideran como un concepto autónomo y de vida independiente en relación a las anteriores. “El acto inexistente -escribe Llambías- no constituye una mera clasificación dentro de la teoría de las nulidades. Se mueve en un plano distinto, no delimitado por la ley, sino indicado por nuestro entendimiento, que no puede prescindir de ese concepto, so pena de confundir todas las nociones acerca del presunto asunto”. (Op. cit. ídem., p. 584/5).

Por nuestra parte - expone Borda, creemos que solo puede hablarse de actos inexistentes en ciertos supuestos extremos: a) si falta el acuerdo de voluntades o si hay disenso entre las partes; tal ocurriría si la parte aparente no prestó en verdad, el consentimiento; o si una de ellas ofrece vender subcasa de Córdoba y la otra acepta comprar la de Buenos Aires (error sobre el objeto); o si una ofrece en locación una propiedad y la otra acepta comprarla (error sobre la naturaleza del acto); o si se trata de un contrato celebrado a nombre de una persona de quien no se tiene representación; b) si el objeto de la obligación es una cosa no susceptible de existir, o hechos materialmente imposibles, como vender un pedazo de cielo; c) la falta de la forma exclusivamente ordenada por la ley no basta, en principio, para considerar inexistente el acto; el propio Código establece que son obligaciones naturales las que proceden de actos jurídicos a los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles (Art. 515, inc. 3). Sin embargo, en algunos casos la formalidad legal consiste en la intervención de un oficial público, que no se limita ya, como el escribano autorizante, a dar fe de lo que ocurrió ante él, sino que integra con su actuación el acto jurídico celebrado por las partes; tal ocurre en el matrimonio, que queda celebrado cuando el oficial público, en nombre de la ley, declara unidos a

los contrayentes. En este caso, la omisión de la formalidad legal supone la inexistencia del acto. Lo mismo ocurre en el caso de una adopción no otorgada por Juez competente. (Op. cit. "Manual de Derecho Civil", I t., Bs. Aires, 1981, Ed. Perrot, n. 822, p. 557/8).

Luego de exponer sobre los casos en que tiene cabida hablar de actos inexistentes, Borda discurre sobre las diferencias existentes con los actos nulos. Así, anota cuanto sigue: "a) Los actos nulos producen algunos efectos propios (Arts. 1053, 1055, Cód. Civ.), distintos de lo que resultaría de los principios generales sentados en otras normas del código. Así, por ejemplo, si ambas cosas entregadas en virtud de un título nulo fueran productoras de frutos, estos se compensan hasta el día de la demanda de nulidad (Art. 1053). Tratándose de una entregada en virtud de un acto inexistente, la restitución de frutos se rige por los principios generales en esta materia, que son distintos (Arts. 2422 y sig., Cód. Civ.)."

"b) Ciertos actos nulos producen algunos efectos muy importantes que no ocurren cuando media inexistencia. Particularmente trascendente es el caso del matrimonio. Si fuera inexistente no produce efectos civiles, aun cuando las partes tuvieran buena fe (Art. 14, ley matr. civ.); por lo tanto, la unión es un concubinato y los hijos ilegítimos. Si por el contrario, se tratara de un matrimonio nulo, contraído de buena fe, se lo reputa putativo y los hijos, legítimos (Art. 87 y 88, ley matr. civ.)" (Op. cit. ídem., n. 824, p. 559).

Los actos inexistentes presentan los siguientes caracteres:

- 1) No es necesario que la autoridad judicial pronuncie que la nulidad de un acto inexistente. Su intervención se limita únicamente a reconocer o constatar la inexistencia del acto;
- 2) El acto inexistente no puede producir ningún efecto;
- 3) La inexistencia del acto puede ser alegada por toda persona contra quien quiera hacerse valer el acto;
- 4) Los actos inexistentes no pueden ser confirmados (Salvat, Raimundo M., Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, Bs. Aires, 1947, Ed. La Ley, n. 2597, p. 527).

Entre las principales objeciones que se han formulado contra la teoría de la inexistencia de los actos jurídicos, caben anotar tres: a) No deben confundirse nunca las dimensiones distintas de lo fáctico, lo real, con el deber ser jurídico. Un acto jurídico, aunque le falte algún elemento esencial, en el plano de la realidad es, ha tenido existencia material, aunque posteriormente deje de serlo por consideraciones jurídicas que le restan eficacia alguna; b) Los efectos perseguidos con su aplicación, también pueden conseguirse aplicando los principios jurídicos que rigen los efectos de los actos nulos de nulidad absoluta; y c) Si tuvo razón de ser alguna vez en el derecho francés, el cual según vimos no admitía otra especie de nulidad que la expresa, en aplicación del principio *pas de nullité sans texte*, al admitirse la nulidad virtual o implícita, no se visualizan razones que aconsejen su mantenimiento.

B. En contra de la inexistencia: fundamentos

En las objeciones anotadas líneas antes, y que resumen los puntos objetables de la teoría de la inexistencia de los actos jurídicos, radican los pilares que sostienen a los negadores de esta categoría jurídica.

Entre sus principales críticos corresponde citar a Eduardo A. Zannoni, quien con su criterio pragmático brillante pasa a exponer: “Predicar la inexistencia del acto por el cual, a través de una escritura pública falsificada, o interviniendo quien no es propietario del inmueble, se transfiere a este, es un contrasentido. ¿Cómo hablar de inexistencia? ¿No es palmario que, en el plano del ser, la “transferencia” se realiza, que “existe” un adquirente, de buena o mala fe, que “existe” una inscripción registral del dominio (conf. Art. 2505), que lo hace oponible a terceros, etcétera? Otra cosa es decir que en ese acto se han hecho aparecer falsamente, “como existentes”, presupuestos que no existen (en el supuesto, la intervención del verdadero propietario). Pero entonces, *prima facie*, camino obligado es el tránsito hacia la nulidad riesgo consiguiente de que, por aplicación del Art. 1051, los subadquirentes de quien adquirió a través de ese acto, no

puedan ser afectados por la declaración de nulidad si fueron de buena fe y su adquisición fue a título oneroso (Op. cit. ídem., p. 191/2).

III- DERECHO FRANCES

Según enseña Josserand, “en el estado actual de la doctrina, y también, desde hace algunos años, de la jurisprudencia, se distinguen en este particular tres grandes categorías de sanciones que consisten en la inexistencia, la nulidad, y la nulidad relativa o simple anulabilidad” (Cit. por Llambías, J.J., op. cit. ídem., n. 1898, p. 580).

IV- DERECHO ITALIANO

Messineo distingue los actos nulos de los anulables, negándose a admitir como tercera categoría a los actos inexistentes. (Op. cit. “Derecho Civil y Comercial”, II, Bs. Aires, Ed. Ejea, 1979, p. 490).

No es de extrañar -expresa Llambías- que Messineo no acepte la categoría de actos inexistentes, pues como nosotros pensamos, la de actos inexistentes es una categoría conceptual, ajena al sistema legal de sanciones. Otros autores como Betti, Santoro-Passarelli, Cosattini y Mosco admiten esta categoría independientemente de la de actos inválidos, nulos o anulables. (Op. cit. ídem., n.p. 582).

V- CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

Admitiendo este expresamente las nulidades expresas y virtuales (Art. 355), y desechándose el principio del derecho francés pas de nullité sans texte, no encuentro razón valedera alguna que justifique la existencia de la categoría jurídica de los actos inexistentes, salvo en ciertas cuestiones relacionadas al derecho de familia, como el matrimonio, la adopción, etc., según lo señalara Borda, si bien este pretendía extenderlo a límites más extensos.

AUTORES CONSULTADOS

Borda, Guillermo A. Manual de Derecho Civil, Parte General, It.

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Irún B., Luis A. Sinopsis de los Hechos y Actos Jurídicos, It.

Llambías, J.J. Tratado de Derecho Civil, Parte General, 2t.

Messineo, F. Derecho Civil y Comercial, 8t.

Pangrazio, Miguel A. El Código Civil Paraguayo coment., 3t.

Ripert y Boulanger. Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol, 11t.

Salvat, Raimundo M. Tratado de Derecho Civil, t. I. y II.

Zannoni, Eduardo A. Nulidad e ineficacia de los actos jurídicos, I t.

OTROS MATERIALES CONSULTADOS

Enciclopedia Jurídica Omeba, 31 t.



Responsabilidad civil del médico I

Dr. José Raúl Torres Kirmser¹

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil del médico, que busca la reparación de los daños causados injustamente, constituye un aspecto de la responsabilidad profesional, que se halla sometida a los principios generales de la institución.

El responsable del daño se halla sujeto en materia civil a la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados.

Por consiguiente, la responsabilidad civil es la obligación que impone a una persona a reparar el daño causado por los hechos propios, dolosos o culposos, o por los daños de sus representantes legales o de las personas que hubiere utilizado en el cumplimiento de la obligación o por los medios empleados (Arts. 421, 422, 1833, 1846 y concordantes del Código Civil).

Hay dos grandes categorías de hechos dañosos: por una parte, los que emergen de un contrato; y, por la otra, los que se producen en el desarrollo de cualesquiera actividades humanas, pero al margen de toda relación contractual jurídica previa. Resumiendo: La responsabilidad es contractual, existe un contrato; y si no hay contrato, la responsabilidad es extracontractual o aquiliana.

La responsabilidad civil tiene una existencia autónoma, pues la transgresión que la origina, posee un tratamiento jurídico propio, pero en casos concretos, ella también acumula responsabilidad penal.

La responsabilidad civil presenta un ámbito de aplicación más vasto que el de la responsabilidad disciplinaria y penal -dice Villegas

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 26/27-1989.

Basavilbaso- pues mientras esta se fundamenta principalmente en el dolo, y la disciplinaria en la culpa, a civil resulta de ambos: del dolo y de la culpa del actor de latransgresión.

Todas las personas en el ejercicio de una profesión responden por los daños que ocasionan en perjuicio de otra persona. El médico no puede apartarse de estas reflexiones. Y no nos excedemos si afirmamos que, en relación a la medicina, la responsabilidad surge, históricamente, con las más primitivas legislaciones.

La medicina se encuentra al final del siglo XX, ocupando un sitio central, una encrucijada en la que se mezclan ciencia pura, humanismo y humanidad, derecho, economía y sociología. Y esta posición central, lejos de ser estática, se halla en constante cambio. En consecuencia, es dable afirmar que, en nuestra época, nada es muy simple en materia de responsabilidad médica. Así, la responsabilidad del médico debe ser objeto, en cada caso, de un examen profundo.

No ignoramos que para los que hacen de la medicina un apostolado, su responsabilidad moral llevan mucho más lejos que su responsabilidad puramente jurídica y patrimonial, ya que ellos tienen una conciencia muy alta de su misión.

Elementos de la responsabilidad

“La responsabilidad civil de los médicos, en la acepción restringida que nos ocupará en este estudio (deber de responder), exige para configurarse la concurrencia de los mismos elementos que son comunes a cualquier ilicitud genérica o específica, sin atención a que, circunstancialmente, le sea aplicable el régimen contractual o extracontractual”².

La doctrina, en general, distingue cuatro elementos: La antijuridicidad, la imputabilidad, el daño y la relación causal entre el hecho y el perjuicio.

² Bueres, Alberto J., RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS, pág. 31

a) Antijuridicidad (antinormatividad o ilicitud meramente objetiva)

El concepto de antijuridicidad, para Bustamante Alsina, es “sinónimo de ilicitud”, aunque pueda entenderse, dice, “con una mayor comprensión para abarcar no solamente los casos de violación directa de la ley, sino las hipótesis de infracción del deber, impuesto por la voluntad de las partes en el contrato”³.

Jaime Santos Briz expresa “que si la palabra ley, se toma en sentido lato incluyendo los pactos contractuales, que son la ley para los contratantes, puede llegarse a un concepto aceptable de antijuridicidad”⁴.

El acto ilícito o antijurídico es, según Orgaz, “todo acto contrario al Derecho objetivo, considerado este en su totalidad, esto es, no en relación a una determinada norma de derecho, sino al conjunto de la legislación”⁵.

La antijuridicidad -siguiendo los criterios señalados- constituye el obrar antinormativo, contrario al derecho, que infringe la ley o lo convenido entre las partes por hechos positivos o negativos. (Arts. 421, 422, 1833 y sgtes. del Código Civil).

Si es acción por comisión, es un hecho positivo; y, si es acción por omisión, es un hecho negativo. Es negativa la actitud del que omite cumplir sus deberes; es positiva cuando los cumple mal. Si la prestación debida es un hacer, no haciéndola se la viola; pero haciendo algo indebido, distinto a lo prometido, o cumpliendo a medias, o de una manera impropia de los deberes que impone la ley o la ciencia, en su caso, también constituye un acto ilícito positivo (acción).

Nuestro Código Civil anterior en el Art. 1109 establecía que “todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona

³ Bustamante Alsina, TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, 3a Ed., pág. 87

⁴ Santos Briz, Jaime, LA RESPONSABILIDAD CIVIL, Madrid 1970, pág. 24

⁵ Orgaz, Alfredo, LA ILICITUD, pág. 17

un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”. El actual Código Civil, en el Art. 1833, expresa: “El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Si no mediare culpa, se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente”. El siguiente Art. 1834 establece en forma categórica que “los actos voluntarios, solo tendrán el carácter de ilícitos” en los siguientes casos, que transcribimos, por ser de gran utilidad para interpretar la responsabilidad médica: a) “cuando fueren prohibidos por las leyes, ordenanzas municipales, u otras disposiciones dictadas por autoridad competente. Quedan comprendidas en este inciso, las omisiones que causaren perjuicios a terceros, cuando una ley o reglamento obligare a cumplir el hecho omitido”; b) “los actos voluntarios son también ilícitos, cuando “hubieren causado un daño, o produjeran un hecho exterior susceptible de ocasionarlo”; c) también son ilícitos “siempre que a sus agentes les sea imputable culpa o dolo, aunque se tratare de una simple contravención”.

El Prof. Dr. Miguel Angel Pangrazio sostiene: “En el derecho civil, rige el principio de todo lo que no está prohibido, está permitido. En cambio, en el Derecho Público lo que se debe hacer estará expresa o implícitamente establecido en la ley”. Además, afirma que “las disposiciones contenidas en los tres incisos -que acabamos de transcribir- son consecuencia de ese principio general que rige en materia del Derecho Civil”⁶.

Cuando observamos “la totalidad del ordenamiento civil podemos apreciar que los ilícitos en el sentido lato son numerosos... el concepto de ilicitud comprende diversas esferas”. “Puede decirse, que es ilícita toda conducta activa o pasiva que transgrede el ordenamiento jurídico o más restringidamente que cause un daño, o más restringidamente aún, que voluntariamente causa un daño. Incluye los casos más diversos, incluso el enriquecimiento sin causa”.

⁶ Pangrazio, Miguel Angel, CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO, t.II, pág. 1463

Alfredo Orgaz, en la obra “La ilicitud”, al referirse a los elementos del acto ilícito, en sentido estricto, entiende que la responsabilidad de quien ha ocasionado un daño a otra persona se asienta sobre tres pilares fundamentales: ilicitud, culpa y daño.

La ilicitud, como violación de la ley y el daño, tanto patrimonial como moral, es siempre inexcusable para la responsabilidad del autor, es decir, para que nazca su obligación de restablecer la situación, conforme a derecho y la reparación del daño causado. En cambio, en cuanto a la culpa, no puede decirse lo mismo, porque ha variado su interpretación a través del tiempo. El derecho romano primitivo no exigía culpa en el autor del daño para obligarle a su reparación. Recién a partir de la Ley Aquilia (año 286 antes de Cristo) la culpa fue incorporada al régimen indemnizatorio y desde entonces este elemento creció y se consolidó en el derecho, hasta comienzos del siglo pasado, a tal punto que no podía haber ningún caso de responsabilidad sin culpa.

Con el desarrollo industrial y las nuevas condiciones de vida, la culpa como elemento de la responsabilidad de indemnizar fue interpretada con un criterio más amplio. No hacía falta ilicitud o antijuricidad directa en el autor del daño, el derecho ha creado la ficción de culpa o la “presunción juris et de iure”, es decir, el responsable no incurría en ninguna culpa y sin embargo se le exigía responder por el daño. Esto sucedía en la responsabilidad exigida a los dueños de hospedajes; en los daños ocasionados por animales o cosas inanimadas. Incluso se llegó al concepto y la doctrina de la responsabilidad por riesgo en el derecho del trabajo, en el transporte, etc.

Insistiendo más en el tema, volvemos a citar a Bustamante Alsina, quien en la obra “Teoría General de la Responsabilidad Civil” pág. 92, sostiene que “quien omite por negligencia o por culpa una conducta que guarde conformidad con la naturaleza de las cosas y de las circunstancias, viola lo dispuesto en el Art. 1109 del anterior Código Civil (hoy Art. 1833 del nuevo Código Civil) y por ende es responsable”. Agrega que esa norma encierra un principio de alto valor moral y social. El individuo debe orientar sus actos respetando a sus

semejantes y está librado a su conciencia determinar la conducta que para ello debe observar. Si ha cometido un error en su conducta será juzgado, como un hombre responsable de ello, por no haber obrado con prudencia, respeto y honestidad. El deber genérico que impone esa norma, es la prudencia y la diligencia en la conducta del hombre, tanto en la acción como en la omisión cuando sea necesaria.

Trasladando estos criterios al campo médico, adelantamos algunos conceptos, porque el tema será tratado en el capítulo siguiente. El Prof. Dr. Dionisio González Torres, en su Manual de Medicina Legal (pág. 30) expresa: “Es un principio aceptado universalmente el de la responsabilidad del médico, como una forma de la responsabilidad profesional, tanto civil como penal, por los daños ocasionados en el ejercicio del arte de curar, cuando cometió impericia, negligencia grave, imprudencia, falta o ignorancia o precipitación grosera y aunque el médico no haya tenido el propósito de causar daño”⁷.

El Derecho Penal también contempla el caso de la impericia e imprudencia profesional en delitos contra la vida. En efecto, el Art. 357 del Código Penal establece que “si los delitos contenidos en este capítulo (el capítulo XIII, Delitos contra la vida y otros) fuesen solo debido a la imprudencia, impericia del propio arte o profesión, descuido de los deberes del culpable, este será castigado con la octava a la cuarta parte, de la pena que corresponde a la misma infracción, cometida voluntariamente y dolosamente”. El Art. 126 del Código Penal dispone que toda persona responsable criminalmente de una infracción penal, lo es también civilmente.

b) Imputabilidad (imputatio iuris), La presencia de un factor subjetivo u objetivo de responsabilidad.

Para que se genere el deber de reparar el daño, no solo es suficiente una conducta humana o un hecho dañoso, se requiere que la

⁷ González Torres, Dionisio, MANUAJ. DE MEDICINA LEGAL, 1967, pág.

acción antijurídica sea imputable a un sujeto o a una entidad determinada por imperio de la ley. (Art. 417 Código Civil).

Sobre este tema Iturraspe sostiene “que la imputación es un plus; ese plus que la imputabilidad respecto de la autoría, puede consistir en un factor subjetivo u objetivo. En el primer caso -factor subjetivo- la atribución se basa en un reproche formulado contra el autor; en el segundo -factor objetivo- el factor se encuentra en haber multiplicado las posibilidades de concurrencia del resultado dañoso”⁸.

Nuestro Código Civil autoriza a tratar la génesis de la responsabilidad civil, distinguiendo tres grandes grupos de daños: los ocasionados por la actividad directa de la persona (responsabilidad por hecho propio); los producidos por otra persona, de la que se tiene el deber de responder (la llamada “responsabilidad por hecho ajeno”) y los casos de responsabilidad sin culpa, entre los que caben mencionar los daños causados por el ejercicio de una actividad o profesión peligrosa, por la naturaleza de ellas o por los medios empleados.

Responsabilidad por hecho propio

Al respecto, cabe expresar, que si el accionar del médico con el paciente tiene como resultado un daño, al que se podría arribar por la antijuridicidad de la acción de aquel, para que resulte reprochado es necesario que dicho acto antijurídico le sea imputado.

Es decir que no solo basta la antijuridicidad de la conducta del médico, es necesario también que el acto le sea imputable.

El Art. 1834 del Código Civil, citado más arriba, que integra el capítulo de la responsabilidad por hecho propio, condiciora la ilicitud de los actos a la violación de leyes y reglamentos, a la producción de un daño y siempre que a sus agentes les sea imputable culpa o dolo, aunque se tratare de una simple contravención. El Art. 1837 del mismo Código establecen las excepciones, cuando prescribe que “no

⁸ Iturraspe, Jorge Mosset, RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO, Editorial Astrea, pág. 179

incurren en responsabilidades por actos ilícitos: a) los afectados por trastornos generales y persistentes de sus facultades mentales, que les priven de discernimiento. Esta circunstancia, difícilmente se dará entre los profesionales médicos. Igualmente, la minoridad, que tampoco puede darse, porque el ejercicio de la profesión médica requiere que sea mayor de edad. En cuanto a la excusa de la legítima defensa prevista en el Art. 1838 del Código Civil solo rige para los delitos intencionales, que no corresponde analizar en este capítulo. Si el daño se ha producido por culpa imputable a la víctima, entonces no existe responsabilidad del médico, a menos que exista culpa concurrente (Art. 1836). Transcribimos este Art. 1836 por su interesante contenido: “El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no engendra responsabilidad alguna. Si en la producción del daño, hubiesen concurrido su autor y el perjudicado, la obligación y el monto de la indemnización dependerán de las circunstancias y en particular de que el perjuicio haya sido principalmente causado por una u otra parte”. Esto significa que la culpa concurrente, doctrina elaborada por la jurisprudencia, por aplicación de los Arts. 1109 y 1113 del anterior Código Civil, ahora ha sido incorporada en el nuevo Código Civil.

Insistimos en la complejidad y dificultad para determinar la imputabilidad o culpa del médico, por varias razones, entre las que cabe señalar las implicancias morales, religiosas y sociológicas que el tema ofrece, cuando se presenta un caso concreto. Los médicos prestan -salvo excepciones- el servicio de medios y no de resultados, es decir, no asumen la responsabilidad o el compromiso de sanar al enfermo, sino de diagnosticar y aplicar sus conocimientos, experiencias, y medios a su alcance para tratar de curarlo; entonces, solo admiten responsabilidad, cuando se ha comprobado torpeza o impericia grave en su accionar, o desconocimiento evidente de la ciencia médica y no porque el resultado haya sido negativo, es decir porque haya muerto el paciente. En otros países los “seguros” tratan de cubrir esas reclamaciones. Es frecuente que los médicos, en los casos graves, eludan la responsabilidad de su actuación haciendo firmar al paciente o a sus familiares, la autorización para intervenir, sin riesgo

para el mismo. A todo esto, debemos agregar el Código de Ética que rige entre los médicos, con más respeto y aplicación que en otras profesiones; resulta, muchas veces, difícil investigar los casos denunciados, por el encubrimiento y solidaridad entre los mismos, quedando así impunes muchos casos que ni siquiera llegan a los Tribunales. En el nuestro, son pocos los casos que se ventilan ante el Poder Judicial.

La cuestión de la imputabilidad se complica más, con el desarrollo de la ciencia médica. Se advierte, dice Ricardo Luis Lorenzetti, una ruptura entre el vanguardismo científico y la práctica médica común, propia esta, de los países en vías de desarrollo y aquella, de los países altamente industrializados. El avance cotidiano de la genética, la biofísica, los instrumentos y equipos médicos de alta especialización y demás conocimientos que apenas llegan como un reflejo en nuestros países, hace que desaparezca el lazo de intimidad que existía antiguamente en la relación médico-paciente. Este se siente inferior y acomplexado ante su médico, por el caudal de cuestiones planteadas, de técnicas y medicamentos existentes, que opta finalmente por someterse a aquél, transfiriéndole sus decisiones que antes eran personales.

En los casos complejos y que requieren un tratamiento especializado, la cuestión de la imputabilidad o la determinación de la culpa en un médico o en un equipo de médicos y técnicos, resulta cada vez más difícil para los juristas.

Sin embargo, en todos los casos, la conducta del médico y su relación con el paciente tienen que tener por objetivo, solamente la asistencia y ayuda al enfermo, despojado de cualquier otro interés. No interesa que el médico se muestre protector, paternalista o doctrinario, lo importante es que con sinceridad y honestidad proceda a volcar todos sus conocimientos y experiencias para sanar al paciente, cualquiera sea el resultado, tomando las precauciones propias del caso (análisis, estudios radiológicos, consultas especialistas, etc.) y demostrando en todo momento diligencia y responsabilidad profesional. La doctrina que acabamos de exponer la desarrollan con toda

solvencia los doctores Yungano, López Bolado, Poggi y Bruno, en su obra “Responsabilidad profesional de los médicos”. Contrariando estos principios, se incurre en culpa o negligencia imputable y por ende resarcible.

La relación médico-paciente, salvo casos muy aislados, ya no es aquella propia de otros tiempos, en que el médico la cumplía como un apostolado o como un sacerdocio. Se ha vuelto contractual -salvo excepciones- sea en base a contratos escritos o no escritos, con renumera- ción pre-establecida o con posterioridad, cualquiera sea el resul- tado del accionar médico y entonces, es lógico, se ha acentuado tam- bién la obligación de responder por esos resultados desfavorables que se le pueda imputar al médico. Del contrato nace el “deber de cui- dado”, según el Dr. Jorge Mosset Iturraspe, “expresión abreviada que encierra todo lo que el médico debe brindar al paciertio y ante su in- cumplimiento dañoso, se impone la responsabilidad profesional, por decisión del Juez, que juzgará en pase a las pruebas aportadas por las partes, sobre los cuidados del médico y los descuidos del mismo y demás circunstancias que rodean al caso”⁹.

La culpa o imputabilidad, como hemos dicho con anterioridad, puede atribuirse al agente en exclusividad o también puede ser com- partida con la víctima, cuando esta incurre en negligencia o impru- dencia simultáneamente. El nuevo Código Civil contempla la figura y deja a criterio del Juez, fijar el grado de responsabilidad entre am- bos. Si la responsabilidad es igual o equivalente en ambos -agente y víctima- también la indemnización quedará compensada en la misma proporción. En caso de que exista mayor grado de culpa en el médico, este deberá indemnizar, en esa proporción, a su paciente. Ella se de- termina en atención a las circunstancias que rodean cada caso y que se halla legislado en el Art. 1836 del Código Civil, ya mencionado.

⁹ Iturraspe, Jorge Mosset, Op. cit. pág. 216

Responsabilidad por el hecho ajeno

En cuanto a la responsabilidad civil por hecho ajeno, el Código Civil lo regula en los Arts. 1842 al 1845. El Art. 1842 expresa: “El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con autorización compromete también de otro la responsabilidad de este. El principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por culpa de la víctima o por caso fortuito”. El Art. 1845 responsabiliza al Estado por los actos ilícitos de sus funcionarios, solamente en forma subsidiaria en caso de insolvencia. Es decir, la responsabilidad es directa y personal de los funcionarios. La disposición es terminante y se aplica a los directores y médicos de los hospitales públicos y de los servicios de la sanidad. Dentro de esta figura jurídica, cabría el caso de los médicos, enfermeras, técnicos, etc. que actúan en equipo bajo la dirección de un médico jefe, que se hace responsable de un tratamiento o intervención quirúrgica, cuando se produce la muerte o la inhabilidad física del paciente, por un acto culpable, de negligencia, imprudencia o impericia, o descuido de algunos de los dependientes del equipo.

Responsabilidad sin culpa

Muy interesante es la regulación sobre la responsabilidad sin culpa legislada en los Arts. 1846 al 1854. El Art. 1846 del Código Civil dispone: “El que crea un peligro con su actividad o profesión por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por cuyo hecho no deba responder”.

Puede darse el caso de un paciente sometido a una terapia de rayos, falle el equipo y lesione al mismo, sin culpa del técnico; este debe probar la fuerza mayor para evitar su responsabilidad de reparar el daño causado.

c) Daño

El Art. 1.835 del Código Civil dispone: “Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio, en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión” y agrega: “La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito”.

La doctrina distingue una doble acepción del daño: a) en sentido amplio se identifica simplemente con la ofensa o lesión de un derecho o de un interés jurídico. Toda acción u omisión ilícita entraña siempre una invasión en la esfera jurídica de otras personas y genera la obligación de reparar o restablecer el derecho conculcado o lesionado; b) en sentido estricto, el daño es considerado como el menoscabo de valores económicos o patrimoniales o la lesión de bienes extrapatrimoniales, es decir, comprende el daño material y moral, tal como lo define el mencionado Art. 1835 del Código Civil.

Daño patrimonial

El daño patrimonial, según Alfredo Orgaz, consiste en el menoscabo del patrimonio en sí mismo, sea en sus elementos actuales, sea en sus posibilidades normales y previstas. Si el acto ilícito produce perjuicios y ventajas que se compensan, no existirá daño resarcible¹⁰.

El daño patrimonial puede manifestarse en dos formas: 1) como pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, es decir, un empobrecimiento del patrimonio y es lo que constituye el “daño emergente”; 2) como frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, la pérdida de un enriquecimiento previsto y es lo que constituye el llamado “lucro cesante”.

El daño emergente es, por lo común, fácilmente apreciable; en cambio el lucro cesante o cesación de ganancias, que la víctima podía

¹⁰ Orgaz, Alfredo, EL DAÑO RESARCIBLE, pág. 27

razonablemente obtener, es más difícil calcular, porque hay que tener en cuenta las circunstancias de cada caso, la certeza o existencia misma del supuesto lucro, las variables y el monto estimado.

La doctrina distingue también el daño presente y futuro, el directo, el indirecto, voluntario e involuntario, instantáneo y sucesivo, etc., distinciones que no afectan mayormente las formuladas por el Código Civil, que al referirse a la responsabilidad civil, regula la responsabilidad por hecho propio, por hecho ajeno y responsabilidad sin culpa.

La doctrina señala algunos principios o requisitos para que el daño patrimonial o extrapatrimonial sea indemnizable:

Que haya relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño, que el daño sea cierto, que sea personal del accionante, que resulte de la lesión de un derecho o de un interés protegido por la ley¹¹.

La ley establece que el obligado a indemnizar el daño que le sea imputable “resarcirá todas las consecuencias inmediatas, y las mediatas previsibles, o las normales según el curso natural y ordinario de las cosas, pero no las casuales, salvo que estas deriven de un delito y debieran resultar según las miras que el agente tuvo al ejecutar el hecho” (Art. 1856 Código Civil). Si el agente causante del daño lo puede reparar directamente, así lo hará y si la reparación directa fuese imposible, la indemnización se hará en dinero, para que la víctima se la procure. El juez moderará la indemnización (Art. 1857 Código Civil). Por ejemplo, en el caso de una muerte o inhabilidad física de un paciente, ocasionada por la impericia de un médico, la reparación o indemnización a cargo de este incluirá: gastos “de asistencia y sepelio, alimentos del cónyuge e hijos menores del muerto y el daño moral”, es decir, daño emergente y lucro cesante, que será fijado por el juez (Art. 1858 Código Civil).

La acción civil de indemnización por daños y perjuicios puede ser ejercida con independencia de la acción penal, pero si esta ya se

¹¹ Orgaz, Alfredo, Op. cit., pág. 29

inició o se inicia durante el transcurso del juicio civil, el juez no podrá dictar sentencia en el juicio civil hasta que exista pronunciamiento en el juicio penal. Admite como excepción la muerte de la víctima o enfermedad mental del encausado, que paralice el juicio penal (Art. 1865 Código Civil).

En la doctrina, se señalan algunos casos de daño moral, que justificarían la obligación de resarcir, por parte de los médicos. Mencionan por ejemplo la revelación súbita e imprudente de un mal grave del paciente, “que lesiona su fortaleza espiritual”, o el caso de un tratamiento innecesariamente prolongado o una intervención quirúrgica injustificada, que una vez probado el daño y la culpa, daría lugar a una indemnización¹².

d) Relación causal entre el hecho y el perjuicio

La doctrina uniforme de los autores ha sostenido que, para que un daño sea reparable jurídicamente, es necesario que haya sido causado “por el responsable, por sus subordinados o por sus cosas animadas o inanimadas”¹³.

La determinación del nexo causal existente entre la actuación de un sujeto y el resultado dañoso, es un tema complejo dice Ricardo Luis Lorenzetti, en la obra citada, porque no es lo mismo, causa física que causa jurídica. Numerosas teorías han sido expuestas en esta materia: teoría de la causalidad próxima, teoría de la causa eficiente y otras que por la brevedad de espacio y tiempo que nuestro trabajo exige, omitimos su estudio.

Los juristas se preguntan: ¿Cuándo la acción de una persona ha causado realmente un daño? ¿Cómo imputarle jurídicamente al agente que lo ha causado? No hay que confundir causa con culpa. La causa tiene por objeto “establecer cuándo y en qué condiciones un resultado cualquiera debe ser imputado objetivamente a la acción de

¹² Lorenzetti, Ricardo Luis, RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS, pág. 296

¹³ Orgaz, Alfredo, Op. cit. en 10, pág. 29

una persona”, es decir, establece “la imputatio facti”, la autoría del hecho dañoso. En cambio, la culpa trata de determinar cuándo y en qué condiciones, ese daño puede ser imputado subjetivamente a su autor (imputatio iuris), es decir si el autor del daño es también el culpable del daño y por tanto debe responder por ello.

Repetimos, “entre el comportamiento del agente y el daño acaecido ha de existir relación de causa a efecto”, según lo expresa el distinguido profesor de la Universidad de Deusto-Bilbao, España, Dr. Ricardo Angel Yaguez en su “Lecciones sobre Responsabilidad Civil”, pág. 94. Y agrega que esta relación de causalidad se manifiesta generalmente en forma directa y clara. Por ejemplo, la manipulación negligente de un producto inflamable, origina un incendio y daña la casa del vecino. Pero la cuestión se complica, cuando hay interferencia, por ejemplo, los bomberos al intentar apagar el causante del fuego causan destrozos mayores, que se agregan al agente causante del fuego, a responder por los daños que ha causado y los causados por los bomberos.

Cuando el jurista se encuentra con un resultado dañoso, su preocupación debe consistir “en desandar todo el proceso histórico de los acontecimientos que han conducido a el, para decidir si puede hacerse responsable a un sujeto que con su conducta ha intervenido de una u otra forma en dicho proceso”¹⁴.

Las distintas teorías expuestas por los autores tratan de dar respuesta a esta cuestión de la causalidad.

Trasladando el tema al campo médico, podemos afirmar que el requisito de la causalidad es “la vinculación o conexión entre el hecho antijurídico del médico (incumplimiento de los deberes de atención y cuidado) imputable a título de dolo o culpa propia o por el hecho de su representante legal o de las personas que hubiere utilizado en el

¹⁴ Yagüez, Ricardo de Angel, LECCIONES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL, Bilbao 1978, pág. 95

cumplimiento de la obligación y por los medios empleados y el resultado dañoso (lesiones, incapacidad, descerebración, muerte del enfermo, etc.).

Es sabido que los médicos no están obligados a curar, pero sí a cumplir con sus deberes profesionales, prestando al paciente su asistencia y apoyo, con toda diligencia, atención y pericia que el caso requiera. Si se aparta de sus deberes como médico y ello ocasiona algún daño al paciente, entonces se investiga el nexo entre el daño y el accionar del médico, para determinar la culpa y la consiguiente responsabilidad. La víctima o sus familiares cuando demandan al médico por responsabilidad de daños y perjuicios, siempre invocan la culpa del profesional y deben probar en el juicio, la culpa y el nexo o conexión que estamos mencionando. Este nexo físico, material, deriva en el nexo jurídico, es decir en la condena por responsabilidad de indemnizar a cargo del médico. Puede suceder también que la causa sea “fuerza mayor” o sea por propia culpa del mismo paciente. En el primer caso se excluye la culpa y en el segundo, se compensa o se distribuye en proporciones equitativas entre las partes, por tratarse de culpa concurrente, prevista en la ley y ya tratada en capítulos anteriores.



Responsabilidad civil del médico II

Dr. Raúl Torres Kirmser¹

II- CULPA MÉDICA

Aspectos

Entre los elementos de la responsabilidad civil del médico (imputatio iuris), se considera que la imputabilidad subjetiva comprende la culpa profesional y, por consiguiente, la culpa médica. Pero, dada la importancia de la materia, analizaremos con algún detalle las variadas facetas que ella nos ofrece.

Concepto

El concepto de culpa en sí está definido en el capítulo de las obligaciones en el Art. 421 del Código Civil: "...Habrà culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar...". Sin embargo, dicho concepto es el mismo que caracteriza a la culpa como factor de imputabilidad subjetiva en el cuasidelito.

La culpa es el límite mínimo de la culpabilidad, por debajo de este nivel de imputación, no existirá responsabilidad; la culpa debe tener estos elementos:

- a) inexistencia de intención de dañar;
- b) comisión de la conducta debida, que es: no hacer lo que debió hacerse; ejecutar lo que debió ser evitado para impedir el daño.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 26/27-1989.

Como hemos visto anteriormente, “el daño” es el primer elemento de la responsabilidad civil, que obliga al autor a reparación; el segundo, de gran importancia en la responsabilidad civil, es la culpa; en sentido estricto, se caracteriza: negativamente, por la falta de propósito o voluntad de dañar y, positivamente, por la imprevisión de un daño que era previsible para el agente o, si lo previó, por la omisión de las diligencias necesarias, que las circunstancias imponían, para evitarlo.

El concepto de culpa es inseparable del concepto de daño en materia de responsabilidad civil. “Donde no hay daño, no puede hablarse de culpa”.

Culpa civil y penal. Concepto.

La noción civil de culpa coincide con la que resulta del Código Penal, que condena la negligencia, la imprudencia y la impericia, que constituyen las formas de la culpa.

Solo una de ellas es suficiente para calificar de culposa la conducta; suelen darse casos en los que aparecen dos o las tres formas:

Negligencia: Es una actitud negativa; es omisiva, contraria a las normas que imponen determinado comportamiento al profesional, de quien se espera solicitud, sagacidad y hasta imaginación para la debida atención del paciente.

Imprudencia: Contrariamente, es una acción conductual positiva, pues el médico será imprudente cuando se exceda en la prestación requerida; es una acción de la que debía abstenerse o que se ha realizado de manera inadecuada, precipitada e inoportuna.

Impericia: Es una actitud negativa, carencial, es la incapacidad técnica, la falta de destreza y conocimiento suficiente, para el ejercicio de determinada profesión.

Jorge Alberto Riu resumiendo dice: “El médico podrá observar una conducta profesional culposa, ya sea por defecto, como sucede en la impericia y negligencia o por exceso en el caso de la imprudencia”².

Apreciación de la culpa

En el Derecho Romano, en su época clásica, se estableció el sistema de apreciación de la culpa in abstracto “que consistió en graduarlas según diversos tipos de comparación”. Este sistema de apreciación -que se conservó en el antiguo derecho francés y en las Leyes de Partidas- divide la culpa en: grave o lata (en la que puede incurrir el hombre común); leve (puede incurrir el padre de familia); y levísima (la que solo podría evitarla una persona muy diligente).

En el sistema de apreciación en concreto o subjetivo, la culpa se aprecia en relación al sujeto, sin comparaciones con ningún tipo abstracto, y sujetándose a sus condiciones personales y a las circunstancias de tiempo y lugar.

Este último era el seguido por el Código de Vélez en su Art. 512; el Art. 421 del Código Civil Paraguayo consagra el mismo sistema de apreciación.

No obstante el enconado debate creado entre los tratadistas, sobre los dos sistemas tradicionales de apreciación de la culpa, Alfredo Orgaz nos dice: “En definitiva, la separación neta entre ambos sistemas de apreciación de la culpa es más bien puramente verbal. En la aplicación práctica, ni el sistema objetivo o abstracto, prescinde de la naturaleza de la obligación, de las circunstancias de personas, tiempo y lugar, ni el sistema subjetivo o concreto deja de comparar la conducta del agente con la del individuo de diligencia normal ordinaria”³.

² Riú, Jorge Alberto, RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS, pág. 45.

³ Orgaz, Alfredo, LA CULPA, pág. 133.

De acuerdo con el sistema de nuestro Código (Art. 421), el sentenciador, en cada caso concreto, debe apreciar las circunstancias personales, el tiempo y lugar y la naturaleza de la obligación.

Las circunstancias personales

El contrato médico supone una confianza especial. El paciente, cuando puede, elige la clínica, sanatorio o al profesional con la confianza de hallar la debida atención. En la apreciación de la culpa deben pues considerarse las condiciones personales -externas o internas- del médico. Entre las externas: la reputación personal del profesional, su especialización, y entre las internas, que no son aprehensibles prima facie: la inteligencia, experiencia, capacidad, cultura, etc. Estas circunstancias personales “permiten graduar el límite de la previsibilidad”. La mayor obligación de prever está en relación con los antecedentes personales.

Las circunstancias de tiempo y lugar

El espacio y el tiempo, indispensables para apreciar los hechos en las diferentes ramas de la ciencia, son muy importantes en el derecho, sobre todo cuando el magistrado debe considerar la culpa.

El tiempo histórico, cronológico, psicológico, debe tenerse muy presente. No se puede comparar a un médico que actúa en un medio rural o un médico de familia de comienzos de este siglo, con el profesional que cuenta con las facilidades que da un sanatorio, un hospital moderno. La actualización de criterio será pues indispensable, en la evaluación del juzgador. El tiempo psicológico la urgencia de la intervención es una circunstancia que el juez debería tener presente, pues puede ser considerado como un atenuante.

El lugar, el espacio, es otra circunstancia cuya evaluación es importante. No son idénticas las circunstancias, y sus implicaciones, del ejercicio profesional en Asunción, con las que cumple el médico en zonas inhóspitas, y alejadas, donde las condiciones del medio estrechan el ámbito profesional del médico.

Naturaleza de la obligación

Ella repercute no solo en la apreciación de la culpa sino también en la carga de la prueba, según se trate de obligaciones contractuales o extracontractuales, de medios o de resultados, tal como lo hemos referido en capítulos anteriores.

En el ejercicio profesional de la medicina se presentan problemas, que el médico necesariamente debe darles una solución. Estas atenciones de especial dificultad son las que están reservadas a los especialistas. Estos sectores de la medicina -dice Iturraspe- son los de “alta complejidad” o “los experimentales” que importan soluciones heroicas o drásticas. Así está lo aleatorio del resultado, la imprevisibilidad, lo que permite al médico escapar a la responsabilidad por las consecuencias dañosas. Una intervención quirúrgica -agrega- “con problemas de especial dificultad se vuelve un hecho fortuito, en el cual la extraordinariedad y la irresistibilidad campean. No puede hablarse entonces de culpa”⁴. Como contrapartida a estas situaciones, se presentan los tratamientos técnicos o científicos de rutina que particularmente no son difíciles. Evidentemente que el Juez, al juzgar el caso, deberá considerar la naturaleza de la obligación, en sus múltiples aspectos.

Seguidamente apreciaremos varios aspectos de la culpa médica, que son materia usual de litigios, sobre la responsabilidad civil del médico.

Actualización científica

La ciencia médica ha evolucionado notablemente, día a día se enfrenta a situaciones y realidades que solo parecían posibles en el mundo de la fantasía. Por ello el médico tiene el deber y la necesidad de estudiar e informarse, día a día, acerca de los nuevos métodos,

⁴ Iturraspe, Jorge Mosset, RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO, pág. 204.

técnicas y tratamientos. Consecuentemente, si el médico no se actualiza de los avances de la ciencia, podría ser responsable de esa desidia si llega a ser grosera e injustificada.

Bueres señala que la Corte de Casación Francesa “enfaticó reiteradamente que la atención suministrada a un enfermo ha de conformarse a los conocimientos científicos con vigencia en el momento, salvo que se trate de circunstancias excepcionales”. De allí que el facultativo deba estudiar e informarse permanentemente para estar actualizado acerca de los nuevos métodos, técnicas y tratamientos. En esta profesión, quizá más que en cualquier otra, la información ininterrumpida constituye un deber y una necesidad cuya inobservancia trae aparejada la responsabilidad civil del facultativo”⁵.

Las especialidades

Los médicos -para utilizar el título de especialista- deben reunir y cumplir ciertos requisitos. La Ley Nº 17.132 de la Argentina establece, en su Art. 21, las siguientes condiciones:

a) ser profesor universitario de la materia; b) poseer título de especialista o de capacitación especializada otorgado por universidad nacional o privada y habilitado por el Estado; c) poseer título de “especialista” otorgado por Colegio o Sociedad Médica reconocida de la especialidad y siempre que hagan cumplir las siguientes exigencias: acreditar antigüedad en el ejercicio de la especialización, valoración de título, antecedentes y trabajos y examen teórico y práctico, sin perjuicio de que en cada especialidad, la Secretaría de Estado fije las condiciones mínimas; d) poseer certificado de “especialista” otorgado por la Secretaría de Salud Pública previa certificación de antigüedad de cinco (5) años de ejercicio en servicios hospitalarios oficiales o previamente reconocidos por la autoridad nacional.

Es urgente y necesaria, en nuestro país, la sanción de normas para regular la condición de médico especialista. Para el paciente y

⁵ Bueres, Alberto J., RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS, pág. 237.

para la familia de este habría una garantía de confianza, recurrir al médico especialista, que ha obtenido este título, previo el cumplimiento de los requisitos debidamente establecidos.

No obstante, la falta de regulación legislativa, si el médico insuficientemente preparado decide hacerse especialista en una de las ramas de la medicina, podría comprometer su responsabilidad, a igual que los mismos especialistas, en los supuestos de negligencia, impericia e imprudencia. Por supuesto que, en ambas situaciones, la apreciación del juez sería diferente en consideración a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

Obligación de suministrar atención apropiada

Desde el momento que un médico asume la atención de un caso voluntariamente, por humanismo o por casualidad está obligado a prestar al paciente, los cuidados necesarios, y no debe, ni puede, abandonarlo. Aun en el caso de decidir la no prosecución, tiene la obligación de asistir al enfermo, hasta delegarlo a otro profesional o al servicio correspondiente. En el juramento hipocrático se establece esta obligación. Además, la Declaración de Ginebra, incluida desde 1949 en el Código Internacional de Ética Médica, señala para el médico: “La salud de mi paciente será mi primer cuidado”.

Si el paciente durante el tratamiento, y aún en la operación, rehusa aceptar las disposiciones del médico, esa no es una razón que exima al profesional de su responsabilidad. Bueres expresa: “En lo que hace a la limitación del ejercicio omnímodo del derecho subjetivo personalísimo, cuya materia mediatamente es la integridad física, se resolvió hace muy poco tiempo un caso judicial al cual nos hemos referido extensamente. Una mujer en el trance del parto necesitaba una urgente transfusión de sangre, so riesgo de su propia vida, y el marido, aduciendo motivos de índole religiosa -con placencia de la enferma-, se negó a conceder la autorización necesaria. El magistrado interviniente en el proceso ordenó a los médicos que asistieran a la parturienta -tras los trámites procesales de rigor- que realizaran

todas las diligencias destinadas a salvarle la vida, incluso practicándole la transfusión de sangre, ya que consideró que el Estado no podía permanecer impasible frente a la muerte de una persona”⁶.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal (Sala Civil y Comercial), en el caso citado por dicho tratadista, refirió “que la omisión de todo recaudo apropiado e inmediato para la atención de un paciente en muy grave estado significa violar la obligación de obrar con prudencia y diligencia que incumbe a los médicos y que resulta también exigible a quienes ejercitan ese arte mediante una clínica o institución semejante”.

Información al paciente

Como el quehacer del médico se relaciona con los bienes más preciados del ser humano, el médico está en la obligación de explicarle al paciente el tratamiento, el diagnóstico y eventualmente los resultados que espera obtener, por ejemplo, de una intervención quirúrgica, sin ocultar los riesgos; pero la amplitud y el grado de esta información es esencialmente variable, dependiente ante todo de la naturaleza de la intervención proyectada. Si se trata de un esfuerzo de salvación, de una tentativa aleatoria, el cirujano, ante todo, deberá crear un clima favorable, midiendo las reacciones que sus opiniones pueden provocar. Si la intervención es simplemente útil, corresponderá al facultativo ser más preciso en sus informaciones; debe señalar los riesgos que se pueden presentar, muy raramente, pero no del todo hipotéticos. Cuando la intervención puede ser considerada “como un lujo”, el médico que tendrá que informarle al paciente de una manera muy precisa, señalándole todos los riesgos, incluso excepcionales, se corren con esta intervención, por ejemplo, de cirugía estética. La información variará según el grado intelectual del sujeto, de sus aptitudes para comprender y de su estado psicológico.

⁶ Bueres, Alberto J., Op. cit. en 4, pág. 240.

Es difícil señalar una línea de demarcación, entre lo que se debe hacer y lo que se puede hacer en materia de la información al paciente. Podemos preguntarnos dónde se determina esa línea demarcatoria, esa línea que divide la verdad sin reservas, porque si esa información puede salvar al enfermo, puede también abatirlo y matarlo. En muchos casos será necesario atenerse al humanismo del médico y a su conciencia profesional.

Alexander Soljenitsyne, en el “Pabellón de los cancerosos”, hace decir a uno de los enfermos del hospital, que un médico le ha salvado la vida, diciéndole lo que él creía que era verdad: que no tenía más de tres semanas de vida; este enfermo decía que sintió en ese momento trágico de su vida, que este médico le había devuelto el sentido de su dignidad y responsabilidad de hombre. A la inversa, cuando fue advertido que padecía de cáncer, el Dr. Freud con indignación decía a su médico: ¿Con qué derecho me dice Ud., eso?⁷.

Negligencia e historia clínica

El ejercicio de la profesión le crea al médico obligaciones para que los enfermos y también con la sociedad, razón por la que sus actividades están sujetas a la supervigilancia y control de las autoridades competentes, mediante reglamentos, normas y otras disposiciones.

El médico no solo debe tener los conocimientos profesionales debidamente actualizados, sino también a su experiencia debe unir la destreza necesaria, de acuerdo con los medios y el lugar en que actúa.

Si entre sus deberes está el de informar al paciente sobre el diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad, también tiene la obligación de estudiar, y en su caso abrir, la historia clínica del enfermo, que es la relación escrita de las condiciones en las que se halla el

⁷ Maurois, André, DISCURSO A LOS MÉDICOS, pág. 387.

paciente, sus antecedentes, análisis, el examen médico, el diagnóstico, la evaluación del tratamiento, la participación u opinión de otros profesionales, todo sistemática y detalladamente llevado.

El médico, la clínica o los sanatorios también deben registrar - en su propio interés- la historia clínica del paciente, la omisión no es, en sí, un supuesto de responsabilidad, pero será un factor importante para determinarla, en casos side “mal” praxis, impericia, imprudencia, etc.

Estas negligencias, de tipo administrativo, podrían superarse estableciendo normas para llevar una historia clínica, en la que figuren, en lo posible, todos los detalles que puedan ilustrar al médico de la familia o al profesional que recién se hace cargo de un caso. Estas previsiones beneficiarán al médico, al paciente y también a los institutos asistenciales, tanto como los perjudicará la omisión de una historia clínica.

Los médicos acreditados y expertos llevan verdaderas historias clínicas en forma de ficheros, en los cuales clasifican sus observaciones personales, los resultados de laboratorio, de las radiografías, etc. y podemos suponer la amplitud que alcanzaron estas historias clínicas, con la técnica de la informática que ayudará a perfeccionar estas actividades.

Error de diagnóstico

Si el diagnóstico es propiamente la determinación de la dolencia del paciente, de sus caracteres y de sus causas, compromete la responsabilidad del médico el error objetivamente injustificable que derive de su ignorancia, de un examen insuficiente del enfermo. Yungano cita el siguiente ejemplo: el caso del paciente con cuadro febril prolongado que cursa con cansancio y signos cardiacos, cutáneos y neurológicos -que luego muere por endocarditis bacteriana- al que no se le realiza un hemocultivo, examen de capital importancia ante tal

cuadro. Sin embargo, cuando se trata de un error de apreciación subjetiva en un caso científicamente dudoso u opinable del tema o materia, el médico no será responsable.

Un médico compromete su responsabilidad, si su diagnóstico es planteado con ligereza; en efecto, no puede escudarse en la buena fe un error manifiesto y grosero sobre puntos y técnicas enseñados y admitidos por el conjunto del cuerpo médico. En regla general, un médico compromete su responsabilidad si procedió a un examen superficial y ligero, o si él descuidó los procedimientos habituales de investigación o de control.

Leonardo A. Colombo, sintetizando la orientación de algunos fallos dictados en la Capital Federal República Argentina señala las siguientes ideas: 1) el médico que se equivoca no es, en principio, responsable de su error, salvo que este sea craso e inexcusable; 2) el diagnóstico fallido no es tampoco imputable cuando se tomaron las precauciones necesarias para evitarlo y no se puso de relieve la ignorancia en la materia; y 3) no es dable exigir al médico más de lo que pueden requerirse al común o promedio de las personas que ejercen la misma profesión y especialidad⁸.

Descuidos pre y posoperatorios

Los cuidados posoperatorios, según los entendidos, tienen una gran importancia para la recuperación del paciente. El médico tiene la obligación de asistir, guiar y aconsejar al enfermo en este período, y en caso de abandono o negligencia, es culpable.

En el período posoperatorio, el cirujano es responsable de las consecuencias que puedan presentarse e imputables a su descuido, negligencia o impericia. El cirujano tiene el deber de disponer los cuidados particulares que corresponden al estado personal de cada enfermo, y supervigilar su ejecución. El cirujano debe actuar a tiempo, para impedir o remediar las complicaciones que pueden presentarse

⁸ Colombo, Leonardo A., LA CULPA AQUILIANA, pág. 282/3.

en el operado. Será responsable si da de alta al paciente precipitadamente, sin advertirlo suficientemente de los cuidados que aún exige su recuperación.

La CN Civ., Sala A, 29.07.77, en el caso “Biedma, Alberto c/ Clínica Bazterrica”, condenó a la entidad demandada al pago de la pérdida de la capacidad laboral y del agravio moral sufrido por el actor, porque durante el posoperatorio en la clínica demandada, se produjeron secuencias de inusitada gravedad que hicieron peligrar su vida, con gran déficit de la función visual (ojo derecho con “visión luz” y el izquierdo con agudeza natural 1/10) no mejorando con cristales, por habersele inyectado penicilina sin habersele hecho la prueba inmunológica. Se expresa en la sentencia que “la sola omisión de efectuar las pruebas de posible realización autoriza a calificar de culposa la conducta del obligado a hacerlo”, omisión de una diligencia exigida por la naturaleza de la obligación y según lo disponen los Arts. 512 y 902 del Código Civil (ver E.D. 74-561).

El cirujano no responde solamente de su acción durante la operación. Antes de la intervención, debe tomar las precauciones exigidas por la ciencia y la prudencia. Podía haberlo preparado insuficientemente, o haber actuado en base de informes incompletos, de análisis defectuosos, si estas circunstancias se dieron, seguramente postergará la intervención, hasta subsanar estas condiciones. Salvo el caso de urgencia, si no dispone de todas las informaciones necesarias y de los medios de seguridad habituales, el cirujano tiene el deber de posponer la fecha de la intervención.

Iturraspe cita un caso interesante, tramitado en la CAM. 2a. Civ. y Com. La Plata, 5/08/1958.

Se imputa al médico negligencia. Al practicar un raspaje perfora en tres partes el útero y el intestino de la paciente; a la vez, descuida el posoperatorio al autorizarla, antes de la intervención, a retirarse más tarde si se sentía bien; por último, le da instrucciones sobre la forma en que debía obrar para ocultar lo sucedido a los padres de la enferma, la que muere días después de una peritonitis. El

Tribunal entiende que incurre en negligencia quien no proporciona al enfermo los cuidados adecuados, conforme con su buen criterio, con el estado de la ciencia y las reglas del arte.

El tribunal reconoce que “existen dificultades prácticas en la determinación de la responsabilidad médica, no solo por la reticencia, reserva y circunspección con que los profesionales de la medicina suelen juzgar públicamente la labor de sus colegas, y su eventual inclinación a eximirlos de culpa, sino también por la facilidad con que, en ese campo particular de la actividad profesional, es dado disimular la negligencia o imprudencia”.

Descuidos o actitudes culposas

La exposición de casos prácticos en esta materia es abundante, muchas veces contradictoria y otras “deficiente técnicamente hablando”.

Entre los numerosos y variados casos citaremos los más una radiografía; frecuentes: error en la interpretación de despreocupación en el control de un tratamiento; empleo de equipos que no se hallan en las condiciones debidas; inobservancia de los recaudos para una buena asepsia; entrega de recetas equivocadas; falta de precauciones al ordenar el empleo la aplicación de productos que producen reacciones; negligencia en el control de la aplicación del yeso, que suele producir gangrenas; falta de atención al resultado de los análisis previos a una intervención quirúrgica; falta de atención a los diagnósticos previos de los cirujanos. Estos y otros hechos pueden producir daños, los que comprobados imponen al médico la obligación de reparar.

Los “oblitos” u olvidos quirúrgicos

Los oblitos, son esos olvidos de retirar compresas, instrumentos, u otros cuerpos extraños en las intervenciones quirúrgicas.

Los Mazeaud y Tunc “refieren que originariamente los tribunales admitieron, en ciertos casos, la exoneración de la responsabilidad

médica, partiendo de la base de que el estado en el que se encontraba la cirugía no resultaba factible utilizar procedimientos infalibles para evitar este tipo de accidentes. Luego la justicia -con total razón- fue mostrándose mucho más severa en situaciones de tal índole, al entender que existen mecanismos adecuados a fin de prevenir los “oblitos”⁹.

Para De Cupis, por el contrario, son de aplicación las normas comunes, que hacen al médico responsable de “toda culpa”, en casos de olvido de una pinza en el vientre del operado, etc.

Estos casos de negligencia, estos “oblitos” se presentan con mayor frecuencia entre algunos profesionales prestigiosos y de éxito. Con el correr del tiempo y el ejercicio feliz de su profesión, desarrollan una especie de omnipotencia, de suficiencia, que les impide detenerse en detalles, que son los que justamente hacen descuidar el sistema de garantías y precauciones.

Secreto profesional

El secreto profesional médico es un deber que nace de la esencia misma de la profesión; es la obligación que se impone a todos los miembros del cuerpo médico, de no revelar nada de lo que ellos conocen en ocasión del ejercicio de su profesión.

“Durante el tratamiento, y aún con posterioridad a él, extinguida la relación médico paciente, aparece el deber del médico de guardar secreto”.

La reserva absoluta, salvo los casos previstos por la ley, es un deber jurídico contemplado en los Códigos de ética profesional. Si el médico no tuviese una discreción sin reservas, el enfermo podría vacilar en confiarle ciertos detalles que pueden ser absolutamente necesarios para plantear un diagnóstico o seguir los efectos de un tratamiento.

⁹ Bueres, Alberto J., Op. cit. en 4, pág. 245.

La violación del secreto médico, si causa daños o perjuicios, compromete la responsabilidad profesional.

Iturraspe señala las causas justas para revelar lo que el médico ha conocido en el ejercicio profesional:

1) La declaración como testigo; 2) contestando una demanda sobre responsabilidad civil; 3) al realizar una pericia; 4) cuando ha sido comisionado para reconocer el estado físico o mental de una persona por autoridad competente; 5) cuando se trate de denuncias destinadas a evitar que se cometa un error judicial; 6) denuncia de enfermedad infecto- contagiosa ante autoridad competente; 7) al expedir certificado de defunción; 8) al informar sobre una autopsia solicitada por autoridad competente; 9) cuando actúa en calidad de funcionario de sanidad¹⁰.

En el caso del secreto profesional, también se plantean situaciones nuevas que requieren soluciones nuevas, por ejemplo, para abonar honorarios, las compañías de seguros y las obras sociales piden frecuentemente con otras informaciones, el diagnóstico, internación, etc.

Inobservancia de los reglamentos y los deberes del cargo

Lamentablemente, suele ser frecuente el incumplimiento de los reglamentos. No son excepciones aquellos abandonos del lugar de trabajo y el descuido en el cumplimiento de los deberes se considera como una falta de orden administrativo, y evidentemente lo es en tanto que no provoque daños y perjuicios al paciente y a la institución.

Este incumplimiento de normas y deberes provoca la omisión o las deficiencias en las historias clínicas, lo que puede malograr un buen diagnóstico, perjudicando al enfermo. Y entre otros ejemplos se puede citar el empleo de productos no conocidos ni autorizados por la

¹⁰ Iturraspe, Jorge Mosset, Op. cit. en 3, pág. 144.

autoridad sanitaria, lo que puede acarrear consecuencias lamentables. La omisión de obtener la conformidad del enfermo y/o de sus familiares, cuando sea necesario, ya sea para una intervención quirúrgica o para determinados tipos de terapéutica, puede producir daños. Estos y otros antecedentes conocidos imponen no olvidar que es un deber de ética profesional, fiscalizar el cumplimiento de las indicaciones y prescripciones del médico.

Otros supuestos de los que se puede inferir la culpa médica

Al margen de los supuestos mencionados, la noción de culpa - en cuanto encierra una deficiencia de conducta- aparecería tipificada cada vez que se conmoviera el ordenamiento jurídico que, en nuestro caso, se halla integrado por las disposiciones pertinentes del Código Civil, del Código Penal, del Código Sanitario y otras normas concordantes a las que nos hemos referido en el desarrollo del presente trabajo.

Conclusión

Analizados los elementos de la responsabilidad, y de la culpa en particular, llegamos a la conclusión que el médico será responsable civilmente por los daños causados por los hechos propios, dolosos o culposos, o por los daños de sus representantes legales y de las personas que hubiere utilizado en el cumplimiento de la obligación o por los medios empleados, en las condiciones relacionadas precedentemente.

Aparentemente, la situación así planteada resulta sencilla; pero no es así, porque frecuentemente surgen nuevas realidades, hasta hace poco imprevistas e imprevisibles, y a las que no se les puede aplicar las normas actuales consagradas por nuestras leyes.

Hay un consenso nacional e internacional, para enfrentarlas, hecho que pesa en nuestro ánimo y que nos obliga a sostener, en este trabajo, aún sea reiterativamente, que los legisladores deben llenar

con previsión estos vacíos legales, tema que ampliaremos oportunamente.



Los derechos de Autor en el mundo contemporáneo

Pensamientos Iniciales-Referencias Históricas

Dr. Pedro Gamarra Doldan¹

Los derechos del autor o bien los derechos intelectuales, claramente definidos en la antigüedad como poder, propiedad y patrimonio de los autores, editores, herederos o cesionarios de la obra creada por un intelectual o artista, se hallan en la actualidad afrontando todos los signos de una aguda y profunda crisis.

Los convenios internacionales que en el pasado - principalmente la Convención de París (1878)- buscaron definir y enmarcar ante el autor y la humanidad dicho derecho, así como dotarlo de un campo proteccional universal, a que tenían mérito los creadores, intelectuales etc., estableciendo el procedimiento reivindicatorio y persecutorio contra la edición pirata, el plagio, y la forma de reciprocidad autoral entre naciones para reinscripciones, etc.

Toda esta armonía de creación y protección, no corrió mayores altibajos en los primeros años dado que el problema fundamental no llevaba mayores dificultades, ya que estos eran principalmente problemas de la obra editada, impresiones sin autorización, reediciones no autorizadas, algún disco que no pago derecho etc., pero en general la función policial era relativamente fácil, y el intelectual podía en forma sencilla, recurrir a debida de su obra. En la antítesis de esa seguridad se la protección hallaba el hecho de que el mercado comprador de obras culturales era relativamente pequeño (excepto Europa Y EE.UU.), dado que las ediciones eran limitadas, e impuesto este hecho por el público relativamente escaso. Solo Francia, EE.UU.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 26/27-1989.

y España, con un caudal de lectores más apreciable, ofrecían posibilidades a las inconsecuencias autorales. La constante de edición era principalmente y casi únicamente, se puede decir a través de la imprenta. Todo siguió así hasta bien entrado este siglo.

La aparición del fonógrafo -hacia 1900- y la popularización del tocadisco, la radio hacia 1940 -y más luego la televisión hacia 1950- y más cerca aún, del cassette, fotocopadoras y computadoras -desde 1960- han introducido una gama variada y cada vez más continua de reproducir una obra literaria y artística, con lo que el estatuto legal con que se pretendió proteger la obra autoral, se fue volviendo un mecanismo de difícil, cuando de no, imposible control. Ello lleva a decir que el derecho del autor, tomándolo no solo en su aspecto teórico, sino también de defensa se halla en aguda problemática, al laxos los medios de defensa con que se cuentan.

Sin embargo, el derecho no puede abdicar, y convertirse solo en una declaración simbólica sin tener su contrapartida protectora. Por ello la obra creativa, autoral e intelectual, por provenir de los trabajadores de la mente, es el barómetro más sincero, para indicar la actuación legal (protección y sanción) y fijar la real valía de la legislación positiva vigente en un país. Un análisis imparcial del nuestro en ese campo, habla a las claras que este necesita actualizarse, profundizar su posesión, para significar algo y no ser solo letra muerta, justamente ante la clase intelectual de una nación.

En nuestro medio, solo el Código de Vélez, implantado en el siglo pasado, acogió en su seno algunos artículos vinculados al caso en sí, pero sin intentar crear un área propio del derecho. Esa oportunidad se hallaba a disposición de la ley especial, que se promulgó en 1951, Ley N° 94, o conocida como Ley “Chaves”, por haber sido promulgada en época del entonces Presidente Federico Chaves, y quererle atribuir a ese político el mayor rasgo de la defensa autoral. Paralelamente surgió una entidad, Autores Paraguayos Asociados, agremiación esta en la que sus primeros momentos militaron con gusto y convicción distinguidos intelectuales y artistas. El númen jurídico de ambas creaciones (La Ley y Apa) fue el Prof. Dr. Alfonso

Capurro, notable jurista nacional, que merece estudio acabado por su brillante trayectoria profesional. El Dr. Capurro se hallaba dotado de un claro, profundo y medido sentido del valor de las ciencias jurídicas en el desarrollo de los pueblos. Era él, a no dudarlo, de una profundidad notoria, fuera de lo común, y con una especialidad poco frecuentada entonces en el país -los derechos de autor-. Fueron, sin duda, elementos auspiciantes en favor de la obra del Dr. Alfonso Capurro, su ático conocimiento del manejo de la Lógica y la Filosofía del ahondar en el Derecho, como caminos coadyuvantes para verdadero sentido de las palabras; la exegis de las leyes y de la hermenéutica jurídica, lo tornaron un inquieto hombre de la toga.

El Dr. Capurro, autor del anteproyecto de la Ley 94/ 51, convertido luego en texto de ley, llenó el vacío que el mismo encontró en la legislación nacional así como satisfizo la inquietud que desde la década del 30, escritores y artistas: (Facundo Recalde, Natalicio González, Dora de Acuña, José Concepción Ortíz, José Asunción Flores, Herib Campos Cervera), quienes entre otros prohicieron la creación de grupos y núcleos culturales que buscaban obtener una legislación nacional protectora de la obra autoral.

La aparición de la Ley (año 1951) y casi simultáneamente la entidad gremial -APA- institución esta que en sus primeros años, a través de la presencia de señeras figuras en su seno, se dotó en poco tiempo de un local propio, editó prestigiosa revista, y pagó los derechos autorales inscriptos en sus registros, con una puntualidad digna de encomio. Solo el devenir de los años fue reduciéndola a ella, al magro límite que desde hace más de 20 años a quedado enmarcada: A ser solo la reunión de algunos artistas del género musical, recojiendo numerosas quejas sobre los pagos de los beneficios autorales, siendo los beneficiarios en su mayor cantidad los músicos inscriptos en esa Asociación, ya que practicamente solo a la cobertura musical la misma se dedica; la revista que hace 30 años editaban ha desaparecido, y mayores actividades en pro del progreso comercial se le desconocen. A más de 30 años de su creación no ha logrado crear una Biblioteca Musical Nacional, tan siquiera.

Si la ley autoral no es usada con mucha frecuencia, y la que debería ser la agremiación de todos los escritores y artistas (APA) no logra constituirse en tal, tenemos por otro lado que la Dirección de la Propiedad Industrial, dependiente del Ministerio de Educación y Culto, se fue tornando poco a poco en instancia de verdadero cuño administrativo, la que en forma somnolienta ve discurrir los días, sin que siquiera a él acudan los obreros de la creación, en pos del otorgamiento de su talento de propiedad. Si el ente inscriptor administrativo, diere mayor ímpetu a su rol, con una difusión acabada de esta; si la Ley especial 94/51 y el Código Civil Paraguayo en los capítulos que lo atañen, establecieran una verdadera protección autoral, y si APA (Autores Paraguayos Asociados) fuera realmente un cumular de artistas e intelectuales bajo un mismo techo, con una fuerza equivalente a la que tiene; por ejemplo la Sociedad Argentina de Escritores (SADE), sus similares del Brasil y Uruguay, muy otra sería la realidad autoral en nuestro país.

El Código Civil Paraguayo, de reciente puesta en vigencia, como una muestra del desgobierno e incuria en que se hallan las Leyes del Autor, introdujo en el Título VII, Libro IV, Arts. 2165 a 2187 algunas novedades no muy ponderables en cuanto al manejo de esta rama del Derecho se refiere. No se creó una nueva legislación, más holgada ajustada a los tiempos, sino que se estableció una cohabitación jurídica de la vieja Ley Especial con el Código.

Con lo dicho tenemos que en el país los Derechos del Autor ocupan un reglón menor, una posición de pariente pobre, respecto a los otros campos del derecho, que se enmarcan más en lo crematístico, la protección patrimonial, y no a la defensa del intelectual.

También se ve que, en nuestro país, existe escasa, cuando no nula discusión sobre la paternidad de una obra autoral: Se colige que esta vale poco, o que es numericamente despreciada por los autores interesados o herederos. La obra autoral (prosa, poesía), casi no se inscribe, tampoco las artes plásticas. Las reediciones de una obra muy conocida del Dr. Teodosio González, por la reclamación que sobre ella dio una pariente a dicho texto pareció sacar de la modorra

recientemente a este capítulo del Derecho. Existe una pobreza muy pronunciada en la redacción de cesión de derechos autorales, contratos de edición, de representación, etc. Ciertas ediciones piratas (fotocopiadas principalmente) no han ocasionado una persecución in extremis del hilo inicial del hecho delictivo. Ello nos lleva a la conclusión que al momento los derechos del autor se hallan desmometizado y desmoralizado, los titulares de los mismos por haberse acostumbrado a vivir y coexistir con esas restas de derecho y beneficios.

¿LA CIENCIA ENTRA EN CONFLICTO CON EL AUTOR?

Paralelamente, en el mundo entornal, el avance de las máquinas de reproducción y creación: fotocopiadoras, cassettes, computadoras, y otros medios modernos, parecieran indicarnos que el avance de las ciencias de repetición o reproducción, colicionan con el derecho a la protección de una obra. Pareciera que el impulso inventivo del hombre, no fuere acompañado de una legislación que se actualize permanentemente, y precautele estas circunstancias.

El escaso mercado nacional para el mundo del libro nativo, y desde luego el arte de la misma factura minimizan por imperativos económicos el drama de la reproducción sin licencia. Pero la legislación de un país joven, que tiene la ventaja de vivir entre dos países de mayor desarrollo y experiencia en el área, podría haber dotado a la ley nacional, de medios represivos y sancionadores auténticos, en todo lo que se refiere a piratería de libros, discos, cassettes, programas de computación, que están en el extranjero en el orden del día, y aquí comienza a ser también manifiesto, según se exhibe públicamente en nuestras principales arterias.

Lo expuesto nos lleva a la pregunta de este tramo: ¿El de si la Ciencia, puede ser enemiga del Autor? Nos respondemos diciendo que: Nunca podría ser ello así, si ocurriera que al mismo tiempo la ciencia avanza, tiene que surgir una ley actualizada y previsoría del devenir inventivo inmediato de los hombres.

¿LA CIENCIA TORNA DEPENDIENTE DE SI AL INTELECTO?

Al avanzar como ocurre hoy en día, los adelantos científicos, corre de sí que el derecho no puede seguir con exactitud y propiedad, la prevención de la prevención de las circunstancias futuras que puedan ocurrir. También es notorio que el Código Civil Paraguayo, pudo por su juventud incorporar en su estructura, una amplia legislación avanzada y previsor, y darle así un marco proteccional, elástica, a las nuevas posibilidades inventivas de la ciencia, por un lado, y los caminos sinuosos del fraude, por el otro.

En nuestro país el delito autoral no es muy extenso, salvo en lo que a textos colegiales o universitarios refiere, pero en lo que a cassettes o video-cassettes se trata, el mismo es mucho viajar. El delito se halla ya presente. Nadie se queja en demasía, porque nadie en nuestro país pretendió vivir de derechos de autor. Pero ello restringe la investigación autoral, y la dedicación a esa sólo actividad humana.

Por ello nos preguntamos si ¿la ciencia entra en conflicto con el autor?

Lastimosamente el Código Civil no atinó siquiera a definir el marco jurídico del software, microchips, y otras formas de crear centrales, bancos de datos contables y jurídicos. El régimen de funcionamiento y aceptación de los nuevos sistemas contables, que no sea vía revisión Impuesto a la Renta, y su convalidación judicial, se reduce a ello, nada protege a los programas novedosos de computación.

La ciencia, creada por el hombre, avanza sola por los caminos de la inventiva humana, pero la falta de una legislación flexible, o constante, la hace tornar sospechosa ante los derechos de la inventiva, la imaginación y el intelecto.

LOS VIDEO-CASSETTES

De un tiempo a esta parte nuestros tribunales han atendido peticiones de amparo, querellas criminales, otras formas disuasivas

o protectoras, vinculadas a regrabación de video-cassettes, que han pagado en el exterior la tributación pertinente, y que aquí se regraban, sin ningún tipo de abono.

Recientemente se realizó en Venezuela una reunión convocada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), entidad vinculada, como es sabido, a las Naciones Unidas, y de cuyo resultado emergió una “Convención Universal sobre el Derecho de Autor”, en una de cuyas resoluciones se dio una recordación a los estados miembros de aplicar efectivamente normas de todo tipo (civiles, penales) que pongan fin, o a lo menos disuadan a la piratería.

El inicio, entre repetitivo y llamativo, en nuestros tribunales de este delito audiovisual, demuestra a las claras que estamos en vísperas de una figura delictiva, que por ya intuida o corrida debe ser disuadida, a través de medios coercitivos. Del tenor de esta voz es la exposición de Ricardo Antequera Parilli, en su obra: “La regrabación de video-cassettes”, y de Antonio Chaves: “Cassettes y Video-cassettes, derecho de autor, principio de la remuneración”. El primer autor, venezolano, y el segundo brasileño, son especialistas en las materias que nos ocupan.

El Dr. Antonio Chaves, en su obra ya citada, enfocó el problema de las xerocopias, perfectas, brillantes, que nos permiten acceder a obras a bajo costo, de otra forma inaccesibles. El Dr. Chaves, maduramente, manifestó que el Derecho del Autor, por justo que sea, en ningún momento puede crear una legislación que se oponga al desarrollo técnico y económico; a su vez el autor debe contar recursos persecutorios o indemnizatorios contra el abuso o uso indebido de una obra que le corresponde. La solución está en cada caso que las legislaciones establezcan recaudos legales con que proteger el derecho de autor, y la concurrencia de todos los países a los foros internacionales, de los que emergen convenciones, las que, de no mediar obstáculos, deben ser suscriptos con rapidez por todos los asistentes, de modo tal que exista colaboración internacional concordante en los métodos represivos.

LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO

El escritor, el artista, las dos formas creacionales básicas, que dieron pie a las convenciones internacionales en el siglo pasado, fueron quedando, numéricamente mermadas, por compositores y cantantes que en discos dejaron su arte, luego el celuloide, los cassettes, los video-cassettes y su reproducción en familia de una película; las computadoras etc., van creando un campo de acción tan amplio, por lo que la definición, hoy en día, no debe ser sobre áreas ceñidas de creación, sino legislar en protección, todo lo que es producto de originalidad e intelecto. En el mundo moderno, el intelectual que cultiva modismos tradicionales (escritor, etc.) van perdiendo posiciones ante la creación de la informática más acorde con la rutina del mundo moderno, en realidad, legislar con una previsión de 30 o 35 años, se tornó algo difícil e improceso. Pero es a partir de los módulos tradicionales de crear, que debe surgir en el país una legislación coherente, flexible, receptora de una experiencia vívida, y que pueda cubrir así todas gamas posibles de creación y preveer los hechos a tiempo futuro. En la medida que que pueda cubrir así todas las gamas posibles de creación no solo protegeremos la obra intelectual, sino que la ayudaremos a desarrollarse. El capítulo de cual hoy hablamos es el de los Derechos de Autor, y hemos excluido en ese rubro el mundo de la informática y la ciencia, la transferencia de tecnología, el nombre social y el nombre comercial, las patentes de invención, y la concesión de uso internacional de estas. Todos ellos serán gama de estudios posteriores. Para concluir, recordemos a los jueces y juristas de nuestro medio, que la ley tipo que regula el derecho de Autor y la protección de su obra, es la llamada ley modelo de Túnez, que cienen en el desarrollo de sus 18 artículos, la acumulación de 100 años de experiencia mundial. En estas formas internacionales debieron abreviar los juristas del Paraguay, cuando quisieron actualizar nuestra legislación en la materia, y cuando deseen dar solución a este campo del derecho.



El debido proceso

Adolfo Alvarado Velloso¹

Sumario

1. El fenómeno jurídico y su definición negativa
2. Aproximación a una definición positiva
3. El concepto del proceso
4. Los sistemas procesales
5. Los principios procesales
6. Las reglas técnicas procesales
7. La definición del debido proceso

1-EL FENÓMENO JURÍDICO Y SU DEFINICIÓN NEGATIVA

La idea del debido proceso muestra a un fenómeno jurídico de la mayor importancia, del cual hablan todos los autores y que, sin embargo, aún no ha podido ser definido con precisión absoluta, de modo tal que su sola mención muestre inconfundiblemente su contenido por ser irrepetible en el mundo del Derecho.

La adjetivación debida aparece históricamente contenida en norma de rango constitucional en la cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales dice en su parte pertinente que no podrá someterse a una personas dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales, tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, no se le privara de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 28-1989.

Este mandato figura nuevamente en el texto de la 14ª Enmienda (ahora como restricción al poder de los Estados Unidos), donde se utilizan palabras diferentes: "...ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la libertad, o la propiedad, sin el debido procedimiento jurídico.

El ejemplo de estos textos fue prontamente seguido en todo el curso del movimiento constitucionalista que se desarrolló vertiginosamente en las Américas: durante todo el siglo pasado se consagraron Cartas Políticas que se otorgaron como máxima garantía judicial la inviolabilidad del derecho a la defensa en el juicio.

Y esta tesitura normativa continua hasta el presente en todas las constituciones que rigen desde el Rio Grande hasta tierra del Fuego contienen el derecho aludido utilizando al efecto casi las mismas palabras.

Para poder explicar su contenido, constitucionalistas de todas las épocas comenaron a hablar del debido proceso, trasladando a nuestra lengua técnica el concepto contenido en la máxima norma norteamericano, aunque nótese bien ningún texto consagra esa misma y exacta formula.

De allí que eximio constitucionalista argentino haya tipificado como una garantía innominada, afirmando al mismo tiempo que es el único derecho constitucional que no ha podido ser definido positivamente en todo el curso de la historia jurídica del país.

Esa afirmación se refleja fielmente en la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales que para moldear una causal de arbitrariedad respecto de un pronunciamiento judicial, ha dicho hasta el cansancio que no es debido proceso aquel en el cual no se escuchó a una de las partes o se le privó de ejercitar un medio de defensa o uno de prueba o del derecho de alegar cuya sentencia no resultó congruente con el litigio, etc.

En otras palabras: se han dado siempre definitivamente negativas que, a lo sumo, pueden llegar a mostrar parcialmente el fenómeno que nos interesa, pero nunca la totalidad.

Todo ello nos ha llevado de la mano al manejo de graves imprecisiones conceptuales que, como tales, permiten luego sostener las interpretaciones más encontradas.

Una idea clara de lo que sucede respecto de la imprecisión apuntada puede encontrarse en frase de distinguido magistrado que afirmaba años atrás: “A diferencia de algunas reglas jurídicas, el debido proceso no concepción técnica con un contenido fijo, sin relación al tiempo, al lugar y a las circunstancias imperantes, pues la noción de debido proceso no puede aprisionarse dentro de los límites traicioneros de cualquier fórmula. Al representar una profunda actitud de Justicia entre hombre y hombre y, más particularmente, entre hombre y gobierno, el debido proceso está constituido de razón, del curso pasado de las decisiones y de la profunda confianza en la fuerza de la fe democrática que profesamos”.

Pues bien; retóricamente, la frase es bellísima. Técnicamente, no solo dice nada, sino que constituye la negación misma del proceso y de la ciencia procesal.

La actitud no es aislada: prestigiosa doctrina de este siglo ha definido al proceso como drama o como misterio o como algo que se sabe dónde está, pero no qué es.

2. APROXIMACIÓN A UNA DEFINICIÓN POSITIVA

Si algún autor intentare hoy pasar a afirmativas las definiciones negativas utilizadas jurisprudencialmente, no tendría más remedio que armar el respectivo concepto a base de un mínimo inventario de las frases hechas acuñadas por los más altos tribunales y que permiten que cada una de las causales de arbitrariedad opere como una suerte de verdadero estándar jurídico (el derecho a la jurisdicción, el exceso ritual manifiesto, la cuestión institucional suficiente, etc., que la mayoría de las veces sirven para abrir la competencia de alzada

cuando esta es legalmente infranqueable; o a la inversa las presentación oportuna de la cuestión constitucional, su mantenimiento en todas las instancias del pleito, la autosuficiencia del escrito recur-sivo, etc., que la mayoría de las veces sirven para cerrar la compe-tencia de alzada cuando esta es legalmente franqueable).

Por supuesto, no estoy tratando de demeritar el notable y pro-fundo sentido de Justicia que lleva a un máximo tribunal hacia una actuación equitativa en cada caso justiciable; simplemente quiero de-mostrar la base desde la cual puede partir cualquier definición que hoy se intenta dar.

En esta tesitura, se podría decir que el debido proceso supone el pleno derecho a la jurisdicción que, como tal, es imprescriptible, irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obliga-ciones ni por sentencia; que tal derecho implica el libre acceso al tri-bunal, la posibilidad plena de audiencia, la determinación vía del lu-gar del juicio, el derecho del reo de explicarse en su propia lengua, la obtención de un público, eficaz, sin dilaciones y adecuado a la natu-raleza del caso justiciable, la seguridad de contar con asistencia le-trada eficiente desde el momento mismo de la imputación, la plena posibilidad de probar con la utilización de todos los medios legales procedentes y pertinentes.

Pero hay algo más: supone también que la sentencia sea dic-tada por un juez objetivo, en forma completa (referida a todos los he-chos esenciales con eficacia decisiva y al derecho aplicable), legítima (basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales), lógica (adecuada a las reglas del pensamiento lógico y a la experiencia co-mún), motivada (debe ser una derivación razonada del derecho vi-gente con relación a la pretensión esgrimida y en función de los he-chos probados en el proceso) y congruente (debe versar exclusiva-mente acerca de lo pretendido y resistido por las partes).

Esta última referencia a la sentencia es de la mayor importan-cia pues cuando en un caso concreto no se cumplen sus cualidades

esenciales, aquella es tachada de arbitrariedad, concepto jurisprudencial cuyos parámetros generadores constituyen también otras tantas frases hechas inteligentemente acuñadas por la jurisprudencia (y así, una sentencia es arbitraria cuando no decide acerca cuestiones oportunamente planteadas por las partes, acerca de cuestiones no planteadas, constancias del proceso, o incurre en auto contradicción o pretende dejar sin efecto decisiones anteriores firmes, o el Juez se arroga en ella el papel de legislador, o prescinde del texto legal sin dar razón plausible alguna, o aplica normas derogadas o aún no vigentes, o da como fundamentos pautas de excesiva latitud, o sustenta el fallo en afirmaciones dogmáticas o en fundamentos que solo tienen la apariencia de tal, etc.).

Como se ve, se trata de una simple enunciación más o menos detallada de vicios contenidos en las actividades de procesar y de sentenciar que, además, son aglutinados en una misma idea no obstante que ostentan obvias y profundas diferencias lógicas y materiales.

Por mi parte, creo que la solución del problema de definir el concepto de debido proceso debe pasar por la presentación inconfundible de la idea que lleva ínsita el sustantivo (proceso) y no el adjetivo (debido). De lograr su obtención, se convertirá en estéril todo el inventario que he hecho precedentemente.

3. EL CONCEPTO DE PROCESO

La palabra proceso es una de las más multívocas y, por tanto, equívocas de las que se usan en el lenguaje técnico jurídico (con ella se menciona a una particular relación de derecho públicos-relación procesal-, a un procedimiento determinado -proceso de divorcio-, a un tipo procedimental -proceso ejecutivo-, a procedimientos que no son procesos actos de jurisdicción voluntaria-, a un expediente o dossier, etc.)

El problema no es novedoso ni unitario: la palabra técnica acción tiene por lo menos cuatro acepciones:

1) Es el legítimo derecho que respalda a la pretensión del actor (concepto típicamente civilista, de donde se extrae la existencia de una “acción” de deslinde, de “acción” de nulidad, de una “acción” de reducción, etc.)

2) Es el título de crédito representativo de cada una de las partes en que se divide el capital de ciertas sociedades (concepto propio del derecho comercial).

3) Es el elemento físico de ejecución material y externa del delito (concepto propio del derecho penal).

4) Es el medio de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe (concepto propio del antiguo pensamiento procesal).

Para mayor complejidad del problema, también se utiliza la palabra acción como sinónimo de pretensión, derecho, de demanda, y de facultad.

Además, usualmente se la califica de acuerdo con el derecho: acción cambiaria, acción penal, acción civil, en caso de delito, etc.

Otro tanto ocurre con el vocablo jurisdicción, que se emplea corrientemente para:

1) Indicar el ámbito territorial en el cual el Estado ejerce su soberanía;

2) Señalar el territorio en el cual cumple sus funciones un juez;

3) Mostrar el conjunto de prerrogativas de un órgano del poder público;

4) Evidenciar la aptitud que tiene un juez para entender en una determinada categoría de pretensiones;

5) Tipificar la esencia de la función de juzgar.

Y no se detiene allí el fenómeno descripto: también ocurre con las palabras abandono, apremio, absolución, carga, competencia, prueba, etc. etc.

Como se puede apreciar, todo lo contrario de un lenguaje científico: aquí, lo multívoco conduce al equívoco. De ahí que muchos diálogos entre juristas no sean otra cosa que conversaciones entre sor-dos.

Por todo ello es que creo que, en orden a hacer ciencia procesal y no simple exegesis procedimental, solutamente necesario brindar un concepto claro, unívoco e inequívoco de la institución procesal.

Si se acepta que el derecho procesal científico halla su exclusivo punto de partida en el concepto inconfundible y elemental de la acción procesal caracterizada como una instancia de necesaria bilateralidad, será sencillo aceptar también que el proceso, como medio pacífico de debate dialéctico que tiene como razón de ser la total erradicación del uso de la fuerza ilegítima en una sociedad que intenta una convivencia armoniosa, no es otra cosa que una serie lógica y consecencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad.

Sin necesidad de agotar ahora la explicación de tal concepto, que bien analizado dice todo, lo que importa aquí es destacar algo que surge obvio de su contenido: el proceso, como medio de discusión que es, debe desarrollarse entre dos partes situadas en posiciones antagónicas y ante un tercero que actúa en carácter de autoridad (legal o convencional)

Cualquier cosa que se le parezca pero que no reproduzca exactamente tal afirmación, será un simple procedimiento, pero no un proceso.

Y es que el concepto de procedimiento es puramente jurídico y común a todas las instancias que pueden ejercitarse ante cualquier funcionario (administrativo o judicial) y siempre constituye una serie de actos predeterminados por el legislador y que sirven como modelo patrón para que sean reproducidos invariablemente por los interesados.

El concepto de proceso, en cambio, excede el campo de lo jurídico: es lógico ya que por su vía se trata de debilateralizar la unilateralidad del procedimiento. De ahí que quepa hablar de procedimiento como género y del proceso como su especie: se trata siempre de un procedimiento seguido por dos sujetos necesariamente antagónicos ante un tercero.

Lo que muestra tal concepto, entonces, es la existencia de un fenómeno que no se repite en todo el campo del Derecho: supone lógica y esencialmente la presencia contemporánea de tres sujetos determinados.

Insisto en que no ocurre otra cosa igual en todo el orden jurídico. Adviértase que la tarea de legislar supone la actividad de un sujeto determinado (el legislador) y la generalidad abstracta de sujetos indeterminados que cada uno individual y eventualmente, encuadrará o no en la norma que se emita. Repárese también en que la tarea de administrar supone la actividad de un sujeto determinado (el administrador) y de otro sujeto también determinado o determinable (el administrado): en cada uno de ambos casos existen claramente dos sujetos o grupos de tales, indeterminados, determinados o determinables, pero solamente dos.

Si el proceso es la única figura jurídica que requiere para su existencia la contemporánea presencia de tres sujetos determinados, no cabe analizar su naturaleza jurídico pues se trata de un concepto incomparable (igual el concepto de acuerdo o de obligación). Por tanto, el proceso es simplemente el proceso. Y punto.

Siendo así, toda la institución que se desarrolle a partir de su idea debe contar con principios propios, a raíz de los cuales se podrá efectuar su regulación legal que, en orden a la esencia de la figura, lógicamente no puede ni debe ser contingente.

Esta afirmación lleva de la mano a la presentación de otro problema cuya elucidación es de la mayor importancia para desentrañar la problemática del tema.

Si se lee atentamente cualquier obra general de derecho procesal se advertirá que la doctrina casi universalmente aceptada analiza a los principios procesales como o implícitamente las grandes directrices que expresa brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar dados.

En este tema donde se puede apreciar cabalmente y toda su magnitud la plena y permanente vigencia del principio meta jurídico que se conoce con la denominación de alternatividad: como el contenido de cada norma implica la solución legal a un problema de convivencia, cada problema puede generar distintos interrogantes en orden a diferentes, y, las más de las veces, antagónicas. De que el legislador deba optar siempre por una menos dos soluciones (por ejemplo, una sociedad incipiente puede verse en la disyuntiva de legitimar o no las uniones de parejas; si decide normar la primera hipótesis, debe optar entre regular la unión en forma homo o heterosexual, si opta por la última debe elegir ahora una de tres posibles regulaciones: monogamia, poligamia o poliandria; en cualquier caso, debe optar luego entre aceptar O no la disolución del vínculo matrimonial, etc., etc.)

Para normar el proceso como medio de debate, el legislador común debe elegir entre algunas de las alternativas que se presentan como respuestas posibles para solucionar los interrogantes que se pueden formular al respecto: ¿Quién debe iniciar el proceso?, ¿Quién lo impulsará?, ¿Quién lo dirigirá?, ¿Habrà que imponer formalidades para el debate?, en su caso, ¿Cómo se discutirá?, ¿Quién y cómo lo sentenciará?

Insisto en que cada pregunta admite por lo menos dos respuestas. Y, naturalmente, el legislador optará por la que se halla acorde con la filosofía política que la inspire.

Tales respuestas son conocidas doctrinalmente con la denominación de principios, entre los cuales cabe aceptar la posibilidad de

vigencia de los siguientes: iniciativa, igualdad, disposición, autoridad, legalidad, moralidad, bilateralidad, oralidad, inmediación, publicidad, adquisición, etc. Los que he mencionado a guisa de ejemplo tienen su natural contrapartida: a la legalidad se le opone la libertad; a la oralidad, la escritura; a la inmediación, la mediación, etc.

Si se analiza ahora el contenido de cada uno de tales “principios” y se lo compara con los demás, se advertirá que con la palabra “principios” se mencionan a las más diversas, algunas de las cuales nada tienen que ver con las otras. Y esto no es bueno para la adecuada comprensión del tema y, sobre todo, para la del propio fenómeno procesal.

Lo que corresponde hacer, entonces es indagar la esencia misma de cada uno de estos llamados principios a fin de poder meto-
dizarlos adecuadamente.

Y cuando ello ocurre se comprende que con tal palabra se mencionan indistintamente a tres cosas diferentes: sistemas, principios y reglas técnicas de debate y de la actividad de sentenciar.

4. LOS SISTEMAS PROCESALES

Un sistema es un conjunto de principios que deben armonizar entre sí para que aquel pueda lograr la coherencia interna que es necesaria para la obtención de eficiencia en su aplicación a una finalidad dada.

Los sistemas conocidos son dos, obviamente antagónicos: positivo e inquisitivo.

El primero se forma a base de la armonización de algunos principios cuya plena y efectiva vigencia hace a la esencia misma del sistema: igualdad de las partes e imparcialidad del juzgador. De allí se derivará la iniciativa y el impulso de los propios interesados, la delimitación del tema a decidir, la congruencia de la resolución, etc.,

siendo siempre acompañados de ciertas reglas necesarias para implementar materialmente la tarea de procesar: oralidad, inmediatez, etc.

El segundo parte de dos ideas básicas que son filosóficamente antagónicas con las del anterior: no existe igualdad entre las partes ni absoluta imparcialidad del juzgador. De allí se derivará la iniciativa y el impulso a cargo de la autoridad, la posibilidad de una sentencia incongruente, la escritura, el secreto de la instrucción.

Si se conoce cabalmente el origen y la finalidad del sistema inquisitivo y, en forma muy particular, de operar durante más de setecientos años (la inquisición fue creada en 1184 y rigió plenamente como tal hasta 1869), no podrá dejar de concluirse en que es esencial que la mente perverso y generador de las mayores monstruosidades que mente humana haya podido concebir usando para el máximo de maldad.

Pero se advertirá también que disposición e inquisición son sistemas lógicos, filosóficos, políticos y moralmente incompatibles de incompatibilidad total. Por tanto, no es factible imaginar racional y lógicamente un sistema mixto al cual se llegó por varias razones: la secular tradición del Santo Oficio y la abundante literatura jurídica que fundamentó y justificó su actuación, la plena vigencia del sistema inquisitivo en la época en la cual empieza a aparecer la legislación patria y la indudable fascinación que el sistema provoca en regímenes totalitarios que, al normar para el proceso, dejan de lado al hombre común para erigir al propio Estado como centro y eje de aquél.

Sin embargo, la legislación procedimental de todos los países de América del Sud -para hablar solo de esta parte del continente- ostentan un carácter mixto: una normativa referida a lo penal fuertemente inquisitiva y una relativa a lo civil predominante dispositiva, pero con muchos caracteres propios del sistema inquisitivo.

A riesgo de predicar en el vacío, mantengo la esperanza de ver alguna vez revertido este estado de cosas. Y ello por simples y obvias

razones: los constituyentes de 1853 normaron en función de la dolorosa historia vivida en el país tratando de evitar desde la propia Constitución la reiteración de los errores y de las aberraciones del pasado. Buena prueba de ello se encuentra en los artículos 29 y 95.

Acorde con los textos constitucionales de la época, la idea que tuvieron de la actividad de procesar no puede ser más clara, más pura ni concebirse más liberal: adoptaron el juicio por jurados, acordaron la igualdad ante la ley, remarcaron la inviolabilidad de la defensa en juicio, establecieron el principio del juez natural y el del estado de inocencia, prohibieron la condena sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho motivante del proceso, etc.

Acorde con la letra expresa y dentro del espíritu que exhibe la Constitución, todo ello muestra que su meta era -y es- un proceso regulado con las modalidades ya explicadas y que remarcaré seguidamente: un fenómeno jurídico que enlaza necesariamente a tres sujetos, dos de ellos ubicados en situación de igualdad y otro en la imparcialidad (lo cual no ocurre jamás en el seno de la Administración y en el campo judicial) solo cuando adopta el sistema dispositivo o acusatorio.

Pero esta afirmación exige la explicación del tema siguiente.

5. LOS PRINCIPIOS PROCESALES

Para desarraigar la confusión que existe entre sistemas, principios y reglas técnicas, corresponde ahora establecer qué son los segundos.

Una primera y simple conceptualización del tema indica que se trata, simplemente, de puntos de partida.

Pero, así como nadie puede caminar hacia ninguna parte (siempre que lo haga tomará alguna dirección: hacia adelante, hacia arriba, etc.) ese punto de partida debe ser visto en función del destino que se intenta lograr (en el derecho privado esto se llama causa eficiente fin).

Si lo que se desea es regular el desarrollo de un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas (para descartar así el uso de la fuerza ilegítima de una sociedad dada) ante un tercero que heterocompondrá el litigio, si es que no se disuelve por alguna de las vías posibles de autocomposición, formular los principios necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directrices fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema.

Así concebidos, los principios procesales -propriadamente dichos, sin importar ahora las denominaciones confusas que he consignado precedentemente- no pueden ser más de cinco:

- 1) La **igualdad** de las partes litigantes;
- 2) La **imparcialidad** del juzgador;
- 3) La **transitoriedad** de la serie consecucional;
- 4) La **eficacia** de esa misma serie;
- 5) La **moralidad** en el debate.

1) **El principio de la igualdad de las partes:** esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter dual del concepto de parte) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia).

Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres, es consustancial de la ideológica de proceso que el debate se efectúe en pie de perfecta igualdad.

Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el derecho de igualdad ante la ley, prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etc., y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad: el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, etc.

En el campo del proceso, igualdad significa paridad de oportunidades y de audiencia; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.

2) El principio de imparcialidad del juzgador: de tanta importancia como el anterior es este, que indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar 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; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia).

3) El principio de transitoriedad del proceso: nadie puede dudar que el proceso es un remedio para solucionar los conflictos que ponen en peligro la convivencia armónica de quienes integran una sociedad dada. Pero ello no significa que constituya un bien en sí mismo: cuando alguien está afiebrado se sabe que la temperatura ingiriendo aspirina en la dosis necesaria que, de ser excedida, puede ocasionar nueva enfermedad.

Lo mismo sucede con el proceso: su duración como medio de debate debe estar adecuadamente equilibrada lograr que actúe como remedio sin ocasionar nuevo Conflicto. De ahí que todo proceso deba ser necesariamente transitorio, significando ello que alguna vez ha de terminar sin posibilidad de reabrir la discusión.

La serie procedimental puede ser más o menos dilatada en el tiempo; pueden sucederse varios grados de conocimiento. Pero es imprescindible que en algún momento se la ponga punto final que sea definitivo para todos: partes y juzgador.

Y esta es una directiva fundamental del sistema que si se instrumenta a base de estos principios: toda normativa procedimental

debe estar regulada en orden a lograr -y lo antes posible- la terminación del proceso, al efecto de lograr el aquietamiento de las pasiones enardecidas.

4) El principio de eficacia de la serie procedimental: para que el proceso pueda funcionar como adecuado medio de debate es imprescindible que la serie consecucional que lo instrumenta sea apta para que en ella se desarrolle armónicamente el diálogo querido por el legislador.

Para que una serie procedimental sea eficaz a este efecto deba estar constituido por los pasos elementales que han sido aceptados como tales en todo tiempo y lugar: afirmación, negación, confirmación y evaluación.

5) El principio de moralidad procesal: si la razón efecto debe estar constituida por los pasos elementales que el legislador norme un medio de debate en el da ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa artería o traición. De ahí que la regla moral deba presidir el desarrollo del proceso, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de vida jurídica.

Hasta aquí la enunciación de los principios procesales, que se caracterizan por instrumentar directivas que siempre son unitarias (en tanto no admiten la existencia de otras que sean antagónicas), lo cual la diferencia de las reglas que expondré seguidamente y que siempre se presentan binarias.

La importancia de esta concepción radica en la circunstancia de que un proceso solo es tal cuando se desarrolla conforme a la totalidad de los principios enunciados.

Insisto en ello: si las partes no actúan en pie de igualdad, o si el juzgador no es imparcial, o si la actividad de procesar no tiene un punto final predeterminado, o si la serie adoptada para su desarrollo no su desarrollo no es eficaz para actuar el debate o, finalmente, si la discusión se realiza al margen de la regla moral, se estará ante un simple procedimiento y nunca ante un proceso.

Ello significa que, no obstante tener la denominación de tal, su resultado no podrá ganar jamás los efectos propios del caso juzgado. Después de muchos años de importante tarea doctrinal en tan sentido, ya hace tiempo que la Corte nacional ha llegado a esta conclusión al anular una sentencia ejecutoriada - imposible de pensar hasta ese entonces- por haber sido emitida en una parodia de proceso (que no respetó en el caso los dos primeros principios antes enunciados).

6) Las reglas técnicas procesales: En forma paralela a los principios enunciados precedentemente, existen otras líneas directrices que se presentan siempre he invariablemente en forma binaria o como pares antinómicos.

Y es que cada una de las preguntas que he formulado antes respecto del debate judicial -en rigor, acerca del procedimiento y no del proceso- admite siempre dos res- puestas antagónicas (oralidad o escritura; mediación o Inmediación, libertad o legalidad de formas, etc.). A consecuencia de ese carácter binario antinómico, cuando el legislador opta por una de las posibles reglas desplaza automáticamente a su contraria, en razón de que no pueden coexistir actitudes que se autoexcluyen (no se puede hacer y no hacer al mismo tiempo). Esto no implica que no puedan sucederse en etapas diversas del proceso (por ejemplo, una es escrita y la siguiente oral).

A estas líneas directrices y que se muestran acabadamente diferentes de las enunciadas en calidad de principios, se les asigna la denominación de reglas técnicas del debate procesal y, por razones obvias, ostentan una importancia sensiblemente menor que la de los principios: sin estos no hay proceso; pero habiéndolo, poco importa ontológicamente que el medio de expresión usado ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, por ejemplo, en tanto que la respectiva regla no desnaturalice la esencia misma del proceso.

La antinomia que presentan todas las reglas de debate se correlaciona íntimamente con la incompatibilidad esencial existente entre los sistemas dispositivo e inquisitivo

De tal modo, los componentes de cada par antinómico se corresponden habitualmente con uno de los sistemas procesales (por ejemplo, la publicidad es propia del sistema dispositivo; el secreto, del inquisitivo).

Luego de haber caracterizado a los sistemas, a los principios y a las reglas, creo que ha llegado el momento de sostener que no es factible afirmar, al menos congruente y fundadamente, que todas las garantías y derechos constitucionales que antes he enumerado rijan dentro del sistema inquisitivo (propio de las regulaciones penales en casi toda América), pues al posibilitar que sea el propio juez quien inicie de oficio una investigación imputando a alguien la comisión de un delito, por ejemplo, y al mismo tiempo permitir que dicho juez resuelva por sí acerca de su propia imputación, viene a resultar algo obvio: el juez es juez y parte del mismo tiempo. Y hasta el menos avisado puede advertir que lo que ello genera no es un proceso (de tres) sino un simple procedimiento que une solo a dos sujetos: El juez acusador y el reo. Y que no se intente desvirtuar esta afirmación so pretexto de que la intervención fiscal suple la auto sentencia del tercer sujeto, pues entonces la ecuación se vuelve más ilógica y aberrante: en función de acusador, el juez está colocado en el mismo bando en el cual milita el fiscal, de donde la mentada igualdad constitucional es una mera ficción.

Insisto reiterativamente: no obstante la afirmación precedente, que no puede ser desvirtuada con razonamiento lógico jurídico (aunque sí con argumentación política y caprichosa), la antigua vocación .por el totalitarismo que tan persistentemente ha mostrado el legislador americano, lo ha llevado a dictar regulaciones normativas que, al permitir la coexistencia incoherente de sistemas antagónicos, descartan per se la vigencia del debido proceso al establecer para un sinnúmero de casos simples procedimientos judiciales a los cuales se les adjudica -indebidamente- la denominación de procesos.

Pero como las cosas son lo que realmente son, sin que importe al efecto cómo se las llame, no creo que ello sea suficiente para que

se acepte con alegría y buena voluntad un sistema filosóficamente erróneo, políticamente nefasto y jurídicamente inconstitucional.

7) La definición positiva del concepto de debido proceso: si se abandona el criterio ya tradicional que define negativamente a la idea lógica del proceso y se lo quiere hacer positiva y técnicamente, resulta sencillo sostener que el debido proceso es solo aquel que se adecua plenamente con el simple concepto de proceso que se puede instrumentar a partir de la aceptación del sistema dispositivo o acusatorio con los principios esenciales que ha de tener en cuenta como puntos de como puntos de partida para lograr la coherencia interna que todo sistema requiere para su existencia como tal. En el caso, basta exigir que haya dos sujetos que actúen como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que sea realmente un tercero en la relación litigiosa y que, consecuentemente, se comporte siempre como tal.

En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso (lógicamente concebido) que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional.

Como ya se comprenderá, esta concepción, que no por sencilla es errada, hace que resulte inútil todo el inventario que hice antes al respecto de cada estándar jurídico acuñado por la jurisprudencia, pues todos ellos muestran a la postre una conculcación de uno de tales principios.



Mandatos y poderes

Lucila Ortiz de Di Martino¹

El libro 3 Capítulo 7 Art. 880 del Código Civil dispone que por el mandato una persona acepta de otra el poder para representarla en el manejo de sus intereses o en la ejecución de ciertos actos.

En el Código de Vélez se decía que una persona daba poder a otra, que acepta, expresión no tan feliz, ya que el contrato no está en dar poder sino en el hecho de aceptarlo. Además, se acepta porque se otorga. No es el ofrecimiento el que hace nacer el contrato del mandato, sino su aceptación, ya que recién ahí concuerdan las voluntades (Contrato acuerdo de voluntades)

En suma, aunque el concepto no varió, ha mejorado la definición empleada en nuestra legislación.

También se expresa en la misma que un poder, es decir, un instrumento del mandato.

Se habla igualmente de representación, ya que en principio todo mandato supone representación del mandante por el mandatario, este actúa por cuenta y a nombre de otro. Pero puede (según Borda) mandato sin representación: el mandato oculta, cuando el mandatario actúa a nombre propio, simulando adquirir para sí los derechos que en realidad adquiere para su mandante, recurso del que las personas suelen valerse para hacer posible la adquisición de un bien el propietario no quiere o no puede vender al mandante. En este caso son de aplicación las reglas generales sobre simulación, es decir el empleo del testamento será lícito o ilícito según que la simulación esté o no destinada a burlar la ley o perjudicar a terceros (Art. 305

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 28-1989.

del Código Civil). Igualmente puede existir representación sin mandato. Como por ejemplo el representante legal de los incapaces. Aunque algunos autores dicen que en estos casos el mandato proviene de la ley, existe mandato legal no convencional.

FORMAS DE OTORGAR EL MANDATO

a) Expresa: dentro de esta forma podemos citar de una manera especial los que deben ser hechos por Escritura Pública (Art. 700 inc. del Código Civil) cuando se trate de poderes generales o especiales para representar en juicio voluntario o contencioso o ante la administración pública o el P.L., para administrar bienes, contraer matrimonio, reconocer o adoptar hijos o que tenga por objeto actos otorgados o que deban otorgarse por Escritura Pública. en menos palabras: ante los tres poderes del Estado, para el derecho de familia o por regla que lo accesorio sigue a lo principal. (146 DEL LIBRO)

Para los casos no comprendidos en los citados, se infiere que puede usarse el instrumento privado, caso en que no será necesario el doble ejemplar porque el acto de apoderamiento es unilateral.

Tampoco hay inconveniente en que se otorgue un mandato en blanco, es decir, bajo la forma de un documento suscrito en blanco por el mandante, quedando ambas partes en situación de quienes otorgan y reciben un documento firmado en tales condiciones; esto es: obligación del mandatario de llenarlo de acuerdo a las instrucciones recibidas, limitaciones al derecho del mandante a impugnar el contenido que no se ajusta a sus instrucciones de conformidad con las reglas de los Art. 402 y siguientes del Código Civil.

b) Tácita: cuando el mandante por hechos inequívocos, inacción o silencio, no impida, pudiendo hacerlo, que alguien gestione sus negocios o invoque su representación. Esta figura podría confundirse con la gestión de negocios, pero la diferencia radica en que en la gestión alguien, sin estar obligado, asume a sabiendas la gestión de otro, la continua y concluye según el interés y voluntad presumible del

dueño, mientras este no pueda (Art. 1808 C.C.). En suma, una gestión de negocios puede convertirse después en un mandato tácito y viceversa, pudiendo concluir este tema resumiéndolo así: en cuanto el dueño pueda actuar por sí será mandato tácito, en cuanto que no pueda será gestión de negocios.

FORMAS DE ACEPTARLO

De igual manera, la aceptación puede ser expresa o resultar del cumplimiento de los actos encomendados al mandatario. Existe también la presumida por la ley (*juris tamtum*) cuando aquel a quien se propone reciba el instrumento de un poder para cumplirlo o los objetos o valores que se refieren a él, sin declinar el ofrecimiento.

Si el negocio encargado al mandatario fuere de los que por su oficio o su modo de vivir aceptare regularmente, deberá tomar, aun cuando se excusare, las providencias conservatorias urgentes que exige el negocio (Art. 881 C.C.).

SUJETOS: MANDANTE Y MANDATARIO

El mandante debe ser capaz para disponer o para administrar, según que el mandato tenga por objeto actos de disposición o administración y esto se opera en virtud de la elemental regla de que nadie puede dar a otro mayor derecho que el que uno mismo tiene. No olvidemos que los actos del mandatario que obra dentro de los términos de su mandato se consideran como realizados por el propio mandante (Art. 901 C.C.).

Respecto del mandatario, sin embargo, nuestro Código dispone que un menor que haya cumplido 18 años de edad puede ser mandatario (Art. 882). El punto que fue tratado en disposiciones contradictorias en Vélez, se aclara en nuestra legislación actual disponiendo que la única incapacidad permitida es la edad, una regla que tiene larga tradición jurídica y que se explica, porque es claro que el mandante que obra con plena capacidad y aptitud mental para dirigir sus

negocios se cuidará de elegir un mandatario que pueda cumplir satisfactoriamente la función que le encomienda.

Solo que en este caso (mandatario incapaz) el mandante se obliga respecto del mandatario como de los terceros con quienes este hubiere contratado y no podrá demandar al mandatario por incumplimiento o rendición de cuentas, salvo lo que hubiere convertido en por las acciones derivadas de actos ilícitos. Esto en su provecho o significa que la ley autoriza a las personas capaces a valerse de un mandatario incapaz, pero deben hacerlo a su propio riesgo, salvo ilicitud de actos o enriquecimiento sin causa.

OBJETO

En el Código de Vélez, el objeto podían ser solamente actos jurídicos, apartándose así del derecho romano, en el que el objeto también consistía en la realización de actos materiales. Nuestro Código vuelve al derecho romano y lo hacen igualmente así el francés, el español, el suizo, el alemán, el peruano y el venezolano.

Pero en el derecho romano el mandato es eminentemente gratuito, nace de la amicitia. En nuestro Código hasta se lo presume oneroso (Art. 880) y esto da lugar a que pueda ser confundido con la locación de servicios. De haber aceptado nuestro codificador únicamente como objeto los actos jurídicos, no hubiera dado pie a esta confusión.

CLASES

El mandato puede ser concebido en términos generales en cuyo caso solo comprende los actos de administración y en términos especiales para todos los actos que no sean de administración. Esta última parte no está legislada con los términos por nuestro codificador, pero se infiere de la interpretación que se hace al Art. 883 del C.C.

Entendemos igualmente que la enumeración que hace el Art. 884 en carácter taxativo ya que el Art. 883 es claro en el sentido de que el mandato general solo comprende los actos de administración,

por consiguiente, cualquier acto excluido de ese precepto debe ser motivo de un poder especial.

Es bueno, sin embargo, que el poder especial no implica la especialidad en el objeto, sino en cuanto a la naturaleza del acto como, por ejemplo: comprar, vender, transar, prorrogar jurisdicciones, dar en arrendamiento por más de cinco años (Vélez decía seis), etc.

Nada impide, sin embargo, al mandante, especificar si así lo desea designar al mandatario qué bien comprar o vender, pero la ley no lo exige.

Para los únicos casos en que se exige, además de la especialidad en cuanto a la naturaleza del acto, la especialidad de los bienes, es cuando se trata de hacer donaciones (Art. 884 inc. f) en que el poder expresará los bienes que se donaren y el nombre de los beneficiarios y en el caso de revocación de donaciones ya hechas, en que debe designarse al donatario (inc. g del mismo Art.). Para estos casos, se explica que así sea, pues de otro modo resultaría al mandatario imposible el cumplimiento de su cometido, y nadie está obligado a lo imposible.

Ejemplificando decimos que un poder, es especial y uno para administrar un inmueble, es general.

No es, repito, la designación de tal o cual objeto, lo que hace a la especialidad en esta materia, sino el hecho de que se trate de un acto de disposición o administración. De esto inferimos que es muy importante tener la noción de los actos de administración o de disposición y siguiendo en este tema a Alfredo Orgaz concluimos que cuando el objeto es hacer rendir a los bienes los beneficios que normalmente pueden conseguir los mismos, respetando su naturaleza y destino, nos encontramos ante un acto de administración. En cambio, cuando se disminuye o modifica sustancialmente los elementos que forman el capital del patrimonio o que comprometen su porvenir por largo tiempo, estamos ante un acto de disposición.

No existe duda alguna que en un mismo instrumento pueden otorgarse poderes generales con cláusulas especiales y viceversa. Y aunque muchas veces se los denomine solamente “poderes generales” no es la denominación lo que hace a la naturaleza del acto otorgado, sino que este conste de los elementos requeridos por la ley para constituir dicho acto. Dicho en otras palabras, la economía instrumental no es causa de nulidad de los actos jurídicos, siempre que estos llenen todos los requisitos exigidos por la ley para su validez. Con idéntico criterio, en un mismo instrumento se pueden otorgar por ejemplo dos compraventas o más o se pueden cancelar hipotecas y constituir nuevas, etc.

PLURALIDAD DE CONTRATANTES

a) **De Mandatarios:** La regla, consignada en el Art. 888 del Código Civil es que el nombramiento es sucesivo, vale decir, si el mismo instrumento se hubiesen nombrado dos o más mandatarios, se comprenderá que la designación fue hecha para ser aceptada por uno solo en el orden en que están indicados.

Por excepción y deben consignarlo así, los mandatos serán otorgados conjunta, separada o alternativamente (inc. a), b) y c) del Art. 888 del Código Civil).

Dentro de la forma separada puede darse la indistinta o dividir la gestión entre los mandatarios para dividirla entre sí.

b) **De Mandantes:** Según el Art. 903, cuando para un negocio común hubiere varios Mandantes, hay solidaridad entre ellos.

La Sección II de este Capítulo habla de los efectos del Mandato, es decir, de la ejecución del mismo y establece los deberes del Mandatario y del Mandante.

En el Art. 891 se establece que:

1) El Mandatario debe cumplir de la manera más ventajosa su cometido, aunque se salga de los términos del mandato, esta es una solución.

2) El Mandatario debe abstenerse de actuar cuando ello implicare un daño al Mandante.

3) Si no puede cumplir con su cometido, debe tomar al menos las medidas conservatorias e informar al Mandante para esperar nuevas instrucciones.

4) Responde por los daños y perjuicios que hubiere causado, pero no por casos fortuitos ni fuerza mayor. En este caso solamente responde si se trata de dinero (Art. 894 C.C.) excepto que este estuviera en cajas o sacos cerrados.

5) Debe rendir cuentas, aunque el Mandante puede relevarle de esta obligación, pero no por ello el Mandante pierde los cargos que pueda hacer contra el Mandatario.

6) Debe restituir al Mandante todo lo recibido de él y aun lo que recibió de terceros sin derecho, solución discutible desde el punto de vista moral, ya que alienta al Mandante a quedarse con ganancia ilícita. No está obligado a devolver las instrucciones de su mandato, ya que le servirán de prueba del cumplimiento del mismo.

7) Debe intereses si aplicó en su provecho lo recibido, desde el día en que lo hubiere hecho o si incurrió en mora, según el Art. 893 del Código Civil.

8) Finalmente, no es responsable de la insolvencia de los terceros que contrataron con él, salvo que hubiera asumido esa responsabilidad:

El Mandante debe: Art. 898 del Código Civil.

1) Pagarle la retribución convenida o la que resulte de los aranceles. En defecto de ambos, la retribución será fijada por el Juez.

2) Entregar las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, si el mandatario las pidiere.

3) Reembolsar los anticipos, no obstante que IVIL el negocio no hubiese resultado favorable. La restitución comprende los intereses desde que las sumas fueron adelantadas.

4) Liberarle de las obligaciones que hubiere contraído con terceros.

5) Indemnizarle cuando sin falta imputable hubiese sufrido pérdidas.

Esta sección que hemos visto la tercera sobre la extinción del mandato, deben tema de otra charla por la extensión que abarcan. te

No quiero acabar sin antes mencionar un tócales pico de mucha importancia en el ejercicio de nuestra profesión: se trata de la entrega del testimonio, que normalmente hacemos los escribanos a los mandatarios.

Esta no es una postura correcta a menos que el Mandante nos la haya autorizado al otorgar el poder. Pues, entre el hecho de dar poder y de aceptarlo, pueden suceder muchas cosas, entre ellas el Mandante arrepentirse del acto y no llegar a revocarlo por causas ajenas a su voluntad. Por otra parte, el Mandante es el otorgante, no el Mandatario. Por estas consideraciones, por prudencia es aconsejable que los notarios entreguemos el instrumento al propio Mandante, para que él le dé el destino que le corresponde.

LEGALIZACIÓN

Es el conjunto de certificaciones mediante los cuales un instrumento otorgado fuera del Estado tiene fuerza probatoria y obligatoria dentro del nuestro.

Se origina en la dependencia de donde emana el documento y se van certificando las firmas hasta llegar al Consulado del país donde se usará el documento.

Por tratados se establecen los pasos de la legalización.

En materia de poderes el trámite es el siguiente:

1) La firma del Notario es autenticada el Colegio de Escribanos del país extranjero.

MANDATOS Y PODERES

2) La firma emanada del Colegio de Escribanos es autenticada por el Ministerio de RR. EE.

3) La firma emanada del Ministerio de RR. EE. es autenticada por el Consulado.

Hasta allí el trámite en el extranjero.

Al llegar al Paraguay:

1) Se repone la Ley 1003 para cumplir con las obligaciones fiscales.

2) Se autentica la firma emanada del Consulado por RR.EE. del Paraguay.

3) Se autentica la firma emanada de RR.EE. por el Ministerio de Justicia.

4) Se inscribe en los Registros Públicos que el poder es de los que deben registrarse.

Para enviar el documento al exterior:

Se recorre el camino inverso.

1) La firma del Notario es autenticada por la Corte Suprema de Justicia.

2) La firma del funcionario de la Corte Suprema de Justicia es autenticada por el Ministerio

de Justicia.

3) La firma del funcionario del Ministerio de Justicia es autenticada por RR.EE.

4) La firma emanada de RR.EE. es autenticada por el Consulado del país donde será remitido el documento.



Algunos comentarios sobre el Código Procesal Civil

Dr. José María Cañiza¹

La Ley N° 1337, del 4 de noviembre de 1988, promulgó el nuevo Código Procesal Civil para nuestro país, el que entrará a regir desde el 4 de noviembre del presente año. A escasos dos meses de la vigencia de uno de los Códigos más importantes del sistema jurídico de nuestro país, poco es lo que se ha hecho para divulgar su contenido; y de ahí la propuesta con estos breves escritos de facilitar material para el análisis de algunas de sus principales innovaciones.

Forzosamente, en primer lugar, debemos ocuparnos del ordenamiento de materias en el nuevo Código.

El Código de Procedimientos dividía sus materias Títulos, estos en Secciones, las Secciones en Capítulos y estos últimos en artículos. Puede leerse en este Código que la numeración de los Títulos va del I al XXIX en forma continua, lo que indica la falta de un criterio clasificatorio definido según las materias y explica a la vez los múltiples errores que pueden imputarse a la ordenación de las materias.

El nuevo Código Procesal Civil, divide sus materias criterio bien definido: el de respetar la trilogía de “Acción-Jurisdicción-Proceso”, y a ello responde el contenido de cada división, que se traduce en Cinco Libros, estos divididos en Títulos, los títulos en Capítulos, estos mismos en Secciones y estas en artículos.

La secuencia de Libros-Títulos -Capítulos-Secciones- Artículos, obedece a un criterio de generalidad decreciente, comenzando por lo más general y concluyendo en la unidad. Es útil tomar en cuenta so-

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 28-1989.

bre todo las tres últimas clasificaciones de “Capítulos-Secciones-Artículos” que se ajusta al significado de cada una de estas expresiones, y especialmente, en cuanto modifica el empleo de los vocablos por el Código de Procedimientos que seguí la línea de “Títulos-Secciones-Capítulos-Artículos”.

Por otra parte, el Codificador al clasificar las materias en distintos Libros no ocultó la preocupación de ponderar el número de artículos de cada libro: el Libro I contiene 206 artículos, el Libro II, 231 artículos, el Libro III, 102 artículos, el Libro IV, 235 artículos y el Libro V, 61 artículos. Esta observación, aparentemente nimia, determinó sin embargo la exclusión de algunas materias del Libro I (que podrían haber sido radicadas ahí) “recargando exageradamente ese Libro en detrimento de la armónica distribución de la materia del Código y con daño para su pureza sistemática...” (vide Exposición de Motivos, Proyecto de la Comisión de Codificación del año 1973).

Debe hacerse la salvedad que la decisión de llevar las medidas cautelares y los recursos a otros Libros, como ocurrió, no se sustentaba únicamente en un problema de ponderación del número de artículos de cada libro, sino también y tal vez en el más importante argumento de preservar el orden de la trilogía de “Acción-Jurisdicción- Proceso”, a la que se adhirió el Codificador.

Sin perjuicio de lo dicho, hay que aclarar que inclusión de los “recursos” y las “medidas cautelares” en otros Libros no implica la existencia de razones de carácter técnico procesal que autorice una aplicación restringida de los recursos y medidas cautelares a los juicios contemplados en los libros donde ellas radican, y por tanto estas contingencias generales pueden tener cabida en todo tipo de juicio, (ver exp. de motivos citada). Quede constancia que el tema apenas está esbozado y no se agota en El Libro I, Título I, regula el presupuesto procesal de toda relación jurídica procesal: El órgano judicial y aquí no solo se establecen las disposiciones les sobre la competencia de los jueces, sino también en modo alguno en estas pocas líneas.

El libro I, Título I regula el presupuesto procesal de toda relación jurídica procesal: El órgano judicial y la competencia.

Aquí no solo se establecen las disposiciones generales sobre la competencia de los jueces sino también se incorpora el régimen de las cuestiones de competencia por declinatoria o inhibitoria. En el Código de Procedimientos actual, las cuestiones de competencia estaban reguladas en el Título IX, artículos 346 al 360. Es ilustrativo ver que este es el último título que contiene las normas propias del juicio ordinario, porque desde el título X, con el juicio de jactancia, comienza la regulación en sucesivos títulos que corresponden a los juicios especiales y ejecuciones, sin distinción de unos y otras.

El Título II se refiere al Ministerio Público y del de la Defensa Pública, y el Título III, a las partes y terceros.

En el Título III, se contempla la intervención de terceros y tercerías, lo que viene a suplir un vacío que trabajosamente la doctrina y jurisprudencia procuraban llenar sin tener la orientación de normas específicas. En su momento, corresponderá analizar las conexiones de estos institutos en el sistema del proceso.

El Título IV, “Del Ejercicio de la Acción” contiene solo dos normas: Los artículos 98 y 99. El Art. 98 consagra el principio básico sobre el que descansa el nuevo proceso civil: El de la iniciativa de parte. Dice así: Art. 98. “Principio de iniciativa en el proceso. La iniciativa del proceso incumbe a las partes. El Juez solo lo iniciará cuando la ley lo establezca”.

Habrá que insistir siempre en la trascendencia de esta norma a la esfera de los derechos individuales de la persona en nuestro país, pues recluye la decisión de promover el proceso civil a la iniciativa del individuo no obstante el carácter público del proceso, acentuado este nuevo Código Procesal Civil. La exposición de motivos lo cita explícitamente como una de las bases tenida en cuenta en la reforma.

El Título V se ocupa de los actos procesales y formad de documentación. Esto debe ser objeto de un comentario.

Por último, los Títulos VI y VII regulan los incidentes y las costas, con varias modificaciones con relación al Código vigente. Mirando el lugar que ocupan los incisos la conclusión del procedimiento e inclusive después de dotes (Título VIII) en el Código de Procedimientos, e procedimiento en 2a y 3a Instancias, puede aceptarse el viejo Código simplemente yuxtapuso las materias si algún orden o criterio que avalara la ubicación de ellas Estas citas del viejo Código solo se exponen con un propósito ilustrativo, para evidenciar el progreso en este sentido del nuevo Código antes que como crítica una ley próxima a caer en desuso.

Aquí termina el Libro I, el que como se ve, todas las normas necesarias y útiles para todo tipo de procesos, dejando expuesta la teoría del Codificador sobre la Jurisdicción y la Acción, partes de la Trilogía Estructural que se completa con el Proceso.

El Libro II, se denomina “Del Proceso de Conocimiento Ordinario”.

Este Libro contiene la secuencia de todo juicio ordinario: Diligencias Preparatorias, Demanda, Contestación, Pruebas, etc., culminando con los recursos y el respectivo procedimiento en segunda y tercera instancias. Con esta perspectiva, la distribución de materias no puede ser objetada.

En otra oportunidad en estas páginas, se señalaba que los procesos de conocimiento son dos: el ordinario y el sumario. En el nuevo Código, el proceso de conocimiento sumario es incluido como uno de los juicios especiales, categoría que siguiendo un criterio clasificatorio distingue entre juicio ordinario y no ordinario resulta admisible. Pero si partimos de otro criterio de clasificación, que pareciera más ortodoxo, (de distintos procesos de conocimiento) como se postulaba más arriba, inclusión del proceso sumario se justificaba en este Libro II.

En él se incluyen distintos juicios, voluntarios Los juicios especiales se insertan en otro Libro, contenciosos, lo que puede ser obje-

tado. El criterio guiado fue el de la especialidad del trámite como elemento determinante. Con motivo de la sanción del Código italiano, la “Relación” que le precedió se hacía cargo de estas posibles críticas, y dejaba a la doctrina elaborar los conceptos que facilitarán una distribución más rigurosa.

Estas son algunas observaciones respecto de la sistemática del nuevo Código, además de otras que paulatina- mente se vayan decantando.

En conclusión, el ordenamiento de materias en el nuevo Código está visiblemente mejorado respecto al viejo Código de Procedimientos, lo que podrá verificarse con el uso del nuevo instrumento legal. Esta distribución de materias responde a conceptos teóricos y principios que gobiernan la interpretación de las normas procesales, lo que servirá siempre para guiar al intérprete en la faena de la aplicación de la ley.



Responsabilidad civil del médico. Ejercicio de la acción resarcitoria

Dr. José Raúl Torren Kirmser¹

1.- ENCUADRE JURÍDICO

La relación médico-paciente se origina en la prestación profesional que este recibe de aquél, la cual debe llegar a feliz término, salvo que surjan inconvenientes y el paciente sufra daños, como consecuencia de esa vinculación. En este último supuesto, el médico y el paciente podrían llegar a un acuerdo transaccional acerca del daño resarcible, ya que, si no se comprometiera el orden público, por el principio de la autonomía de la voluntad consagrado por el Art. 715 del Código Civil, y siendo el interés comprometido en la reparación de carácter privado, tal acuerdo sería factible. (1)

Iturraspe señala que lo normal y corriente es que no se llegue a un acuerdo reparatorio extrajudicial. Ello acontece, dice, por una serie de razones: a) el médico aun cuando su responsabilidad aparezca más o menos clara, no está dispuesto a reconocerlo; b) el profesional teme que la admisión de culpa en un evento determinado provoque “una catarata de reclamantes”, y siente un mal ejemplo; c) ni “el sentido común” ni la conciencia jurídica del médico le dictan o imponen el deber de reparar; d) con gran probabilidad el profesional del derecho a quien lleve el caso en consulta, le aconsejaría que no transija; le dirá que solo en casos muy especiales, o excepcionales, un médico ha sido condenado a resarcir; e) si bien el médico no confía en la decisión judicial o tiene en ella solo una relativa fe, espera lograr un ricial, de sus colegas, favorable a sus defensas; y f) no es sencillo

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 28-1989.

acordar acerca del valor de la vida humana y el monto con el cual se compensa el daño moral. (2)

Si bien tales razones dificultan llegar a un acuerdo resarcitorio entre el médico o un centro asistencial y el paciente, la práctica tribunalicia y la experiencia nos han demostrado que, en nuestro país, el profesional de la institución asistencial frecuentemente medicina o una prefieren convenir un acuerdo con el paciente, antes que entrar en litigio, no precisamente, por haber actuado con culpa resarcible en su relación con el paciente, sino tal vez por temor al descrédito, por la mala propaganda que su imagen y prestigio podrían sufrir, especialmente en un medio en el que todos son conocidos; y, en caso de litigio, mientras no se llegue a una sentencia absolutoria, que podría durar bastante tiempo, por mora judicial o por la desidia de los malos profesionales, al médico se le podrían causar daños morales y económicos irreparables.

Así, podemos advertir que en los dos únicos fallos nacionales de los que tenemos noticia, y que se hallan transcritos en el Apéndice de este trabajo, los condenados -una institución asistencial y un profesional médico- no han recurrido de esos fallos condenatorios, a los efectos de que los mismos sean revisados por el Tribunal de Alzada, prefiriendo -presuntamente- soportar los montos fijados en los respectivos fallos, para que el proceso concluya y se archive.

En el supuesto contrario, o sea si no existiese acuerdo de partes, el agraviado y/o sus herederos, o cualquier tercero perjudicado por el daño, podría recurrir ante los organismos jurisdiccionales a peticionar la indemnización correspondiente, provenga el daño de una relación contractual o extracontractual.

La acción indemnizatoria debe fundarse básicamente en Las normas del Código Civil, establecidas en el Título VIII. “De la Responsabilidad Civil”, Libro III, “De los contratos y otras fuentes de las obligaciones” que consagra el régimen indemnizatorio. En el caso, la fuente de la obligación que se reclame sería el daño; no habiendo daño, no habría responsabilidad. La génesis del daño como lo hemos

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.
EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESARCITORIA

estudiado en el capítulo anterior, podría ser por hecho propio. Por hecho ajeno, por hecho de las cosas que cierran los profesionales de la salud. Y en los supuestos en que el Código precisa y determina. La responsabilidad sin culpa.

Cualquiera sea el origen del daño, ya provenga de una relación contractual o extracontractual, la acción debe ser fundada en las aludidas normas legales y, por supuesto, debe encauzarse en cada caso dentro de la figura jurídica o del instituto que deriva esa relación, que podría ser locación de servicio, Locación de obras. Contrato de trabajo estipulación a favor de 1/3. Contrato múltiple preestablecido, un mandato o bien una relación extracontractual cuya determinación sería importante para el juzgado. Para fijar el cuadrante jurídico y su posterior juzgamiento.

Iturraspe destaca la importancia del encuadre jurídico con el siguiente ejemplo. No es igual la composición del lugar que hace un abogado. Invocando el artículo 1109, debe tratar de demostrar el acto ilícito culposos, cargando con la prueba de los extremos o presupuestos. ¿Qué es la que pueda llegar a hacerse? Si coloca la relación médico paciente en el campo contractual.

Agrega, “eso, no es obstante, debemos recordar, aunque un lugar común que las partes en virtud del principio *Iura novit curia*, exponer los hechos y es el juez quien formula el encuadre de derecho definitivo. (3)

2.- INDEPENDENCIA DE LA ACCIÓN CIVIL RESPECTO DE LA CRIMINAL SUSPENSIÓN DE LA SENTENCIA EXCEPCIONES

La norma contenida en el artículo 1865 del Código Civil expresa la acción civil para el resarcimiento del daño causado por un acto ilícito podrá ejercerse independientemente de la acción penal.

Si esta la hubiese precedido o fuere intentada pendiente aquella, no se dice la sentencia en el juicio civil mientras no fuera no fuera

pronunciada en lo criminal, salvo en los siguientes casos así el encausado hubiere fallecido antes de dictarse el fallo penal la acción civil podrá ser iniciada o continuada contra sus herederos; b) el proceso penal estuviera paralizado por ausencia o enfermedad mental del encausado.

Puede también promoverse o proseguirse la acción civil contra los sucesores universales de los copartícipes del delito, conforme a lo dispuesto sobre la antores y aceptación de las herencias con beneficio de inventario.

La acción civil puede ser ejercida por la víctima por sus herederos forzosos”.

El citado artículo habilita al sujeto activo de la prestación -paciente y/o herederos-para el inicio de la acción resarcitoria por el daño sufrido como consecuencia de un acto ilícito, independientemente de la acción penal, con la particularidad de que, si la acción penal le hubiere precedido o fuere intentada pendiente la acción civil, no se podrá dictar sentencia en el juicio civil, mientras no fuere pronunciada en lo criminal, siempre que reconozcan la misma causa.

Esa fórmula –expresa Llambias- traduce un principio bien conocido en el derecho francés, según el cual “le criminel tient le civil en étar” que es dable traducir como “lo criminal mantiene lo civil en suspenso”. Empero, el efecto suspensivo es mucho más intenso en Francia, que, en nuestro país, pues mientras allá queda paralizado el procedimiento civil, entre nosotros la suspensión es solo de la sentencia. (4)

El fundamento de la prioridad de trámite del proceso penal radica en que es necesario evitar el escándalo jurídico, con el dictado de sentencias contradictorias, sobre un mismo hecho, que “tiene por fin asegurar el respeto del principio de la autoridad de la cosa juzgada en lo criminal que es, como se sabe, de orden público. (5)

La primera de las excepciones a la regla que estudiamos, consiste en la muerte del acusado antes del dictado del fallo penal, como

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.
EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESARCITORIA

se expresa en el punto a) del citado artículo, en cuyo caso la acción civil podrá ser iniciada -si así no se hubiera hecho- a continuada contra sus herederos. El fundamento radica en que la acción penal solamente persigue la represión del delito y el castigo del delincuente y, extinguidos delito y la pena, desaparece el delito, por consiguiente, se torna Imposible el dictado de la sentencia penal.

La otra excepción, consagrada en el punto b) del artículo -en estudio- se refiere a la ausencia o enfermedad mental del encausado. En cuanto “procesado declarado en rebelde, de conformidad a los Art. 85 y siguientes de nuestra ley de enjuiciamiento en lo criminal. De Gásperi señala los supuestos en que esta declaración puede tener lugar:

1) cuando el procesado, notificado en legal forma, no comparece a la citación o llamamiento judicial; 2) cuando se ha fugado del establecimiento en que se hallare detenido preso y 3) cuando hallándose en libertad provisional o bajo fianza, dejare de concurrir a la presencia del juez que le estuviere señalado o cuando fuere llamado. (6)

En cuanto a la enfermedad mental del encausado, puede ser que el mismo ya haya cometido el delito en ese estado o la demencia sea sobreviniente a su ejecución, en cuyo caso se debe paralizar tanto la prosecución del juicio como la ejecución de la pena -sí la hubiere-, sin perjuicio de las diligencias sumariales que no pudieran demorarse sin peligro de la investigación judicial (Art. 12 del Código de Procedimientos Penales).

Para el supuesto de ausencia o demencia sobreviniente, la segunda parte del Art. 25 del Código de Procedimientos Penales -concuerta con la norma en examen- expresa: “La acción civil, sin embargo, podrá iniciarse o continuarse, aun cuando el juicio criminal estuviera pendiente, cuando por ausencia o demencia del acusado deba suspenderse este último juicio”. Por tanto, no obstante, la ausencia o declaración de demencia del procesado, puede promoverse y ventilarse la acción civil emergente del delito.

Resulta evidente que en estos supuestos el proceso civil no debe enervarse, ya que tales situaciones excepcionales son inimputables a la parte que ha sufrido el daño

3.- LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

También la norma analizada -Art. 1865 Código Civil-establece que puede promoverse o proseguirse la acción civil contra los sucesores de los autores y copartícipes del delito, y ello es natural que así sea, ya que los herederos continúan la personalidad del causante desde el momento de la muerte del mismo, y, por consiguiente, debe respetarse lo puesto sobre la aceptación de las herencias con beneficio de inventario.

Por último, el artículo limita la acción resarcitoria al establecer que ella solamente puede ser ejercida por la víctima o por sus herederos forzosos-ascendientes, cónyuge y descendientes- y no por los demás herederos.

4.- DESISTIMIENTO. RENUNCIA

El Art. 1866, consecuente con el anterior, expresa: “No se juzgará renunciada la acción civil por no haberla intentado los ofendidos durante su vida, o por haber desistido de la acción penal”.

El artículo anterior, al establecer que la acción civil puede ser ejercida por los herederos forzosos, pone en evidencia que el Código no admite la renuncia tácita de esta acción por no haber sido intentada por la víctima.

En cuanto al desistimiento de la víctima de la acción penal, tampoco puede influir en la acción civil, ya que en las dos acciones se persiguen objetivos distintos; en la penal, el castigo u la aplicación de una pena de conformidad a lo que establezca la ley penal; y en lo civil, el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia del hecho ilícito.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.
EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESARCITORIA

Por expresa disposición del Art. 1867 si responde a un interés de carácter privado las personas directamente ofendidas puede renunciar de la acción de indemnización derivada de la comisión de un acto ilícito, sin perjuicio de la subsistencia de la acción que ora personas perjudicada por el mismo acto ilícito pueda ejercer contra el causante del daño.

5.- VALOR DE LA SENTENCIA PENAL SOBRE LA PRETENSIÓN

a) **Sentencia condenatoria.** El art.1868 del Código Civil establece: “Después de la condena de acusado en el Juicio criminal, no se podrá negar en el en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito ni impugnar la culpa del condenado. La sentencia dictada en juicio criminal no será oponible al obligado a responder por el hecho de otro, si aquel no tuvo ocasión de ejercer su defensa.

El artículo establece con precisión los alcances de la cosa juzgada de la sentencia penal condenatoria en el proceso civil, y que sin significar el reexamen del hecho principal o de la culpa o responsabilidad penal del de-mandado, haga a la procedencia del resarcimiento.
(7)

Sin embargo, en la segunda parte, la disposición es clara, en cuanto establece que dicha sentencia no le será oponible en las condiciones antedichas, si el obligado a responder por el hecho de otro no tiene ocasión de ejercer su defensa en el proceso penal.

b) **Sentencia absolutoria o de sobreseimiento libre:** Fuera de la hipótesis de una sentencia condenatoria, que ya hemos examinado, el proceso penal puede concluir por sobreseimiento libre o absolución del encausado. Sobre el punto, el Art. 1869 del Código Civil establece: “Tampoco se podrá alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído el sobreseimiento o la absolución, si la sentencia hubiera declarado la inexistencia. Esta disposición no se aplica cuando en la sentencia se ha decidido que el hecho

no constituye delito penal, o cuando el sobreseimiento libre o la absolución, se ha fundado en que el agente está exento de responsabilidad criminal.

De acuerdo a dicha norma, -en La primera parte “ la sentencia absolutoria hace dos cosas juzgada al hecho principal, si la sentencia hubiera declaró su inexistencia, pero no sobre la culpabilidad civil de su autor. (8)

Si hay absolución o sobreseimiento del acusado, en agente está exento de responsabilidad criminal- la sentencia no hace cosa juzgada, ni impide el ejercicio de la acción civil de daños y perjuicios - Por ello cabe afirmar que puede no haber delito penal o el tales supuestos excepcionales -cuando el hecho no con en todos, conforme a la afirmación que puede no haber de esto por ello, cabe afirmar que puede no haber delito penal y por tanto el juez del crimen declarar absuelto al imputado, pero sí en cambio están reunidos los elementos que caracterizan al ilícito civil, se genera la consensos de responsabilidad. De ahí que la irresponsabilidad penal no conlleve exención de responsabilidad civil. (9)

6.- PREJUDICIALIDAD

Si la acción penal dependiere de cuestiones prejudiciales cuya decisión corresponda exclusivamente al juicio civil, no se sustanciará el juicio criminal antes que la sentencia civil estuviese ejecutoriada. Serán cuestiones prejudiciales las que versan sobre validez o nulidad del patrimonio y las que se declaren tales por la ley. (art. 1870 Cód. Civil).

7.- INFLUENCIA DE LA SENTENCIA CIVIL SOBRE LA JURISDICCIÓN PENAL

Con excepción de los casos de prejudicialidad, de acuerdo a la norma establecida en el Art. 1870 del Código Civil y de conformidad al Art. 1871 del mismo Código, la sentencia civil sobre el hecho no

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.
EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESARCITORIA

influirá en el juicio criminal, ni impedirá ninguna acción penal posterior intentada sobre el mismo hecho, o sobre otro que con él tenga relación.

Por el principio de no gravitación, podemos pues afirmar que la sentencia civil no condiciona de algún modo la sentencia penal a dictarse y el mismo, conforme lo expresa Llambías, se funda en varias consideraciones: a) falla el requisito de la cosa juzgada referente al objeto de la acción que es muy diferente en las acciones civil o penal;

b) difiere el interés tutelado por esas acciones que es el de la sociedad toda tratándose de la acción penal y el interés particular damnificado cuando este ha ejercido la acción civil c) esa diversidad de intereses trasunta en la índole de los procesos judiciales respectivos dentro de los cuales el juez penal tiene mayores posibilidades de actuación y el juez civil, una intervención que no limita la diligencia de los propios interesados. Todo ello debía conduciría a afirmar la independencia del juez penal, cuyo cometido no podría quedar subordinada las actitudes asumidas por los particulares en la defensa de sus intereses.

8.- MANTENIMIENTO DE LA SENTENCIA CIVIL

De acuerdo a la última parte del citado Art. 1871 del código Civil, cualquiera sea el sentido que tenga la sentencia penal que se llegare a dictar, después de pronunciada la sentencia civil, esta, última queda inalterable aun cuando las mismas no coincidan. La norma es clara y concluyente: “Cualquiera sea la sentencia sobre la acción criminal, el fallo anterior pronunciado en el juicio ci. vil pasado en autoridad de cosa juzgada, conservará todos sus efectos. Este principio es aplicable al caso previsto en el artículo anterior y a los casos exceptuados expresamente en la ley, como bien lo expresa la primera parte del artículo comentado y que reciben la denominación de casos de prejudicialidad taxativa, que es diferente a la cuestión prejudicial relativa, por ejemplo, el delito de adulterio, en cuyo caso

el principio es diferente al anterior, ya que en ese supuesto, el cónyuge ofendido no podrá intentar la acción penal mientras no se declare el divorcio por causa de adulterio.

9.- LA CARGA DE LA PRUEBA. OBLIGACIONES DE “MEDIO” Y “DE RESULTADO”

Para la distribución de la carga de la prueba debe recurrirse a las reglas tradicionales, y para ello, se deben distinguir las obligaciones que derivan de relaciones extracontractuales de las contractuales.

En el supuesto de responsabilidad extracontractual incumbe a la víctima o al que demanda probar todos los elementos de la ilicitud, es decir, el *factum* en que apoya su pretensión, acreditando, entre ellos, la ilicitud, la culpabilidad del agente, el daño y la relación de acto, entre la acción ilícita culposa y el daño causado, causal la responsabilidad sin culpa en la que casos el elemento subjetivo carece de importancia.

Lorenzetti obra “Responsabilidad Civil de los Médicos”, al referirse a las obligaciones de origen contractual, cita a Rosemberg, quien dice que, tratándose de relaciones obligacionales ya existentes, la regla, casi sin excepción, es que el deudor debe probar la falta de culpa de su parte. Se trata entonces -dice- de que el acredite la existencia del contrato y el daño, luego el “*solvens*” debe demostrar su inculpabilidad, tarea esta que tendrá éxito si patentiza el cumplimiento de la prestación que le incumbía. (11)

Esta postura -dice Lorenzetti- revoluciona en alguna medida lo que decían los Tribunales alemanes en punto a la responsabilidad medical cuando exigían al “*accipiens*” la prueba de la culpa del galeno, estableciendo una analogía con los hechos ilícitos. (12)

Iturraspe expresa que “es a cargo de quien reclama el resarcimiento la prueba de su crédito “a la salud” y del daño sufrido. Y es a cargo del demandado -médico o sanatorio- la prueba de que cumplió con la atención debida y de sus casus como origen del perjuicio. No

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.
EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESARCITORIA

produciendo el accionado estas probanzas, se mantienen las presunciones sobre el incumplimiento -antijuridicidad- imputable a título de culpa y causación del daño. A mayor abundamiento -agrega- que el cumplimiento es un “hecho positivo”, mientras el incumplimiento es uno negativo; la prueba es a cargo de quien alega hechos positivos, dado que su demostración es más simple.

En cuanto a la responsabilidad contractual, debemos distinguir la obligación de prestación positiva de la negativa.

En cuanto a la primera, estimamos que incumbe al actor probar la existencia del contrato. Probado el mismo, la carga de la prueba se desplaza sobre la contraparte que deberá acreditar los hechos “impeditivos”, es decir, los que obstan al progreso de la pretensión. Vale decir, que el mandato deberá acreditar su cumplimiento o bien la existencia de alguna causa que le exima de responsabilidad que puede consistir en su no culpabilidad –salvo casos de responsabilidad sin culpa-, caso fortuito o fuerza mayor, etc.

En cuanto a la segunda o sea la responsabilidad contractual de prestación negativa, se invierte el papel, ya que el acreedor es el que debe demostrar que se ha producido la transgresión.

Alsina Atienza nos menciona ejemplos esclarecedores al respecto: Si el paciente imputa al médico el incumplimiento liso y llano de su obligación de atención profesional constituida por el contrato, incumbe al primero justificar el contrato y al segundo acreditar la prestación de asistencia. Si la pretensión por daños y perjuicios se funda no precisamente en la falta de cumplimiento, sino en el mal cumplimiento, las reglas tradicionales mencionadas conducen a que incumba al acreedor probar las deficiencias que atribuye a la prestación, puesto que son “constitutivo” de su pretensión, y porque, además, toda prestación se presume, correcta, ya que eso es lo normal (eo quod plerunque). Si, además, ha mediado La cooperación del acreedor, con su recepción justificará doblemente. En consecuencia -dice- incumbe al paciente que ha recibido atención médica demostrar que esta no se ajustó a lo pactado. Por ello es precisamente de gran

importado: Si el médico no se comprometió a proveer un resultado favorable al paciente. (15)

A esta altura del tema en estudio -a tales efectos- el derecho actual y que traduce adquiere verdadero interés la famosa doctrina del célebre jurista francés de y que se traduce específicamente la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado”.

Este jurista ha distinguido, con precisión, la obligación de resultado. De la obligación n de medio señalado en el ejemplo que la primera pesa sobre el transportador que asume el deber de conducir a destino la mercadería en buen estado y al viajero sano y salvo; la segunda, es aquella del médico que no adquiere la obligación de curar, pero sí de proporcionar cuidados esmerados, prudentes y oportunos. Una tal distinción no tiene nada de teoría, en efecto, en caso de accidente es decir de inexecución del contrato, el contratante que responde del resultado no puede exonerarse de su responsabilidad, sino estableciendo la falta de la víctima; al contrario, aquel que solo responde de los medios no puede ser sindicado por su contratante, salvo que este establezca sus faltas.

Oportuno es este comentario de Lorenzetti: “Admitida la naturaleza contractual de la responsabilidad del médico, se enfrentó el problema de la presunción de culpa derivada del incumplimiento, que debilitaba enormemente la imputabilidad del profesional. Viene entonces a abrirse campo en el terreno jurídico la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, afirmándose que el médico solo promete medios que están a su alcance, y que es el demandante quien debe probar el incumplimiento culposo”. (16)

Con mucha claridad, Iturraspe plantea este análisis: “En la obligación de resultado el deudor asume el compromiso de conseguir un objetivo o efecto determinado: entregar la cosa vendida, pagar el precio en la locación, restituir la cosa a su dueño en el depósito, ejecutar la obra en el contrato de empresa. En la de medios, el deudor no asegura la consecución del resultado esperado por el acreedor,

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.
EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESARCITORIA

sino solo se obliga a poner de su parte el empleo de los medios conducentes a ello; la prestación debida consiste en la realización de una actividad que normalmente conduce al objetivo apetecido por el acreedor si bien tal resultado es extrínseco a la obligación y no integra su objeto. Se menciona como ejemplos, además de los casos del médico y del abogado, el de administrador de un campo, obligado a atender a la buena explotación de él”. (17)

Simplificando, diríamos que, en las obligaciones de medios, hay un compromiso con relación a la diligencia y la ciencia que deben ser empleados, para la ciencia que deben ser empleados, pero no hay obligación ineludible, perentoria de alcanzarlo como en la de resultado.

En relación a los médicos, es evidente que está en el ánimo de las partes el objetivo: la curación del paciente; pero dado el carácter sustancialmente aleatorio del resultado, el deudor no lo promete y consecuentemente no le es exigible; salvo que se trate de una obligación de resultado.

En cuanto a la carga probatoria, nuestro Código Procesal Civil, en su Art. 249 expresa: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer los hechos notorios no necesitan ser probados; la calificación de los mismos corresponde al juez”.

Esta norma establece, específicamente, que la carga de la prueba corresponde “a la parte que afirme la existencia del hecho controvertido”, por tanto, a esta le corresponde probar los hechos aseverados en sus alegaciones con prescindencia de que se trate de hechos positivos o negativos, y siempre, por supuesto, que la diligencia probatoria admitidos por la contraparte. Implícitamente excluye de la diligencia probatoria a las meras negaciones que se reducen al desconocimiento de los alegatos por el oponente que no deben confundirse con los hechos negativos, ya que estos deben ser objetos de

prueba, cuando constituyen el fundamento de la pretensión o de una excepción (18).

La diferencia de la prueba en los hechos positivos de los negativos reside en la circunstancia de que estos no son susceptibles de prueba directa, sino que se infieren a través de la demostración de la existencia de hechos positivos. (19)

Corresponde también las partes la carga de probar la existencia de precepto jurídico, alegado a favor de sus respectivas postulaciones procesales que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer.

Los hechos notorios, evidentemente -dice la norma- no necesitan ser probados y la calificación de los mismos quedan a cargo del juez.

En conclusión, creemos -porque la ley lo establece-que la regla precedentemente expuesta es la que debe ser aplicada. Así cuando el actor, sujeto activo de los servicios profesionales, reclama del médico el incumplimiento de su prestación, le corresponde a aquél la prueba de la violación del contrato y del daño, y a este le compete demostrar que ha cumplido su obligación conforme con lo pactado, se trate de una obligación de medios o de resultado. Si el actor es el que reclama que el médico ha cum-pero no de acuerdo a lo convenido, le corresponde la carga probatoria de la mala ejecución, de la mala práctica de la medicina, por parte del médico.

10.- MEDIOS PROBATORIOS

Además de los regulados específicamente, y a los que nos referimos más adelante, nuestro Código Procesal Civil en su Art. 246 faculta al juez el uso de otros medios probatorios, no previstos en la ley. Expresa dicha norma: *El juez podrá disponer a pedido de parte el diligenciamiento de los medios de prueba no previstos en la ley. Siempre que no afectan a moral y la libertad personas de los litigantes o de terceros o no estén expresamente prohibido para el caso". A

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.
EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESARCITORIA

los efectos de su aplicación agrega: “Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que establezca el juez”.

Esta disposición procesal es congruente con el avance tecnológico y científico, y adquiere, además, singular relevancia en los procesos por responsabilidad profesional, del médico, ya que el extraordinario progreso de la medicina ha creado nuevas realidades científicas, originando hechos que provocan situaciones desprovistas de regulación jurídica, que desorientan y confunden. Los legisladores deben enfrentar estas omisiones con previsión e imaginación.

¿Los documentos electrónicos (cintas, disquetes, información producida por computadora y por otros equipos modernos, telefax, foto láser, etc.) nos ubican ante una insospechada ampliación de las fronteras de la documentación, la forma y la prueba de las relaciones civiles? comerciales. (20). También en el campo médico, a través de la bioquímica, se ha logrado esclarecer hechos que, con anterioridad, eran de imposible demostración, tal como la “vinculación absoluta entre la estructura molecular y las funciones biológicas, que configuran lo concerniente al código genético y a todos los problemas biológicos que de ello derivan”. (21). Como vemos hoy se cuenta con nuevos elementos probatorios que no fueron imaginados por nuestros antepasados, y seguramente mañana también nosotros debemos tener en cuenta otros medios prueba que en el momento actual ni siquiera los consideramos posibles.

Con buen criterio, el legislador ha restringido utilización de tales medios probatorios, en el sentido que los mismos no deben afectar la moral, la liberte personal de los litigantes o de terceros como se podría acontecer con la utilización de los llamados sueros de verdad (narcóticos), la hipnosis, las manipulaciones genéticas y otros.

Las diligencias de los medios no previstos deben se efectuadas por aplicación analógica de las disposiciones que le sean semejantes, o en su defecto, en la forma lo establezca el juez; en este último su-

puesto al magistrado se le concede amplias facultades que naturalmente deben ir de acuerdo con los principios procesales consagrados en nuestra legislación.

11. -PRUEBA DOCUMENTAL

Ya hemos sostenido, al analizar la naturaleza jurídica de la relación médico-paciente, que ella es de naturaleza contractual y por excepción de naturaleza extracontractual.

En el supuesto de una vinculación extracontractual del médico o entidades jurídicas con el paciente, los mismos pueden hacer valer cualquier medio probatorio en de litigio; la ley no establece restricciones al caso respecto.

Sin embargo, cuando la vinculación es de carácter contractual y surgen inconvenientes, la carga de la prueba documental se restringe, de conformidad a las disposiciones de los Arts. 704 al 706 del Código Civil.

El Art. 706 establece que los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez jornales mínimos establecidos para la capital deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos.

En el tema en estudio resulta evidente que cualquier prestación asistencial médica supera esa suma y también resulta excepcional que las partes que intervengan en la convención lo pacten por escrito. Por consiguiente, de conformidad a la referida norma, sería casi imposible probar la convención medical entre paciente y médico o sanatorio asistencial.

Sin embargo, tal principio admite excepciones en las normas contenidas en los citados Arts. 704 y 705. El Art. 704 expresa: “Los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no revistieren la forma prescripta, a no ser que hubiese habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley; o que hubiese un principio de prueba por escrito en los contratos

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.
EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESARCITORIA

que puede hacerse por instrumento privado, cuando una de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negare a cumplir el contrato. En este caso son admisibles todos los medios de prueba”.

En el artículo se contempla la imposibilidad de la obtención de la prueba designada por la ley, en nuestro caso la escrita-. Sería el caso de una internación con carácter urgente y que haga excusable la falta de prueba por escrito exigida por la ley. El Art. 705 juzga que hay imposibilidad de obtener o presentar principio de prueba escrita del contrato, cuando hubiese cuando fuere celebrado en circunstancias imprevistas formularlo por escrito; la que puede ser carácter moral - (cuando por razones de decoro no se reclamó el otorgamiento de la prueba), o material (cuando las circunstancias hayan impedido ese otorgamiento). También cuando se pruebe que el documento se perdió, robó o destruyó.

La otra excepción es admitida cuando existe principio de prueba por escrito cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto o que tendría interés si viviera y que haga verosímil el hecho litigioso. El supuesto comprende las fichas médicas, las órdenes médicas de análisis o radiografías expedidas por los médicos, recibos de pagos por consultas médicas o de pagos a cuenta de mayor cantidad, etc. Estos elementos probatorios le otorgarían verosimilitud al caso en litigio para suplir la exigencia probatoria documental.

También se contempla como excepción cuando el contrato ha tenido principio de ejecución. En este supuesto fácilmente se puede demostrar la existencia del contrato en la demanda por responsabilidad civil, pues al hallarse probado el principio de ejecución, ya cualquier medio probatorio sería permisible

En cuanto a los documentos admisibles, el Art. 303 del Código Procesal Civil establece: “Podrá presentarse como prueba toda clase de documentos, tales como fotografías, radiografías, mapas, películas, cinematográficas, diagramas, calcos y grabaciones fonográficas”.

Las partes y los terceros en cuyo poder se encuentran documentos esenciales para la solución del litigio, estarán obligados a exhibirlos o designar el protocolo o archivo en que se hallan los originales. El Juez ordenara la exhibición de los documentos sin sustanciación alguna dentro del plazo que señalare. (Art. 304 Código Procesal sala Civil).

Si el documento se encontrare en poder de una de las partes, se le intimará su presentación en el plazo que el juez determine. Si se negare a presentarlo y se probare la existencia del mismo en su poder, se tendrá como cierta la afirmación por exacta que hubiere presentado el que solicitó la exhibición del original, o se tendrá como cierta la afirmación que hubiere hecho sobre su contenido. Si por otros resultare manifiestamente verosímiles elementos que el documento se encuentra en su poder, así como su contenido, la negativa a presentarlo constituirá una presunción en su contra (Art. 305 Código Procesal Civil).

Si el documento de que debe servirse el litigante se encontrare en poder de tercero, se le intimará que lo presente. Si así lo hiciere, podrá solicitar su oportuna devolución dejando testimonio en el expediente.

El requerido podrá oponerse a su presentación si el documento fuera de su exclusiva propiedad y la exhibición pudiere ocasionarle un perjuicio. Ante la oposición formal del tenedor del documento no se insistirá en el requerimiento, salvo disposición en contrario de leyes especiales. (Art. 306 Código Procesal Civil).

12.- PRUEBA TESTIFICAL

Palacio define la prueba de testigos “a aquella que es suministrada mediante las declaraciones emitidas por personas físicas, distintas de las partes y del órgano judicial, acerca de sus percepciones o realizaciones de hechos pasados de lo que han oído sobre estos”.
(22)

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.
EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESARCITORIA

Nuestra ley procesal en su Art. 314 establece: “Toda persona mayor de catorce años podrá ser propuesta como testigo y tendrá el deber de comparecer y declarar, salvo las excepciones establecidas en la ley. En cuanto a los testigos excluidos, el Art. 315 expresa: “No podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea recta de las partes, ni el cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, salvo si se tratarse de reconocimiento de firmas, o de disposiciones especiales de otras Leyes”.

Solamente tales personas quedan excluidas. Así se admite la declaración testimonial de los auxiliares técnicos, parientes y personas allegadas a las auxiliares técnicas, parientes y personas allegadas a las partes— salvo las excluidas en el artículo comentado-, con las reservas que esa circunstancia impone desde el punto de vista la valoración de la prueba (Art. 342 Código Procesal Civil).

En los juicios de responsabilidad del médico, es preferible oír a estas personas, pues son ellas las que le acompañan al paciente y al médico, tanto en el tiempo que aquél se halla internado como en la convalecencia.

13.- PRUEBA PERICIAL

En los procesos por responsabilidad médica, generalmente se ventilan cuestiones científicas que escapan a los conocimientos jurídicos del juez. Por ello en tales procesos resulta ineludible este medio probatorio para que personas especializadas en la materia en litigio ilustren debidamente al juez sentenciador.

Como dice Iturraspe, es indudable que, para dilucidar los aspectos específicos de ciencia médica, que la causa sobre responsabilidad civil puede abarcar, es de la mayor conveniencia que el juez reciba el asesoramiento de peritos en esa ciencia. (23)

El Art. 343 del Código Procesal Civil establece que será admisible prueba pericial cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiera conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica.

Este medio probatorio puede ser ofrecido a pedido pace, de conformidad al Art. 344 y siguiente del Código Procesal Civil. También según el Art. 350 del mismo Código, cuando el juez lo estimare necesario, podrá disponer de oficio la prueba pericial. En este caso designara uno o tres peritos, atendiendo a la importancia de la cuestión.

Si la profesión estuviera reglamentada, los peritos deberán tener títulos habilitantes en la ciencia, arte, industria o actividad especializada a que se refieran las cuestiones acerca de las cuales deban expedirse. Podrá también proponerse como perito a la persona jurídica o entidad especializada. En caso contrario, o cuando no lugar del proceso perito con título, podrá ser nombrada cualquier persona idónea (Art. 351 Código Procesal Civil).

Es interesante acotar que las partes pueden pedir aclaraciones a los peritos y el juez podrá ordenar que los mismos den explicaciones o hagan las ampliaciones que se consideren convenientes en audiencias o por escrito, atendiendo a las circunstancias del caso (Art. 359 Código Procesal Civil).

La fuerza probatoria del dictamen pericial será apreciada por el juez, teniendo en consideración la competencia de los peritos, la conformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funden y las demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca (Art. 360 Código Procesal Civil).

También a petición de parte, o de oficio, el juez podrá solicitar informes a academias, institutos o entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico, cuando el dictamen pericial requiera operaciones o conocimientos de alta especialización (Art. 362 Código Procesal Civil).

El juez podrá disponer también el reconocimiento de personas, con el objeto de comprobar la existencia de un signo exterior y visible. Tal reconocimiento se hará sin ninguna violencia física o moral, debiendo el juez tomar las disposiciones necesarias para el efecto (Art. 369 Código Procesal Civil).

14.- RECONOCIMIENTO JUDICIAL

En los procesos sobre responsabilidad médica, este medio probatorio adquiere relevante importancia, ya que el propio juez es el que percibe directamente el objeto probatorio que puede suministrarle un dato revelador del hecho que se intenta probar.

Este reconocimiento constituye el examen judicial a la percepción sensorial directa efectuada por el juez o Tribunal sobre cosas, lugares o personas, con el objeto de verificar sus cualidades, condiciones o cateréticas (24)

El Juez podrá ordenar, a petición de parte o de oficio, que personas expertas asistan al acto de reconocimiento. Tales expertos podrán formular verbalmente sus observaciones.

Cumplido el procedimiento, se levantará acta en que conste la realización de la diligencia, las observaciones hechas y los detalles de la misma. Si el juez lo estimare oportuno, dejará constancia de sus apreciaciones personales (Art. 368 Código Procesal Civil).

15.- PRODUCCIONES Y EXAMENES

El juez podrá disponer, a pedido de parte o de oficio, ejecución de planos, calcos, relevamientos, reproducciones fotográficas, cinematográficas u otras, documentos, de objetos, la reconstrucción lugares o sonidos. Podrá igualmente ordenar necesarios para de hechos y los exámenes científicos su mejor esclarecimiento.

Se aplicarán en cuanto fuere pertinentes las disposiciones relativas a la prueba pericial o la de reconocimiento judicial (Art. 364 Código Procesal Civil).

16.- PRUEBA DE INFORMES

LOS JUECES PODRÁN, de oficio o a petición de parte, REQUERIR informes a las oficinas públicas, escribanos con registros o entidades privadas (Art.37 Código Procesal Civil).

Los informes deberán versar sobre hechos concretos, claramente individualizados y, controvertidos en el proceso, relativos a actos o hechos que resulten de los registros contables, documentos o archivo del informante.

Asimismo, podrá requerir a las oficinas públicas, la remisión de expedientes, testimonios o certificados, relacionados con el juicio.

Cuando el requerimiento fuere procedente, el informe o remisión de los documentos solicitados solo podrá ser negado si existiere justa causa, por razón de reserva o secreto, circunstancia que deberá ponerse en conocimiento del juzgado dentro del quinto día de recibido el oficio. (Art. 372 Código Procesal Civil).

No será admisible el pedido de informe, que manifiestamente tienda sustituir otro medio de prueba que específicamente corresponda por la ley o la naturaleza de los hechos controvertidos (Art. 373 Código Procesal Civil).

17.- PRESUNCIONES

Dada la dificultad de obtener la prueba documental en la relación médico-paciente, por la naturaleza de la prestación que se efectúa, así como por la complejidad de la materia, resulta de vital importancia y tiene en ella un amplio campo de aplicación.

Sobre el punto Aturrase expresa: “con razón se ha sostenido que para que sea eficaz la prueba indiciaria, debe consistir en inferencias lógicas, directas con relación al hecho y la conjetura de tal relevancia que razonablemente casi no quede otra posibilidad que la pretendida. (25)

Las presunciones para que sirvan de datos probatorios idóneos deben ser graves precisas y concordantes, y directamente deducidas de los hechos sobre que se fundan, de suerte que lleven al ánimo del juez la razonable convicción de la existencia del hecho o circunstancias que se pretenden demostrar. (26)

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.
EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESARCITORIA

En algunos casos una sola presunción podría bastar para dar por establecida la mala ejecución de un trata-siento médico, siempre que sea grave o inequívoca. Por ejemplo, si fracasara una riesgósima operación cardiaca no podrá inferirse de ello una presunción de culpa del cirujano. En cambio, sí podría justificarse tal deducción ante una sencillísima extirpación de verruga, que desemboca en gangrena. (27)

18.- PRUEBA CONFESORIA

Palacio define la confesión como la declaración emitida por cualquiera de las partes respecto de la actuación verbal de hechos pasados, relativos a su actuación personal desfavorables para ella y favorables para la otra parte. (28)

El Art. 276 del Código Procesal Civil establece: Reviste el carácter de confesión la manifestación de una parte de ser cierto un hecho contrario a su interés y favorable a la otra. Ella puede ser judicial o extrajudicial. La judicial espontánea o provocada. Esta última resultará de posiciones o preguntas puestas o dirigida por la parte contraria, que ofreció en tiempo este de prueba, o de interrogaciones del juez”.

La confesión judicial, espontánea o provocada, expresa o ficta es irrevocable, salvo prueba de error, dolo violencia (Art. 297 Código Procesal Civil).

La confesión judicial expresa o ficta, y la extrajudicial, serán apreciadas por el juez juntamente con las demás pruebas, y de acuerdo con los principios de la sana crítica. La confesión espontánea o que resultase de los escritos respectivos de demanda y contestación, y que también podrá prestarse en cualquier estado del juicio, hará plena prueba (Art. 302 Código Procesal Civil).

19.- APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

El sistema que en la Procesal Civil es el de materia adopta nuestro Código Procesal Civil es el de sana critica. Sobre el punto

expresa el art. 269 de dicho código. Salvo disposición legal en contrario, los jueces formaran su convicción de conformidad con las reglas de la sana critica. Deberán examinar y valorar en la sentencia todas las pruebas producidas que sean esenciales y decisivas para el fallo de la causa. NO están obligados a hacerlos respecto de aquellas que no lo fueren”.

Nuestro Código Procesal Civil también se remite en particular a las reglas de la sana critica, a referirse a las pruebas de confesión (art. 302), a la testifical (art. 342) y a la pericial que, sin expresarla, el art. (360) de dicho ordenamiento le faculta al juez a apreciar la fuerza probatoria del dictamen pericial teniendo en consideración la competencia de los peritos, lo conformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funden y las demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca.

La adhesión al sistema de la sana critica – dice Palacio_ “no excluye la vigencia de nuestro ordenamiento jurídico, de diversas normas que responden al sistema de apreciación tasada. Constituyen aplicación de tal sistema, entre otros, el principio en cuya virtud los actos para los cuales se han prescripto exclusivamente una clase de instrumento carecen de eficacia si n no se ha observado la formalidad en de plena fe que hacen los instrumentos publicación con relación a determinadas circunstancias. Es que no es admisible probar por testigos contratos que tengan por objeto la cantidad superior a los 10 pesos etc. (29) tales disposiciones también se hallan consagradas en nuestro ordenamiento jurídico o, por lo que hacemos nuestras dichas apreciaciones.

NOTAS

1) Iturraspe, Jorge Mosset, RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO, pág. 271.

2) Iturraspe, Jorge Mosset, ob. cit. págs. 271/272.

3)Iturraspe, Jorge Mosset, ob. cit. pág. 273.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.
EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESARCITORIA

4) Llambías, Jorge Joaquín, “TRATADO DE DERECHO CIVIL OBLIGACIONES”, T. IV. N°2760, pág. 63.

5) Mazeaud y Tunc, TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. 5a. ed. Paris,T, III, No 2186, cit. por Llambías, ob. cit. N° 2762, pag. 66.

6) De Gásperi, Luis, DERECHO CIVIL T. IV. Resp. Extracontractual, N° 1786, pág. 244.

7) De Gásperi, Luis ob. cit. pág. 261.

8) Rev, Jur. Arg. La Ley T. 82, pág. 88.

9) De Gásperi, Luis, ob. cit. pág. 250 N° 1789.

10) Llambías, Jorge Joaquín, ob. cit. pág. 104.

11) Lorenzetti, Ricardo Luis, RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS. pág. 315.

12) Lorenzetti, Ricardo Luis, ob. cit. pág. 320.

13) Iturraspe, Jorge Mosset, ob. cit. pág. 292.

14) Alsina Atienza, Dalmiro A. Rev. Jur. Arg. 1958 III, 587 Alsina, TRATADO DE DERECHO PROCESAL 1°. ed. págs. 190/191; PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL.

15) Alsina Atienza, Dalmiro A. Rev. Jur. Arg. 1958 III, 588

16) Lorenzetti, Ricardo Luis, ob. cit. pág. 109.

17) Iturraspe, Jorge Mosset, ob. cit. págs. 134/135.

18) Palacio, Lito Enrique, DERECHO PROCESAL CIVIL, N°s. 408/409 págs. 361 y sgtes. Segunda reimpresión-Abeledo Perrot.

19) Palacio, Lino Enrique, ob. cit. T. IV. págs- 371/3.

20) Gaceta Judicial N°s. 26/27 pág. 122.

21) Yungano y otros, ob. cit. pág. 338.

22) Palacio, Lino Enrique, ob. cit. pág. 562.

- 23) Iturraspe, Jorge Mosset, ob. cit. pág. 301.
- 24) Palacio, Lino Enrique, ob. cit. pág. 474.
- 25) Iturraspe, Jorge Mosset, ob. cit. pág. Ver. Rev. Jur. E.D. 77-240.
- 26) Yungano y otros, RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS, pag.187
- 27) Alsina Atienza. Rev. Jurisp. Arg. 1958 III. pág. 587.
- 28) Palacio, Lino Enrique, ob. cit. pág. 490.
- 29) Palacio, Lino Enrique, ob cit. págs. 411 y sgtes.



Contralor administrativo y práctica societaria

Mariano Gagliardo¹

1. Derecho de Sociedades Comerciales y Derecho Administrativo.

El Derecho Comercial es una rama del Derecho Privado, uno de cuyos capítulos medulares está conformado por la regulación de sociedades comerciales.

Como se recordará este ordenamiento significó una descodificación del Código de Comercio, si bien tradujo una actualización de ciertas instituciones.

A los fines del presente, tomamos como base de análisis a la ley 19.550 de Sociedades Comerciales, que contiene numerosas disposiciones donde se advierte la vinculación del Código de Comercio con el Derecho Administrativo.

Es decir, existen tipos societarios cuya existencia está impregnada de normas de Derecho Público.

Este último aspecto, se exterioriza en la fiscalización que sustancialmente es de Derecho Administrativo y el sustento jurídico es el denominado poder de policía.

Esta facultad, se ejerce con un incremento de la actividad administrativa delegada en organismos del Poder Ejecutivo con alcance nacional o a través de funcionarios de cada una de las Provincias, incidiendo notablemente en la ley mercantil.

Así, existen a veces, dificultades para establecer la separación entre ambas disciplinas pues se presentan instituciones reguladas por el derecho mercantil -bolsas y mercados de comercio, seguros,

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 28-1989.

Bancos, etc.- donde predomina el interés público con relación al privado y en las que el poder administrador debe intervenir en la organización de determinados servicios. Siburu (1), señalaba que como en el ejercicio del comercio se complica el interés público al lado del interés privado, la posibilidad de conflictos entre ambos es considerada por el Derecho Administrativo, quien con disposiciones adecuadas busca alejar esos conflictos y resolverlos cuando se produzcan. De allí, la existencia de numerosas reglamentaciones administrativas, administrativas, determinando para todos los supuestos (reglamentados), criterios exigidos por el comercio para su desarrollo y facilidad.

Por lo demás, en ciertas circunstancias, el Estado adopta la estructura societaria para llevar a cabo actividades económicas que, si bien posibilitan el logro de algunos objetivos, no deja de incidir en los distinguos disciplinarios señalados.

Debe reconocerse, dice Mario A. Rivarola (2), que el problema es serio, porque las actividades industriales realizadas por el Estado, cualquiera sea motivo o la finalidad, no pueden ni deben substraerse al régimen de la legislación comercial común a todos los actos de comercio. Es fuera de toda duda, agrega, que esta transformación del aspecto económico y aún jurídico del Estado, exige cada día con mayor urgencia una legislación a con mayor urgencia u una legislación especial, que delimite las funciones del Estado en su carácter de poder público y administrador, distinguiéndolas de las actividades comerciales o industriales que desarrolla, algunas de las cuales tienen todo el aspecto y las características de cualquier empresa netamente privada.

Piénsese que en la sociedad del Estado (ley 20.705), se elimina toda participación del capital privado, pudiendo aquella ser unipersonal (Art. 2), sometida en su constitución y funcionamiento, a las normas que regulan las anónimas en cuanto fueren compatibles con la regulación de aquélla; lo contrario, acontece con la sociedad anónima clásica en la cual la naturaleza plurilateral es de la esencia del instituto (Art. 1, ley 19.500).

Estas diferencias estructurales llevan (3) a que se la califique como una sociedad privada y no persona pública (estatal o no estatal) que constituye un nuevo tipo, aplicándose en lo pertinente la ley 19.550, siendo excluida de la Administración Pública, sin perjuicio de la vigencia del Derecho Administrativo.

2. Contralor administrativo y sociedad anónima.

Este tipo societario es la clásica estructura adoptada usualmente para el desarrollo de objetivos empresarios, no obstante, su imposición legal para el cumplimiento de actividades específicas (Art. 2 inc. a ley 20.091 y Arts. 2º 9, ley 21.526).

El contralor administrativo, en las hipótesis de sociedades anónimas aseguradoras, financieras y de las que realicen oferta pública de sus valores mobiliarios, se ejerce por entidades autárquicas cuya naturaleza es el de una persona jurídica pública estatal cuyos actos son de índole administrativa, aunque también pueden realizar actos reglados por el Derecho Privado.

Las autoridades de control societario, presentan, en su estructura y funcionamiento, la particularidad de responder a una centralización política, entendida como el ejercicio del poder acumulado en un solo núcleo y, administrativa en cuanto existe un centro de coordinación y de unificación en la administración.

Estos conceptos, así descriptos, no necesariamente coinciden con lo que acontece en el Derecho Constitucional (4).

Brevemente reseñaremos algunos contralores externos estables, sin que en ellos se agote el amplio espectro de los mismos (5).

A) De los aseguradores y su control. La ley 20.091 regula la actividad aseguradora y reaseguradora en cualquier lugar del territorio de la Nación cuyo control se Nación (Art. 1), con exclusión de toda otra autoridad administrativa, nacional o provincial, pudiendo aquella requerir a estas últimas, cuando lo estime conveniente, su

opinión en las cuestiones vinculadas con el régimen societario de las entidades (Art. 1 y 8 in-fine).

La intervención estatal en la materia, atiende al control amplio de las empresas de seguros a fin de mantener la capacitación técnica, económica y financiera y buena evolución en orden al interés general (6).

La ley citada, abarca toda la actividad de la entidad asegurador, señalándose al respecto que la existencia de la persona jurídica como tal, queda subordinada a la previa conformidad de la autoridad de control (Arts. 2 in- fine y 8), inclusive si tratase de una fusión o cesión de cartera, sin perjuicio de la ulterior aplicación de la ley 19.550.

El control de la ley 20.091, abarca la organización, desenvolvimiento, disolución y liquidación del asegurador.

A los fines indicados, posee amplias atribuciones enumeradas en el artículo 67, destacándose, entre otras, la facultad de “dictar las resoluciones de carácter general en los casos previstos en la ley y las que sean necesarias para su aplicación”; objetar la constitución, estatutos, reformas, reglamentos internos, aumentos de capital, constitución y funcionamiento de las asambleas, etcétera.

Es decir, la autoridad de contralor queda facultada por vía legal, a dictar normas reglamentarias de índole económica, financiero y contable.

El artículo 49, por su parte, dispone que la revocación firme de la autorización importa la disolución automática, y el asegurador debe proceder a su inmediata liquidación. El precepto destaca que la inscripción de la revocación será dispuesta por el Juez de registro del domicilio de la entidad con la sola comunicación de la Superintendencia de Seguros de la Nación, no siendo revisable en ningún caso por aquel.

La reforma de la ley 22.903 es coherente con el régimen comentado. En efecto, el aspecto de la disolución fue solucionado con el inciso 10 del artículo 94, y el sustento está en las Consideraciones Generales del texto en cuanto se explica que parece propio que estando condicionada a una autorización expresa la admisión a un determinado sector de actividad empresarial, su cancelación debe acarrear la disolución de la sociedad; de lo contrario, perderían estructuras como meras formas inhábiles para el cumplimiento del objeto de su creación y por lo demás, leyes como la 20.091 a través de su artículo 49 adoptan este criterio.

B) Entidades financieras. Están reguladas por las leyes 21.526 y 22.529, las que bajo la denominación de “entidades” (Arts. 2) aluden a las personas jurídicas privadas que, entre otros sujetos, pueden desempeñar la actividad regulada. Empero, deberán constituirse aquellas bajo la forma de anónima (Art. 9).

El Banco Central como ente autárquico, ente autárquico, dirige y controla la actividad financiera que por tratarse de un servicio público impropio queda en la esfera del Estado por su incidencia en la economía general (7). Las relaciones jurídicas entre el Banco Central y las entidades financieras sujetas a su fiscalización se desarrollan acorde un régimen especial de Derecho Público -cuyo marco es el Derecho Administrativo (8)- que se traduce en las leyes mencionadas, resoluciones, circulares, comunicados telefónicos, etcétera.

Debe precisarse que, tratándose de una sociedad anónima con el objeto incluido en las normas citadas, la autorización para funcionar como tal, queda supeditada a la conformidad de tal organismo cuyo control es pormenorizado y riguroso.

En determinadas circunstancias, y en anormalidad de la sociedad, son factibles algunas soluciones situaciones de reorganización societaria.

En efecto, una de dichas modalidades es la que la ley 22.529 en su artículo 14 denomina consolidación por fusión, que se rige por este

ordenamiento, “y en no cuanto se oponga por la ley 19.550 y las dictadas por el Banco Central de la República Argentina” (sic).

Por expresa disposición legal, se exceptúa en esta hipótesis, la publicidad del artículo 83, ley 19.550 y derecho de receso de los socios de la sociedad absorbida irrevocable, puede ejercer todos los derechos inherentes. A la calidad de socios, remover autoridades, disponiendo, asimismo, la venta de las acciones por cuenta de sus titulares

En orden a la disolución, la Corte Suprema consideró que el Art. 45 inc. a), ley 21.526, no implica una remisión a la ley 19.550 con los alcances de su plena aplicación, sino que configura una mera invocación de las causales del artículo 94 de este ordenamiento, por lo que el artículo 96, solo sería aplicable en cuanto fueren normas compatibles de las de la ley de entidades financieras (9).

En otros casos, la liquidación de la sociedad puede no estar acompañada de la revocación para funcionar (Art. 26, ley 2.259), pudiéndose en tal supuesto, disponerse la venta de la entidad (Art. 27) (10), transfiriéndose el fondo comercial y el pasivo, lo que posibilita la continuidad funcional de la actividad societaria.

C) Inspección General de Justicia. La ley 22.315 y su decreto reglamentario No 1.493/82, constituye el texto orgánico de la Inspección General de Justicia cuyo ámbito, en principio, recae en la Capital Federal, Territorio Nacional e islas del Atlántico Sur (Art. 2).

La competencia abarca funciones registrales y de fiscalización de determinada sociedad (Art. 3) con facultades exclusivas y excluyentes, delimitadas por la ley. (11)-0840

El contralor societario de la legalidad, abarca:

1) Sociedades abiertas (Art. 299 ley 19.550), excepto las funciones limitadas emergentes de la ley 22.169, en las que la fiscalización abarca la constitución, funcionamiento, disolución y liquidación, así como la conformidad de los actos de los órganos sociales con las normas legales, estatuto y reglamento.

2) Sociedades no incluidas en el artículo 299 en las que el control de legalidad abarca el acto constitutivo, reformas y variaciones del capital, aprobar la emisión de debentures y valuación de los aportes en especie, sin perjuicio de que, en determinadas hipótesis, disponga de otras medidas.

La manifestación del obrar del organismo de fiscalización, es de carácter administrativo y su procedimiento de esta índole, aun cuando en ciertos casos actúe en función jurisdiccional. Esto último, no es óbice para la existencia de un amplio sistema de recursos administrativos y judiciales (Art. 16 y sgtes., ley 22.315).

La actuación de la Inspección General de Justicia se limita al ámbito local, sin perjuicio de los alcances nacionales para las sociedades que realizan operaciones de capitalización y ahorro (Decreto 142.277/43, Art. 9, ley 22.315, Art. 56, ley 23.115 y Art. 93, ley 23.270).

En ejercicio a las amplias atribuciones que la ley le confiere, el órgano citado, entre otras, puede: establecer normas sobre contabilidad, valuación, inversiones, confección de estados contables y memorias y recaudos formales para el funcionamiento de los órganos de los sujetos fiscalizados; dictar normas reglamentarias para el ejercicio del poder de policía respecto de los comerciantes y de los auxiliares de comercio (Art. 2, Decreto-Ley 1.493/82) y difundir el criterio sustentado por la jurisprudencia administrativa sobre las materias de su competencia (Art. 6).

Los actos administrativos que dicta la Inspección General de Justicia, constituyen una genuina fuente jurídica de orden administrativo y societario.

En tal orden de ideas, se destaca la Resolución N° 6/80 (11) que, de manera armónica y sistemática, condensa y actualiza las resoluciones e interpretaciones del organismo.

La citada Resolución considera los antecedentes inspiradores: resoluciones generales o particulares, jurisprudencia judicial y administrativa, resoluciones ministeriales, etcétera.

D) Comisión Nacional de Valores. La ley 17.811 cuyas funciones y atribuciones están expresadas en el artículo 6 control de legalidad (Art. 19) por intermedio de una entidad autárquica con jurisdicción en toda la República (Art. 1). Desde la óptica propuesta, merecen señalarse dos notas sobresalientes.

La primera de ellas, se refiere a la sanción de la ley 22.169 que unifica en el citado organismo, el control administrativo de las personas jurídicas que efectúan oferta pública de sus títulos valores, hasta tanto cesen definitivamente de realizar dicha actividad (Art. 3).

Es decir que la Inspección General de Justicia, conforma el acto social constitutivo y solo reasume sus atribuciones en la etapa de disolución y liquidación (Art. 4 inc. c) ley 22.315) de la sociedad.

En segundo término, las amplias facultades reglamentarias y administrativas de la Comisión Nacional de Valores (12), le autoriza a “dictar las normas a las cuales deben ajustarse las personas físicas o jurídicas que, cualquier carácter, intervengan en la oferta pública de títulos valores, a los efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley” (Art. 7, ley 17.811).

Consecuencia de ello, se dictó la Resolución N° 110/87 que, al derogar la compilación del año 1971, excepto las señaladas bajo los números 90, 92 y 106, actualiza el criterio administrativo con natural proyección en la vida de las sociedades fiscalizadas.

3. Costumbre y usos mercantiles.

Es compartible, como definición de la costumbre en cuanto a la fuente del Derecho, la que brinda De Ruggiero: “observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por los miembros de

una comunidad social, convicción de que responde a una necesidad jurídica (13).

Se trata de la fuente de Derecho más antigua, y fue la más importante en los pueblos primitivos. Cuanto más rudimentario ha sido el orden jurídico, y más descentralizada se ha encontrado la creación y aplicación de las normas, mayor importancia tuvo la costumbre, pues lógicamente, la comunidad obedece y siente como obligatorias aquellas normas que se le imponen como tradición y que son conocidas de una manera espontánea.

La reforma del artículo 17, ley 17.711 (14) establece un principio general y dos excepciones: “los usos y costumbres no pueden crear derechos”. Aparentemente, el nuevo texto legal limita la función de la costumbre como fuente jurídica. No obstante, ello, se fundamenta en que la ley no puede, por vía imperativa, prohibir su derogación la costumbre, pues esta se impone por los elementos jurídicos que contiene, a pesar de la voluntad del legislador.

El justificativo de la solución adoptada radica en que, en la mente del legislador, se pretendió mantener a la ley con preeminencia sobre la costumbre dentro de la jerarquía de fuente del Derecho, lo que también surge de la subsistencia del artículo 16, Código Civil. Sin embargo, hubiera sido preferible que el nuevo texto legal omitiera toda prelación entre los distintos medios de producción del Derecho porque, correspondiendo a la Ciencia del Derecho establece si la ley prevalece o no ante la costumbre, y en general, cuáles son las virtualidades de esta, si en la realidad la ley prevalece ante la costumbre, es innecesario que aquélla lo establezca y si, por el contrario, la costumbre prevalece ante la ley, cualquier previsión de esta en contrario resulta inútil.

Luego, el artículo 17 establece dos excepciones al principio sustentado: 1) “...cuando las leyes se refieran a ellos”, caso de la costumbre *secundum legem*, admitida con anterioridad a la reforma; y 2) “O en situaciones no regladas legalmente”, lo que significa la aceptación de la costumbre *praeter legem*.

Estas consideraciones resultan, en principio, de aplicación genérica, si bien en materia mercantil, caben algunas precisiones. En efecto, el Derecho Comercial argentino es el derecho escrito para los casos especialmente regidos por el Código de Comercio y en lo no regulado por este, se Comercio regla 1 y Art. 207). Por remisión del artículo 16 aplicarán las disposiciones del Código Civil, si una cuestión comercial expresamente en el Código de Comercio se no está prevista expresamente el Código Civil, y si no pudiese resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun así la cuestión fuere dudosa, se resolverá teniendo en consideración circunstancias del caso, sin que el uso o la costumbre puedan, en principio, crear derechos, sino cuando las leyes se refieran a ellos.

El Código de Comercio, por lo demás, limita la aplicación de la costumbre mercantil a la sola interpretación de los actos y convenciones mercantiles (15).

Existen, asimismo, normas expresas que se refieren a la costumbre (Arts. 218 inc. 6, 219 y 220 Cód. Com.) de cuyas redacciones se desprende que ella se desprende que ella se utiliza como pauta interpretativa de la voluntad de las partes.

Tampoco cabe dudar de la eficacia de la costumbre *secundum legem* (por ej. plazo de entrega de los efectos transportados, Art. 187 Cód. Com.; monto de la comisión a que tiene derecho del comisionista o depositario, Arts. 274 y 573 Cód. cit.) o *contra legem* (posturas por signos en remate, a pesar de que deba efectuarse de viva voz).

Lo expuesto no obsta, claro está, a que la incidencia de la costumbre como fuente jurídica en el Derecho Mercantil, esté sometida a los principios genéricos del Derecho Civil.

Sin embargo, estas orientaciones legales no pueden soslayar aspectos de raigambre histórica.

La costumbre, obviamente, está en todo caso subordinada a la ley, matiz que es una realidad normativa en casi todos los países.

El Derecho Mercantil fue durante siglos un Derecho de prácticas. De allí, su denominación “consuetudo mercatorum”, y en los sistemas jurídicos actuales, si bien las normas de derecho consuetudinario no representan el papel que ofrecían en épocas anteriores, se admite en los usos un valor supletorio inmediato de carácter general.

La doctrina reconoce unánimemente que el Derecho mercantil ha sido en su formación, eminentemente consuetudinario, y luego de la codificación, tuvo como objetivo dar una fórmula precisa a la costumbre.

La jerarquización de los usos jurídicamente más precisos a la categoría de leyes, no obsta a la producción de otros, pues la vida de los negocios en su movimiento introduce nuevas prácticas e instituciones que en una primera instancia aparecen reguladas por el régimen usual.

Los usos en su acepción intrínseca, solo denotan una práctica habitual; es decir aquello que se acostumbra normalmente a hacer, y se presentan como inciertos e imprecisos en su formulación, a la vez que fácilmente mutables, si bien a veces transformables en verdaderos principios jurídicos.

El uso convencional deviene en uso normativo aún cuando se les asigne un mismo valor.

Sánchez Calero (16), considera que en primer lugar aparecen las cláusulas de estilo en un grupo de contrato y luego se producen una serie de cláusulas que regulan un determinado tráfico. Más adelante, el contenido de estas cláusulas se sobreentiende queridas por las partes, aunque no se reproduzca en el contrato; es decir que -a juicio del autor-, en tal momento nos encontramos ante usos interpretativos que se aplican al contrato no como Derecho objetivo, sino como voluntad de las partes, pues se presume que estas, desean la aplicación de esos usos. Luego, estos se convierten en normativos pues se objetivizan en aquél determinado sector de tal forma que, disciplinan el contrato, aunque las partes desconocieran su existencia. Esta desconexión de la aplicación del uso de la de las partes, es

decisiva a los efectos de la caracterización del uso como normativo, y, en consecuencia, como fuente del Derecho.

La precisión acerca de los alcances y funciones de los usos interpretativos y legales tanto en el ámbito del Derecho Privado (Civil y Comercial), tiene una diversa interpretación doctrinaria (17).

Cabe distinguir los usos convencionales o usos interpretativos de los usos legales, consistentes estos en modos de comportamiento más o menos generalizados que a diferencia de la costumbre, carecen del elemento psicológico u opinión iuris.

Sin embargo, en lo que es materia del presente, los usos o prácticas comerciales en determinados casos, constituyen una fuente del Derecho y no se limitan a un mero auxilio interpretativo (18).

Esta afirmación no deja de reconocer que en el artículo 17, ref. ley 17.711, se eliminó toda referencia a la locución “práctica”, lo que no significa desconocer su existencia.

En forma paradójica, la influencia del Derecho Administrativo como rama del Derecho Público en el régimen de sociedades, es notable a pesar de lo cual, en este, la práctica societaria adquiere virtualidad y eficacia jurídica. Por el contrario, en aquél, la práctica administrativa formada dentro de la Administración, es un hecho jurídicamente irrelevante; es decir, reconocer el precedente de casos anteriores, sin que tal aplicación motive la convicción jurídica de estar frente a una norma de derecho, sino como consecuencia inmediata y necesaria de directivas superiores (19).

En el Derecho Constitucional, por su parte, la reiteración de prácticas no solo es fuente del derecho consuetudinario sino más ampliamente fuente del orden constitucional (20).

4. Práctica societaria y administración pública.

Las sociedades, según la respectiva fiscalización externa, deben cumplir con la ley sustancial de la materia y las reglamentaciones específicas.

La naturaleza administrativa de las disposiciones dictadas por los organismos de contralor no son óbice para la configuración de sucesivos y reiterados actos que, bajo la denominación de práctica societaria, se reflejan en el desenvolvimiento de la entidad.

Tal como se anticipará, dicha praxis no es irrelevante y, por el contrario, tiene trascendencia jurídica.

El marco de la autonomía de la voluntad y el poder de policía societario, posibilitan que ciertos usos adquieran el calificativo de normativos.

El análisis de cláusulas contractuales especiales en materia de sociedades por acciones, es para su valoración.

Existen, a mero título enunciativo, numerosos precedentes relativos al régimen de las acciones preferidas en las hipótesis en que la regulación sustancial delega en (Art. 217, ley 19.550), resoluciones de alcance particular el estatuto la pertinente reglamentación (Arts. 260, 262 281, 290, 227, etc.), y el amplio contenido de las llamadas Normas, vinculantes en el ámbito de la Inspección General de Justicia y Comisión Nacional de Valores.

En otros casos, el criterio administrativo de los organismos difiere entre sí en cuanto a los alcances y modalidades en la elaboración de determinados documentos (por ejemplo, el revalúo técnico, según las distintas pautas de la C.N.V., Resol. No 98 y 100 y la I.G.J. Resol. N 6/80, Arts. 79/80) interpretación de ciertos actos con valor definitorio (por ejemplo, la C.N.V. considera la abstención asamblearia como voto negativo, Art. 155).

Finalmente, determinadas resoluciones administrativas, en su momento resultaron fuente inspiradora de preceptos jurídicos.

En este último sentido, señalamos el artículo 262, ley 19.550 -elección del directorio por categoría-, cuyo ante cedente puede ubicarse en las Resoluciones de la Inspección General de Justicia de fechas 23-12-1954 y 30-4-1958; voto dirimente, de calidad o desempate

del Presidente del Directorio; reactivación o reconducción de sociedades cuyas diversas soluciones en sede judicial y administrativa, finalmente recibieran formulación legal en el artículo 95, ley 19.550; sistema actual del voto acumulativo al régimen de sociedades, siendo su fuente la Resolución según el artículo 263, conforme le ley 22.903 de reformas I.G.J. 6/80, artículo 64, adoptado inclusive por la C.N. de Valores a partir de su vigencia y antes de la modificación referida; asimismo, el derecho de suscripción preferente, legislado de manera cabal y pormenorizada por los artículos 194 y sgtes, ley 19.550 tiene en el país, precedentes administrativos por su invariable exigencia estatutaria de la Inspección General de Justicia, receptividad por la entonces Comisión de Valores del Banco Central y relativa mención legal en el artículo 4 del Decreto 852/55.

5. Conclusiones.

Luego del breve panorama expuesto y a modo de síntesis, formulamos las siguientes reflexiones:

1) La administración pública realiza una severa función de policía sobre determinadas entidades comerciales con alcance local o nacional a través de numerosas normas administrativas o preceptos reguladores.

Consecuencia de ello, es una notoria “publicitación”, de Derecho de Sociedades por la preeminencia de regulaciones administrativas.

Asimismo, las disposiciones fiscalizadoras no solo se limitan al contralor de legalidad (leyes 22.315, 22.169 y 21.526) o de mérito (Art. 20.091) sino que tienen connotaciones que, en algunos casos, desvirtúan la Ley de Sociedades Comerciales.

Estas impropias soluciones de política legislativa, exceden las ortodoxas previsiones del régimen sustancial.

2) En enfoque unívoco de la anónima, cualquiera fuere la esfera controlante de la administración pública que se realice, nos demuestra la existencia de usos normativos o prácticas societarias con genuina virtualidad jurídica.

Bibliografía

(1) Siburu, Juan B., Comentario del Código de Comercio Argentino, Buenos Aires, 1905, tomo I, pág. 63.

(2) Rivarola Mario A., Tratado de Derecho Comercial Argentino, ed. Ediar, Buenos Aires, 1918, tomo I, pág. XVII; cfr. Cassagne Juan de Carlos, Derecho Administrativo, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, tomo I, pág. 478 y sgtes.

(3) Cassagne, ob. cit. pág. 469.

(4) Linares Quintana, Segundo V., Gobierno y Administración, ed. Tea, Buenos Aires, 1946, tomo I, pág. 118.

(5) Entre otras: leyes 20.521 y 20.337.

(6) Cfr. Morandi Juan C.F., De los aseguradores y su control, RDCO 1978- 65-1137.

(7) J.A. 1979-IV-554.

(8) E. D. 97-813.

(9) E. D. 120-337.

(10) Cfr. La Ley 1984-C-1058.

(11) Boletín Oficial 22 de enero de 1981.

(12) J. A. 1987-III-931, ap. 10.

(13) R. de Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, tomo I, pág. 80. (14) Seguimos algunas ideas de un trabajo: La costumbre como fuente de ph Derecho, por Enrique V. del Carril y Mariano Gagliardo, El Derecho And 56-809. (15) Regla V, al decir: Las costumbres mer-

cantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del Comercio, y para interpretar los actos o convenciones mercantiles.

(16) Sánchez Calero, Instituciones de Derecho Mercantil, Valladolid, 1967, tomo I, pág. 28.

(17) Fontanarrosa Rodolfo O., Derecho Comercial Argentino, ed. Zavalía, 2a ed., 1963, pág. 49.

(18) Cfr. Zavala Rodríguez Carlos J., Código de Comercio Comentado, ed. Depalma, 1967, tomo I, pág. 14.

(19) Cfr. Marienhoff, Miguel J., Tratado de Derecho Administrativo, 2da. Edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, tomo I, pág. 307; 33 Villegas Basavilbaso Benjamín, ed. Tea, Buenos Aires, 1949, tomo I, pág. 337.

(20) Linares Quintana, Segundo V., Reglas para la interpretación constitucional, ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1988, pág. 269.



La reforma procesal civil (Primeras medidas)

Prof. Dr. Hernán Casco Pagano¹

Si me encuentro escribiendo sobre la reforma Procesal Civil es porque se viene hablando, insistentemente, acerca de la crisis judicial. Vale entonces recordar que el vocablo crisis en la cultura china se halla representado por un ideograma que se dibuja con dos monogramas: uno equivale a peligro, y el otro a oportunidad.

La crisis judicial, entonces, de existir, ofrece una oportunidad de cambio que puede tener dos sentidos: uno negativo; el otro una ocasión para algo mejor.

De nosotros depende aprovechar la ocasión, elegir el camino y transitarlo después para hacerlo realidad.

Es un hecho insoslayable que el servicio de justicia no funciona como desde la más alta magistratura judicial hasta el más novel integrante del foro anhelan.

Nuestra sociedad que pretende ser moderna y que se prepara para vivir los albores del nuevo milenio, encuentra todavía que sus conflictos, que no son pocos, no hallan, muchas veces, una adecuada solución jurisdiccional, que a lo menos signifique una economía razonable de gastos, tiempo y esfuerzo.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2000.

Profesor Titular de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Presidente de la Comisión Nacional de Codificación.

A nadie escapa que últimamente se ha producido una judicialización de la vida social, fenómeno este que se tradujo, cuando menos, en un atiborramiento de causas judiciales que deben tener trámite ante los tribunales, sobre todo y principalmente, ante los Juzgados de Primera Instancia, repercutiendo de manera negativa en el servicio de justicia que se resiente ante la avalancha de cuestiones algunas conflictivas y otras de distinta índole (llamadas de jurisdicción voluntaria) pero que, también, por virtud de la ley, deben ser llevadas al órgano jurisdiccional para su tratamiento.

Considero que la reforma de la Ley Procesal Civil, para que sea útil, debe ir acompañada de otras reformas, de lo contrario resultará inocua. Prueba de ello es que una mejor ley, como sin duda lo es el actual Código Procesal Civil del año 1988 en relación al antiguo Código de Procedimientos Civiles y Comerciales del año 1883, al cual sustituyó, no se tradujo en la práctica en un mejor servicio de justicia.

En este trabajo se pretende aportar algunas ideas que podrían constituirse en las primeras medidas, no las únicas ni las más importantes, de la reforma procesal civil. Se propone, básicamente, descongestionar los juzgados de primera instancia, a fin de que sus jueces puedan dedicar su atención preferencial a la solución de las cuestiones de naturaleza estrictamente jurisdiccional.

Cada Juzgado de 1º Instancia en lo Civil y Comercial entra de turno de 3 a 4 veces al año, lo cual significa que debe entender en un promedio de 2.000 causas principales, esto sin contar los incidentes, excepciones, regulaciones de honorarios y demás cuestiones incidentales y accesorias a todo proceso.

Es sabido que el funcionamiento de la Justicia Letrada no llenó las expectativas que motivaron su creación, dirigidas, básicamente, a paliar la mencionada situación, como se verá más adelante.

Del mismo modo, la Justicia de Paz, cuya ley es del año 1898, no cumple en la actualidad con su principal finalidad, destinada a

que sus jueces actúen como una especie de “amigables componedores” entre los miembros de una determinada parroquia, cerca de la gente. Como el juez de la antigüedad sentado bajo una higuera resolviendo bondadosamente los pequeños conflictos surgidos entre los vecinos.

RESUMIENDO:

1- La Justicia Letrada como un tipo especial de proceso para la tramitación de las cuestiones de menor cuantía no se ha justificado. Adviértase que, por razón de la cuantía son competentes para conocer y decidir en aquellos litigios cuyo valor oscila entre sesenta (60) y trescientos (300) jornales mínimos para actividades diversas no especificadas en la capital. Vale decir, entre aproximadamente G. 1.360.32 y G. 6.801.161.

Además, son incompetentes “*ratione materiae*” en los juicios de convocatoria de acreedores y quiebras, sobre posesión y propiedad de inmuebles, juicios laborales, amparo, derecho de familia y sucesorios (Art. 685, 2p. CPC).

Por lo demás, es sabido que la proliferación de tipos procesales no ayuda en nada al ideal de justicia pronta y barata, por ello se tiende a eliminarlos en las legislaciones procesales modernas.

La estructura concebida por el Código Procesal Civil para el juicio de menor cuantía -en realidad una modificación de la legislada en el Código de Organización Judicial- no convirtió a este proceso ni en breve ni en sumario. La sustanciación de las causas de menor cuantía ante los jueces letrados, duran y cuestan igual que los que tramitan ante los de mayor cuantía o jueces de 1ª Instancia.

Siendo así, se debería suprimir el Título XIII del Código Procesal Civil, convirtiendo a los seis (6) jueces letrados en jueces de 1ª Instancia. Los jueces letrados gozan de remuneraciones similares a los de 1a Instancia, por cuya razón el presupuesto no se verá afectado.

Con esta sola medida se elevarán de 12 a 18 los juzgados de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de Asunción. Un 33% más sin que se afecte el costo de la administración.

2- Se debería ampliar la competencia de los jueces de paz llevándola, en relación a la cuantía, al equivalente a Seiscientos (600) jornales mínimos diarios.

Un dato estadístico digno de destacar es que entre el 60% al 70% de los juicios que se tramitan ante los juzgados de 1ª instancia son juicios ejecutivos; la mayoría de ellos por cantidades comprendidas dentro de los montos señalados precedentemente. En consecuencia, al derivarlos a los jueces de paz se logrará el mayor descongestionamiento posible de expedientes de los juzgados de 1ª Instancia.

3- Como complemento de lo anterior se requerirá la creación de nuevos juzgados de paz, estableciendo su competencia por razón del turno de manera similar a los de 1ª Instancia.

4 - Coherente con la idea de no propender a la acción de nuevos tipos procesales, el trámite ante los juzgados de paz para los juicios ejecutivos debiera ser el empleado para la 1ª Instancia; pero no el que ahora rige sino otro más ágil y sin las innecesarias complicaciones del actual, conforme al que se propone en el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil redactado por la Comisión que fue constituida al efecto por encargo de la Corte Suprema de Justicia.

Para los demás procesos ante la Justicia de Paz se utilizaría, básicamente, el legislado en el Título XII del Código Procesal Civil (Proceso de conocimiento sumario), el cual, no obstante, su carácter sumario, es un proceso de conocimiento típico abreviado.

Finalmente, se debe establecer la competencia de los Tribunales de Apelación para entender en los recursos interpuestos contra las resoluciones de los jueces de paz que sean recurribles, para no congestionar por esta vía lo que se pretende aliviar por la otra.

5 - Ampliación de las facultades procesales de los actuarios, a fin de aliviar a los jueces de tareas menores. De este modo, los secretarios podrían:

5-1 Dictar providencias de mero trámite, tales como: “Agréguese”. “Por devueltos los autos”. “Cúmplase”. “Póngase de manifiesto en secretaría por el plazo de ley”; las que ordenan simples traslados o vistas, o disponen la remisión de los expedientes, etc.

5-2 Realizar ciertos actos procesales, tales como: tomar juramento a peritos terceros; suscribir oficios y mandamientos ordenados previamente por el juez, v.g.: informes sobre condiciones de dominio, gravámenes, valuación fiscal, embargos, lanzamientos, etc.

Todo esto sin perjuicio de iguales facultades que, por supuesto, seguirá manteniendo el juez.

6 - Sabido es que muchas veces el costo que implica la realización de los remates judiciales sobrepasa el crédito del ejecutante y hasta el valor del bien que se subasta, insumiendo, además, un tiempo excesivamente largo para efectivamente efectuarlos, en caso que el ordenado en primer término no haya sido realizado por falta de postores.

Por razones de economía de tiempo y costos, la norma procesal debe autorizar las subastas sucesivas, vale decir, en caso de frustrarse la primera, debe llevarse a cabo una hora después con la retasa del 25% de la base de venta y siempre que el ejecutante no opte por adjudicarse por las 2/3 partes del valor del bien. Si en la segunda no hubiere postores nuevamente, se debe realizar la tercera sin base de venta una hora después de la segunda. Todo esto se hará constar en los respectivos avisos de remate.

7- En algunos países el arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos ha contribuido grandemente para lograr descongestionar los juzgados de causas de naturaleza patrimonial, por ello

debería modificarse en algunos aspectos el Libro V del Código Procesal Civil o redactarse una nueva ley de arbitraje que se halle, en la medida de lo posible, en consonancia con el propósito anhelado.

8- Desjudicialización: No es razonable a esta altura continuar asignando al Poder Judicial el conocimiento de asuntos de carácter no jurisdiccional, que pueden hallar igual o mejor satisfacción fuera de su ámbito. Y esto sin menoscabo para el ejercicio de la profesión de abogado atendiendo que el Art. 6º de la Ley 1376/88 de Arancel establece la obligatoriedad del patrocinio de abogado en todo asunto judicial o administrativo.

Siendo así, se indican las siguientes medidas:

81. Supresión del procedimiento judicial para la obtención del beneficio de litigar sin gastos; asignando dicha atribución a la oficina administrativa pertinente del Ministerio de Justicia.

8-2. Supresión del procedimiento judicial de mensura, atribuyéndose dicha función y competencia a la oficina técnica correspondiente del Ministerio de Obras Públicas.

8-3. Atribución a la Dirección del Registro del Estado Civil de las Personas para entender en los asuntos referidos a rectificación, cambio, supresión y adicción de nombres.

8-4. Atribuir a la Dirección de los Registros Públicos, Registro de Personas Jurídicas y Asociaciones, facultad para la rubricación de libros y papeles de comercio.

8-5. Estudiar la posibilidad de sancionar la Ley de sucesión extrajudicial voluntaria, con patrocinio letrado obligatorio.

8-6. Igualmente, respecto de la sanción de la Ley de disolución voluntaria de la comunidad conyugal extrajudicial, con igual patrocinio obligatorio.

9- Creación y funcionamiento permanente de una Escuela o Academia Judicial que sirva para el estudio, perfeccionamiento y actualización de jueces, actuarios y funcionarios judiciales.

Estas medidas que son básicas y primeras y que debieran ser enriquecidas con esclarecidas observaciones, deberían estar, acompañadas por otras, entre las que se hallan la actualización del Código de Organización Judicial y la reforma de otros institutos procesales legislados en el Código Procesal Civil.



Alcance de la indemnización de daños y perjuicios en caso de expropiación

Marcela Gómez Navarro¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2010.pdf (pág. 49).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2010.
Relatora de la Corte Suprema de Justicia.

Caducidad de instancia en los juicios concursales

Carmelo A. Castiglioni¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_3_2010.pdf (pág 12).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 3-2010.
Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Quinta Sala, Capital.

Algunos casos de daños derivados del derecho de familia

Alberto Martínez Simón¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_4_2010.pdf. (pág. 29).

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-2010.
Doctor en Derecho. Juez de 1° instancia en lo Civil y Comercial del noveno turno. Capital.

El derecho procesal civil paraguayo. Una mirada retrospectiva, descripción actual y el anhelo de humanización del proceso

Abg. Juan Martín Palacios Fantilli¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2012.pdf. (pág. 47).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2012.

Abogado y Escribano (UNA). Relator de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Ex Profesor de la Cátedra de Derecho Procesal Civil (UCA) y en ejercicio en la Univ. Columbia del Paraguay. Ex Profesor de la Cátedra de Métodos de Resolución de Conflictos (Univ. Americana). Mediador del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara y Bolsa de Comercio del Paraguay. Maestrando de la Maestría de Derecho Privado de la Univ. Nac. de Rosario. Realizó Cursos de Postgrado en Didáctica Universitaria y Derecho Procesal Civil. Coautor de la obra Manual de Mediación, publicado por el CIEJ. Ha publicado trabajos en revistas jurídicas especializadas. Ha presentado ponencias y dictado cursos en temas relacionados al Derecho Procesal Civil y a los Métodos de Resolución de Conflictos.

Sociedad de un solo socio

Juan Bautista Fiorio Giménez¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_4_2014.pdf. (pág. 19).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-2014.

Juan Bautista Fiorio Giménez: Nacido en Asunción, Paraguay, el 10 de agosto de 1953. Educación: Secundaria: Colegio Cristo Rey (1970), Universitaria: Universidad Católica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomática (Título de Abogado año 1977 – Título de Notario año 1980 (Mejor Graduado de la Clase). Becado para el curso de 1985 del American and Comparative Law Center, The South Western Legal Foundation. Miembro: Colegio de Abogados del Paraguay, Internacional Bar Association e Instituto Paraguayo de Derecho Bancario y Societario. Desde el año 1981, socio propietario del Estudio Jurídico “Fiorio, Cardozo & Alvarado – Abogados”. 1. Código Civil Paraguayo, Ley 1183/86 vigente desde el 1° de enero de 1987, Libro Tercero, Título II, Capítulo XI “De la Sociedad”, Sección I “Disposiciones Generales”, Parágrafo I, Artículo 959

El juicio ejecutivo

Dr. Neri Joel Kunzle¹

“El juicio ejecutivo, a diferencia del ordinario, no tiene por objeto la declaración de derechos dudosos y controvertidos, sino que es un procedimiento establecido para que pueda hacerse efectivo el cobro de un crédito que viene establecido en el documento, que debe ser suficiente y bastarse a sí mismo” (Jorge D. Donato, “Juicio Ejecutivo”, Ed. Universidad, Bs. As., 1993, pág. 64)

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2015.pdf. (pág. 23).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2015.
Abogado y Procurador. Asesor jurídico de la Corte Suprema de Justicia

Disregard of Legal Entity

Abg. Pablo Costantini¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_4_2015.pdf. (pág. 25).



¹ Publicado en la Revsita Gaceta Judicial 4-2015.

La Personalidad Jurídica en la sociedad y la responsabilidad limitada

Abg. Pablo Costantini¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2016.pdf. (pág. 53).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2016.

La resolución de caducidad de tercera instancia. Revisión ante la Sala Civil y Comercial

Violeta Silva Velázquez¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2016.pdf. (pág. 85).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2016.

Abogada, escribana pública, por la Universidad Nacional de Asunción, didáctica universitaria, 2015, por la Universidad Americana. Relatora de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2002 hasta la actualidad.

El recurso ordinario y horizontal

Violeta Silva¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2016.pdf. (pág. 71).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2016.

También llamado recurso de reposición: https://es.wikipedia.org/wiki/Recurso_de_reposici%C3%B3n

Acerca de la prescripción en curso de causa civil

Dr. Giuseppe Fossati López¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_3_2016.pdf. (pág. 23).

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 3-2016.

Abogado. Doctor en Derecho (“Estado y Persona en los Ordenamientos Jurídicos, enfoque Derecho Civil”); Universidad de Bologna, Italia, XXIII ciclo. PhD Fellow, Istituto di Studi Avanzati, Universidad de Bologna, Italia. Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero por la Universidad de Alcalá de Henares y el Centro Internacional de Formación Financiera, España. Profesor de Derecho Civil, Obligaciones, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Sede Regional Asunción. Miembro del plantel docente del Máster en Derecho de la Empresa y del Curso de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Sede Regional Asunción.

El recurso horizontal

Violeta Silva Velázquez¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_4_2016.pdf. (pág. 23).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-2016.

También llamado recurso de reposición: https://es.wikipedia.org/wiki/Recurso_de_reposici%C3%B3n.

Abogada (2001) y Escribana Pública (2002) egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Master en Derecho Procesal (2016), Universidad Nacional de Rosario. Argentina. Doctora en Derecho. Universidad Nacional de Rosario. Argentina (Pendiente de defensa de tesis).

Nuevas tendencias jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay en materia de Recursos de Nulidad, Apelación, Reposición y Aclaratoria

Andrea Ferreira Armele¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2017.pdf. (pág. 19).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2017.

Abogada. Promoción 1999. Notaria y Escribana Pública. Promoción 2001. Universidad Nacional de Asunción. Relatora de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2004 a la fecha.

Responsabilidad civil en procesos penales

Dr. José Raúl Torres Kirmser¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2017.pdf. (pág. 25).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2017.

Ministro de la Corte Suprema de Justicia y Presidente de la misma en los ejercicios 2006, 2010 y 2014. Ministro encargado del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Dirección de Estadísticas Judiciales. Miembro del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Decano y Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro del Consejo Superior Universitario y de la Asamblea Universitaria de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor Titular de Derecho Mercantil I, Derecho Mercantil II y de Derecho Civil (Obligaciones) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro de la Comisión Nacional de Codificación. Miembro fundador de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales.

Diferencias y similitudes entre la responsabilidad contractual y la extracontractual

Dr. Alberto Martínez Simón¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2018.pdf. (pág. 21)



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2018.
Magistrado del Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Sexta Sala. Asunción. Docente Universitario.

Justice Served: Cómo el Paraguay gana (¡Finalmente!) El caso Gramont Berres¹

Dr. Roberto Moreno Rodríguez A²

“Todos son corrompibles...”

Gustavo GRAMONT BERRES

“Y para decirlo de una vez, concedido esto, ¿no es triste, vergonzosa y miserable la vida de los hombres corrompidos?”
Gorgias, PLATÓN.

“Thrice is he armed that hath his quarrel just”
SHAKESPEARE, Henry VI, Part II, Act 3, Scene 2

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2018.

El presente ensayo constituye la semilla de una obra más extensa que pretenderá contar la historia completa de cómo el Paraguay pudo sobreponerse a años de injusticia y prevalecer en cortes norteamericanas, dejando en evidencia que todo el affaire GRAMONT BERRES no fue sino una sórdida trama en la que nuestro país fue embaucado. Por ello, pido disculpas al lector si el mismo no es completo, y le pido encarecidamente su paciencia respecto de la aparición de la obra referida, que verá la luz próximamente. Además, dados los exigentes tiempos editoriales, no tiene la claridad y revisión plena que hubiese deseado. De todas maneras, aún incompleto y bruto, debería —o al menos, eso espero— servir al lector como una guía para entender mejor el trasfondo de esta historia. Las páginas que siguen no hubiesen visto nunca la luz sin la (siempre generosa y diligentemente perseverante) iniciativa del Dr. Giuseppe FOSSATI LÓPEZ, quién además tuvo decisiva colaboración como eximio Asesor Legal de la Procuraduría General de la República para que esta historia de tribulaciones judiciales internacionales del Paraguay tenga un final feliz.

² Abogado, Universidad Católica de Asunción (Mejor Egresado de la Promoción 2000, distinción sobresaliente); Master en Derecho Comparado por la University of Oxford, egresado en el Cuadro de Honor de la Promoción con Distinción (2003, Magister Juris, First Class Honours — Distinction); Notario Público, Universidad Nacional de Asunción (2001, Mención de Honor); Cursos de Postgrado en Derecho

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2018.pdf. (pág. 11).



Privado en la Universidad de Salamanca (2002) y en la Universidad de Buenos Aires (2001). Profesor de Derecho Civil — Contratos (Universidad Católica de Asunción); Profesor Invitado al Curso de Doctorado en Ciencias Jurídicas (Universidad Católica de Asunción); Profesor Invitado a la Universidad de Princeton, U.S.A. (2005); a la Universidad Austral (2005); y al Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2006-07). Profesor Invitado a la Escuela Judicial del Paraguay. Autor y coautor de diversas obras jurídicas: *Cómo repensar el derecho privado moderno*, Edit. La Ley Paraguay, Asunción, 2010 (en co-autoría con Fernando Pantaleón Prieto, Fernando de Trazegnies, Carlos Soto Coaguila); *Comentario al Código Civil Paraguay*, Edit. La Ley, Asunción, 2010 (Tomos VI-A y B, comentario a: contrato de donación; contrato de fianza; contrato de transacción; enriquecimiento sin causa; responsabilidad civil); *Arqueología de la responsabilidad Civil en el derecho paraguay*, Edit. La Ley, Asunción, 2009; *¿Quién responde? 8 ensayos accidentales sobre la responsabilidad civil en el derecho paraguay*, Edit. La Ley, Asunción, *Derecho Privado Paraguay*, Edit. La Ley Paraguay, Asunción 2009 (Coordinador); y decenas de monografías jurídicas publicadas en Argentina, Holanda, Chile, Brasil, Perú y otros países, y en el Paraguay; Árbitro, Tribunal Arbitral du Sport (TAS), con sede en Lausanne, Suiza; Árbitro, Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios del Paraguay. Ex Procurador General de la República del Paraguay.

La curatela en las sucesiones reputadas vacantes. ¿A quién corresponde?

Diego A. Soto Giubi¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2019.pdf. (pág. 19).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2019.

Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Didáctica Superior Universitaria por la UNA. Masterando en la Maestría en Derecho de la Empresa de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Sede Regional Asunción. Profesor auxiliar de la cátedra de Derecho Civil V — Sucesiones — turno tarde, de la carrera de Derecho de la UNA, desde el año 2012. Fue profesor auxiliar en la misma cátedra para la carrera de Notariado de la UNA, fue profesor encargado de cátedra de Introducción a las Ciencias Jurídicas de la Ciencias Políticas y Sociología de la UNA. Funcionario judicial entre los años 2007 y 2015, en donde ejerció funciones de dactilografía de cuestiones de fondo y forma en juzgados de primera instancia en lo civil y comercial de la capital y relatoría en el tribunal de apelación en lo civil y comercial, sexta sala, de la capital. Actualmente se desempeña como Procurador Delegado en la Procuraduría General de la República.

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Causales de resolución de los contratos en el Código Civil Paraguayo

Hugo Manuel Garcete¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_4_2019.pdf. (pág. 17)



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-2019.
Esta doctrina es el Volumen I relacionado a figuras jurídicas del Derecho Civil.

Profesor de la Cátedra de Derecho Civil Contratos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, así como también profesor de postgrados en materia de Derecho Civil y Procesal Civil (Escuela Judicial y Derecho de la UNA). Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital.

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

.

La empresa por Acciones Simplificadas (E.A.S.)

Francisco Viveros Machuca¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2020.pdf. (pág. 59).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2020.

Abogado y Notario egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica de Asunción (UCA). Máster en Derecho de la Economía y Management Público por la Università di Pisa, Italia (Calificado con nota “Distinguido”). Cursante de especializaciones en materias de Derecho Civil y Comercial en la London School of Economics (LSE), Londres, Reino Unido y en la Universidad de Salamanca (USAL), España; y de la maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario (UNR), República Argentina. Profesor Asistente en la Catedra de Derecho Civil (Contratos) de la Universidad Nacional de Asunción (UNA).

La caducidad de instancia en el contexto de la pandemia

Julio C. Pavón Martínez¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2020.pdf. (pág. 97).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2020.

Abogado, Notario y Escribano Público, Egresado de la Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Derecho Civil y Comercial por la misma Universidad. Masterando en la misma especialidad. Actualmente desempeñándose como Secretario de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay.

Revisando la lesión, vicio de los Actos Jurídicos

Alberto Martínez Simón¹²

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2022.pdf. (pág. 19).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2022.

Cabe destacar que este artículo fue escrito para ser publicado en la Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, en su edición No. 29, años 2020 y 2021. Fue publicado en la Sección “Derecho Civil”, de la página 129 a la 162 de la misma.

² Abogado, mejor egresado de la promoción 1992, Escribano Público y Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Docente de grado y postgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción y de postgrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Ejerció la profesión de Abogado. Fue Juez de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial y Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, en Asunción. Ministro de la Corte Suprema de Justicia, integrante de la Sala Civil y Comercial de la misma. Miembro de Número de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales.

Derecho Penal

El procedimiento correccional de menores

Prof. Dr. Alejandro Encina Marín¹

Concitando la unánime expectativa forense, el Poder Judicial de la República, ha visto enriquecida su actividad con el funcionamiento de los Juzgados correspondientes a la novísima jurisdicción de menores, en los Tribunales de la Capital.

Aun cuando entre los Magistrados nominados para desempeñar la judicatura proteccional se encuentran personas avezadas en el conocimiento de la problemática de administrar una Justicia concebida con parámetros propios y totalmente ajenos a los del procedimiento Civil y Penal, quizá convenga abordar, ya a esta altura, algunas consideraciones de orden procesal que, por llevar en sí el espíritu e interpretación auténtica, sirvan como un elemento orientador de su noble quehacer.

La comisión encargada de la redacción del anteproyecto, al instituir lo que denominó “Jurisdicción Especial de Menores”, con ánimo totalmente pionero en la materia, y despertando el beneplácito y entusiasmo de expertos y organismos internacionales, optaron por bifurcar la actividad proteccional, en dos ramas específicas a las que corresponden otros tantos Juzgados: Uno, denominado “Tutelar”, al que se encomienda el tratamiento de las cuestiones de menores anteriormente pertenecientes al “Fuero Civil, al Comercial y al Laboral”, y otro con el nombre de “Correccional”, para el estudio y solución de la problemática antes tratada en la jurisdicción criminal, de acuerdo con las disposiciones del Código Penal, y el de Procedimientos Penales, declarados perimidos e inconvenientes, a la vez que definitivamente reemplazados en materia de menores, por las normas de una nueva Legislación.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-1983.

Conviene señalar como una suerte de originalidad, la asistencia de ambos Jueces por una nómina inusual de auxiliares de la administración de Justicia: a los representantes del Ministerio Público, encargados del contralor legal en función afín a la que desempeñaba la Defensoría de Menores, la propuesta de la Comisión agregó Peritos Psicólogos y Psiquiatras y un grupo calificado de los llamados “Inspectores Auxiliares”, que bien podría ser integrado por Asistentes Sociales diplomados, a los cuales, tan pronto se produzca su designación, se encargarán los aspectos pertinentes a la información respectiva a las condiciones de vida de los menores con desórdenes de conducta.

Una administración inteligente de la gestión de estos Inspectores por parte del Juzgado, los convertirá en los verdaderos rectores de las medidas que haya de adoptar el Juez en cada caso, toda vez que su intervención será decisiva en este aspecto.

En líneas generales, el procedimiento en la jurisdicción de Menores, cuenta con todos los elementos necesarios para la administración sumaria y totalmente desgravada de la Justicia Proteccional de los Menores.

El Art. 260 establece que el ritualismo, conforme con los parámetros generales de la Justicia nacional, será escrito y SUMARIO, con amplio margen de iniciación “a instancia del propio menor, de sus padres, del Ministerio Público, o de quienes tengan interés legítimo en hacerlo. Podrá igualmente ser iniciado de oficio por el Juez competente”.

Las actuaciones pertinentes a menores, se hallan exoneradas de todo impuesto de papel sellado, y aun de Tasas Judiciales (Art. 264), y todas las vistas y traslados, son perentorios (Art. 265).

El ámbito Correccional está estructurado sobre normas claras y categóricas que hacen ver que el moderno Derecho de Menores es una disciplina independiente y prioritaria, que en el campo penal constituye una verdadera revolución. Con este ordenamiento se mar-

gina definitivamente al Menor con desórdenes de conducta, del ámbito del Derecho sancionador concebido para los adultos, y representado hasta hoy, principalmente, por nuestro obsoleto Código Penal.

El fenómeno del menor incurso en conductas hasta ahora punibles cede ante la actividad de un equipo PROTECCIONAL que encara la inconducta infantil y juvenil, como una suerte de traducción de patología social, cuya terapia corre a cargo del equipo dirigido por el Juez en lo Correccional.

En procura de la abreviación de cualquier procedimiento tendiente a paliar una situación como la que venimos analizando, el Art. 292 establece la habilitación “per imperium legis” de todos los días y horas inhábiles, lo que impone, sin duda, una actividad singular al Juez en lo Correccional, que así queda obligado a una labor de tiempo completo en todos los hechos que caigan bajo su jurisdicción.

Se concede igualmente al Magistrado en lo Correccional, la facultad de subsanar cualquier vicio o irregularidad que se registre dentro del procedimiento, en sustitución de cuestiones previas o incidentes, cuya articulación está vedada a las partes por imperio del Art. 293.

Se prohíbe la prisión preventiva de los menores de catorce años, a quienes, en principio se confiará a la custodia de sus padres, salvo caso de peligro físico o moral para ellos. En esta circunstancia, el Juez podrá ordenar su internación en un establecimiento destinado a su guarda, o entregarlo a la custodia de otras personas, sean o no sus parientes.

En el mismo orden de cosas, se prohíbe en forma categórica la detención o arresto de los menores de edad, en comunicación con otros arrestados mayores de edad.

El procedimiento investigador de la inconducta del menor, deberá arrancar necesariamente de la recepción de una declaración de informe prestada por el propio menor. Estimamos que en este sen-

tido, no debe el Juez Correccional escatimar un tratamiento afectuoso, libre de hostilidad y de admoniciones, a los efectos de proyectar sobre el compareciente la sensación real y verdadera, de que se está operando en su favor, y de ninguna manera en contra de sus intereses y derechos.

En este sentido, no puedo menos que recordar lo que nos decía un antiguo Juez de Menores Norteamericano: “Nunca me siento como mejor administrador de la Justicia de Menores, como cuando desciendo de mi tarima y puedo apoyar mi mano en la espalda del compareciente”.

Se prevé una investigación discrecional, que debe terminar en el perentorio término de 30 días, dentro de los cuales el Juzgado reunirá toda la información relativa al hecho, y practicará las diligencias que propusieren los interesados, siempre que no las repunte innecesarias. En el mismo orden de cosas, y un poco reproduciendo las normas del Art. 144 del Código de Procedimientos Penales, se establece que: “Las providencias que ordenen practicar diligencias, son irrecurribles”.

Como complemento de este procedimiento obligatorio de investigación, se admitirá la apertura de un término probatorio señalada en cada caso por el Juez, de acuerdo con las necesidades de la investigación, y si esta no se hallare concluida, deberá el Juez hacerlo saber a la Corte Suprema de Justicia, y concluirá su actividad en un término que no podrá exceder de 15 días.

Concluida la investigación, y previo el llamamiento de “Autos” el Juez dictará resolución en el término de 10 días (Art. 301), y contra esta resolución podrán interponerse los recursos de apelación y nulidad dentro de tercero día, debiendo ser los mismos concedidos siempre, al solo efecto devolutivo.

El Art. 304 determina quiénes podrán intervenir o participar en el Procedimiento Correccional: Además del representante del Ministerio público, podrán hacerlo los abogados que asistieren al menor a su pedido, o al de sus padres, tutores o guardadores, y aun estos

mismos, si el Juzgado lo reputase conveniente, pudiendo intervenir además los Inspectores Auxiliares encargados del menor.

Todas estas personas llevan sobre sí la responsabilidad de salvaguardar la reputación del menor sometido a la jurisdicción especial, con motivo de hechos que por más delictuosos que fueren, si hubiesen sido perpetrados por menores de 14 años, no serán tenidas en cuenta a los efectos de reiteración o reincidencia. (Art. 311). Estas personas cargan con la responsabilidad de mantener total reserva sobre lo que conozcan dentro del procedimiento, ya que con arreglo al Art. 266 de la Ley N° 903: “QUEDA PROHIBIDA TODA PUBLICIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS RELATIVOS A MENORES”.

El Juez correccional deberá preservar todo desorden o desarreglo de conducta por parte de los mayores intervinientes en el proceso, cuyo ejemplo pueda ser negativo para el menor. El Art. 310 del Código faculta al Juez a amonestar al que en una audiencia no guarde el comportamiento acorde con la naturaleza del procedimiento, pudiendo excluirlo de la audiencia en caso de reincidir, y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias previstas por la Ley.

Recurrida la resolución de Primera Instancia, el Tribunal de Apelación desarrollará un procedimiento similar al utilizado para debatir actualmente la apelación o nulidad que hubiese sido concedida en relación y al solo efecto devolutivo, es decir: Presentación de un memorial en el término de tres días perentorios, y traslado por idéntico término, con lo cual se concluye la discusión dictándose resolución en Instancia definitiva, en el término de 20 días.

No hemos de ocuparnos en esta oportunidad de las medidas cuya administración tiene el Juez Correccional de Menores como potestad para paliar o corregir los estados de inconducta, pues entendemos que ello debería ser objeto de un trabajo posterior.

Pero sí hemos de expresar que, en esta etapa primaria en que se abre a la perspectiva nacional un nuevo modo de conducir la administración de Justicia para los menores de la República, debemos significar que el Juez en lo Correccional debe operar sin temores ni

recelos de ninguna naturaleza. La prodigación de Justicia que se le confía, inviste todas las condiciones propias del obrar en bien público.

Una eficiente asignación de funciones a sus auxiliares, y la facultad que la Ley le dispensa de investigar todos los aspectos de la vida de relación del menor, sus características psicológicas, sus aptitudes y su comportamiento en las diversas facetas de su vida, le permitirán el conocimiento de un panorama cierto y real, del problema bajo juicio, con lo cual no deberá temer el error.

La jurisdicción de Menores responde en su accionar, a un axioma: “Todo lo que tienda al bienestar del menor, está bien”.

Bajo esta orientación, los Jueces en lo Correccional de Menores deben actuar en esta etapa primaria hasta si se quiere con cierta audacia, abriendo el camino nuevo que se merece la minoridad de la patria, base de una ciudadanía en desarrollo, forjadora de un futuro de paz para la nación.



Las notificaciones en el proceso penal

Abg. Arnaldo Giménez Cabral¹

Las notificaciones tienen una importancia trascendental en los procesos, dado que su omisión puede causar la indefensión de las partes y ser motivo, en su oportunidad, de la nulidad de todas las actuaciones, desde la resolución o providencia no sometida a dicha formalidad.

Ahora bien, como las notificaciones en lo Criminal deben ser estudiadas no solo en el Código de Procedimientos Penales, sino, y muy especialmente, en el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales, al cual aquel se remite, consideré oportuno referirme al tema en su relación con el proceso penal.

NORMAS APLICABLES: El Código de Procedimientos Penales alude al tema en el Art. 66. Y este nos remite al Código de Procedimientos Civiles y Comerciales, al expresar que “LAS NOTIFICACIONES, citaciones y emplazamientos se harán en la forma determinada por el Código de Procedimientos Civiles, salvo los casos en que se determine otra cosa en el presente Código”. Pues bien, el Código de Procedimientos Civiles se refiere al punto desde el Art. 32 al 41 inclusive. Pero, a excepción de los arts. 41 y parte de los artículos 39 y 40, todos los otros fueron ya modificados por los Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º del Decreto-Ley N° 5679, promulgado el 31 de marzo de 1938.

El Decreto-Ley N° 5778, de fecha 4 de abril de 1938, por el que se modificaron algunas disposiciones del Código de Procedimientos Penales expresamente dice en su Art. 1º, que “LAS NOTIFICACIONES se practicarán de conformidad a lo establecido en el Decreto-Ley, sobre reforma del Código de Procedimientos Civil y Comercial,

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-1983.

en lo que fuere aplicable”. Y, lo único inaplicable del mencionado Decreto a los procesos criminales, es lo instituido en su artículo 4º, donde se individualizan los casos que deben notificarse por cédula. En lo PENAL, en vez de ese artículo, se aplica el Art. 2º del Decreto-Ley N° 5778.

EL ENCARGADO DE SU DILIGENCIAMIENTO: Es el Ujier, funcionario nombrado por la Corte Suprema de Justicia. Son designados DOS por cada Juzgado de los fueros Civil, Comercial y Laboral y, UNO para cada Juzgado del fuero Criminal, según lo dispone la Acordada N° 2 del 7 de setiembre de 1938. Estos funcionarios cumplen sus labores bajo “LA DIRECTA FISCALIZACIÓN DEL SECRETARIO O DEL JUEZ EN SU CASO”. Sus Deberes y Atribuciones se hallan previstos en el Art. 189 del “CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL”, Ley N° 879 del 2 de diciembre de 1981.

DE LAS DISTINTAS MANERAS DE PRACTICARLAS: Las notificaciones pueden realizarse por cédulas, por notas y por edictos. Como estos últimos se hallan bien desarrollados y claramente expuestos en los artículos 87, 88 y 89 del Código de Procedimientos Penales y en el Artículo 3º del Decreto-Ley N° 5778, su cumplimiento no ofrece dificultad alguna. Por tanto, nos referiremos a ella únicamente para recordar que, a su respecto, es fundamental la lectura de las Acordadas N° 15 del 12 de diciembre de 1967, sobre periódicos en que deben publicarse, y N° 8 del 19 de octubre de 1983, sobre la forma en que deben publicarse.

En consecuencia, pasaremos a referirnos entonces, a las otras dos maneras de practicarse las notificaciones: La notificación por cédula y la notificación por nota.

LA NOTIFICACIÓN POR CÉDULA: Se realiza en el domicilio de la persona a ser notificada. Como ya lo expresamos antes, el Art. 2º del Decreto-Ley N° 5778 determina que “Serán notificados en el domicilio de las partes: a) La admisión de la querella formulada por particulares; b) El auto que dispone la absolución de posiciones; c) El

auto que abre la causa a prueba; d) Las sentencias definitivas y las interlocutorias, con fuerza de tales”.

Dichas notificaciones deben realizarse dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado la pertinente resolución o providencia. Para ese efecto, el Actuario deberá separar los procesos en los que han de practicarse las notificaciones, redactar las cédulas y entregarlas, en duplicado, al Ujier, quien lo firmará y sellará, para luego dar cumplimiento a su cometido, teniendo en consideración lo que disponen los Arts. 39 y 40 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales. Una vez diligenciada la cédula devolverá el original a Secretaría, o el original y duplicado si no la diligenció, dando cuenta al Actuario de los inconvenientes que pudo haber tenido en su practiciamiento. Por último, también está obligado a anotar en un libro las cédulas recibidas o devueltas.

Igualmente, cuando corresponda, es aplicable al caso lo previsto en el Art. 13 de la Acordada N° 9 del 28 de diciembre de 1934, que dice: “Toda copia que se presente para traslado deberá constar en el cargo de la presentación del escrito, en la nota del actuario de haberse entregado la cédula respectiva al Ujier y en la diligencia de notificación a la parte que deba contestar el traslado”. Ver la primera parte del Art. 1 de la Acordada N° 5, de fecha 12 de setiembre de 1959.

LAS NOTIFICACIONES POR NOTA: (personal y automática). Se realizan en la secretaría del Juzgado o Tribunal de Apelación y, salvo los casos expresamente individualizados en el Art. 2° del Decreto-Ley N° 5778, todas las demás resoluciones y providencias deben ser notificadas en la secretaría del Juzgado o del Tribunal en los días hábiles de la semana, fijados para el efecto. En los Juzgados de Primera Instancia en lo Criminal se han señalado, como días de notificaciones en secretaría, los lunes, miércoles y viernes hábiles. En los Tribunales de Apelación, los días martes y viernes, también hábiles. Esos días, los interesados están obligados a concurrir a las secretarías respectivas, a objeto de notificarse en los expedientes o, en

su caso, en el “Libro de Asistencia”. En el supuesto de que no concurren las partes o sus mandatarios esos días, el Ujier, o el Secretario si aquel no se encontrare, dejará constancia de ello en el expediente y las resoluciones o providencias dictadas, serán tenidas como notificadas por el ausente, comenzando a correr los términos, para todos los efectos legales, desde el día subsiguiente hábil.

También es destacable mencionar, aunque en la práctica es de muy difícil aplicación, que en los días señalados para las notificaciones en Secretaría el Actuario, desde la apertura del Juzgado, ya debe tener una lista de los expedientes a ser notificados, confeccionadas en triplicado. Una de ellas debe fijarse en la secretaría, en un lugar “bien visible” para las partes o sus mandatarios. Los procesos deben ubicarse en una casilla especial para “expedientes a ser notificados”. Así, las partes o sus mandatarios, se fijan en la lista, solicitan el expediente y, enterados de la resolución o de la providencia, se notifican en este, con su firma, juntamente con el Ujier o el Secretario, quienes dejan constancia del día y la hora de la notificación y si el interesado decide oponer algún recurso, también asientan sus manifestaciones en el acta.

Ahora bien, supongamos que el interesado no sepa firmar (por supuesto que no puede ocurrir con los profesionales), lo hará entonces, a su ruego, un testigo y, en el caso extremo de que se negare a firmar, sea una de las partes o su mandatario, se extenderá constancia de esa circunstancia haciendo firmar, al pie de ella, a dos testigos, no dependientes de la secretaría. En ambos casos la firmará también el Ujier o el secretario y, desde ese momento, se dará por notificado al interesado. Solo después de todo esto, se les permitirá a las partes o al mandatario, que se negó a notificarse, a firmar el “libro de Asistencia”.

Puede ocurrir también que, por algún motivo, no se encuentre en secretaría el expediente o que no exista en él una resolución o una providencia que deba ser notificada. En esas situaciones debe facultarse al interesado, sin dilación alguna, a firmar en el “libro de Asistencia”. Estimamos de interés mencionar aquí que, por disposición

de la Acordada N° 9 del 28 de junio de 1957, las firmas que se asienten en los expedientes o en el “Libro de Asistencia”, deben ser aclaradas con el sello, o si no se lo tuviere, escribiendo el nombre a máquina o con letras bien legibles. Dicha acordada, además, declara “obligatorio el uso del clisé para todos los Magistrados, funcionarios y profesionales del foro”. Más de uno ya se ha encontrado, por incumplimiento de esta disposición, con la desagradable sorpresa de que se le ha aplicado la notificación automática, pese a que firmó el “libro de Asistencia”. Hay jurisprudencias al respecto.

Antes de terminar, es conveniente aclarar un hecho negativo con referencia al uso del “Libro de Asistencia”, que no es sino un cuaderno de cien hojas o más, que se ubica en un lugar bien visible de la secretaría, ya escrita en él la fecha del día de la notificación. Como normalmente se encuentra sobre las mesas que se hallan en la entrada de la Secretaría y con un control muy relativo de parte de los responsables de las notificaciones; hace que muchos profesionales, y mismo los mandantes, sean estos querellantes o querellados y denunciados, hagan un uso indebido o incorrecto del libro, firmando en él sin preguntar por sus expedientes (las listas de estos en muy raras ocasiones se confeccionan) y hasta a escondidas del Actuario y demás funcionarios de la secretaría, evitando así, con esa actitud, la notificación automática. De esta manera no puede dárseles por notificados de las resoluciones o providencias dictadas en los autos, alargando así, indefinidamente el proceso. Salvo que la otra parte le notifique por cédula, a lo cual se ve obligado, si quiere que continúen los trámites del proceso.

Es evidente así, que el fiel cumplimiento de las disposiciones referentes a las notificaciones, no solo evitará la indefensión de las partes, con la peligrosa implicancia que ello puede acarrear para la libertad, el honor o los bienes, sino que, y esto es muy importante, agilizará evidentemente los procesos.

Para terminar, y con el deseo de que el lector tenga un mayor y mejor conocimiento del tema, nos permitimos recomendar una atenta lectura de los artículos del Código de Procedimientos Civiles, de los

Decretos-Leyes y de las Acordadas citadas y, con especialidad, de la Acordada N° 5 del 12 de setiembre de 1959.

JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE EL TEMA: Ya en este número se publican algunas del Tribunal de Apelación en lo Criminal. Pero una abundante jurisprudencia sobre la materia, encontrará el lector en el libro “REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA” del Dr. Arquímedes Laconich, de tenencia casi obligatoria para Magistrados, funcionarios y profesionales del foro nacional. En el libro de referencia, las citas jurisprudenciales se hallan al pie de los Arts. 32 al 41 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales; en el I SUPLEMENTO, en las citas N° 308, 313 y 333; y en el II SUPLEMENTO del mismo libro, en las citas que corren del N° 1231 al 1239; del N° 1611 al 1712; y, del N° 1966 al 1968.

JURISPRUDENCIA

NOTIFICACIONES EN LO CRIMINAL

OMISIÓN DE LA NOTIFICACIÓN AL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO:

“La falta de intervención del Ministerio Fiscal en el sumario, no basta para declarar la nulidad si, notificado de su terminación, consiente el auto. . . ya que este es el interesado, a quien correspondería, en todo caso, reclamar dicha omisión”. A.I. N° 28 del 10-II-1938.

NOTIFICACIÓN AL FISCAL DE FERIA DE UNA RESOLUCIÓN DICTADA ANTES

“La notificación hecha al Sr. Fiscal de Feria de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal en este juicio, es indebida, y no puede surtir efecto, máxime cuando dicho funcionario no es el que interviene como representante del Ministerio Público, en la substanciación del mismo (por lo que) procede declarar la nulidad de dicha

notificación, por no estar arreglada a derecho”. A.I. N° 58 del 5-II-1937.

FALTA DE NOTIFICACIÓN DE LAS DILIGENCIAS SUMARIALES.

“Todas las diligencias del sumario deben ser notificadas a las partes que están representadas, a fin de que ellas puedan tener conocimiento y controlarlas, dentro de las limitaciones establecidas por nuestro procedimiento en el estado sumario del proceso, y que la infracción de esta regla lleva en sí el vicio de la nulidad”. A.I. N° 394 del 25- VIII-1928.

FALTA DE NOTIFICACIÓN A LAS PARTES.

“La resolución... no fue notificada a ninguna de las partes, hecho que viene a demostrar que no se dio conocimiento ni intervención a las partes, faltándose a las disposiciones expresas de los artículos 17, 18 y 149 del C.P.P., que determinan la obligación de la intervención Fiscal en los delitos de acción penal pública, habiéndose prescindido asimismo de la intervención del acusador particular. Procede en consecuencia la nulidad... de todas las diligencias practicadas sin su intervención”. A.I. N° 521 del 24-X-1928.

“Si bien, las normas procesales en lo criminal, son de orden público, ello no autoriza que discrecionalmente se prescinda de la intervención de las partes, en la tramitación de un juicio”. A.I. N° 315 del 31-X-1935.

TÉRMINO PARA NOTIFICAR LAS RESOLUCIONES SOBRE DILIGENCIAS SUMARIALES.

“Las resoluciones que ordenan el practicamiento de diligencias investigativas en el sumario, no causan perjuicio a las partes y son irrecurribles. Ellas deben ser puestas en conocimiento de los interesados dentro de las veinticuatro horas, de acuerdo a lo establecido por el artículo 458 del Código de Procedimientos Penales, para que

si estos creyeren convenientes a sus derechos asistan a su realización”. A.I. N° 255 del 16-X-1973.

FALTA DE LA FIRMA DEL UJIER O DEL SECRETARIO EN LA NOTIFICACIÓN.

“La notificación extendida al pie del mencionado interlocutorio no consta que haya sido refrendada por el Secretario o Ujier notificador. En esas condiciones carecen de valor la apelación interpuesta por el profesional y no puede ser tomada en consideración para la concesión del recurso. A.I. N° 74 del 2-IV-1968.

NOTIFICACIÓN EN BLANCO.

“... El recurrente firmó en blanco la notificación de la resolución por la cual se le deniegan los recursos interpuestos, lo que debe interpretarse que la notificación le fue hecha en la misma fecha de la resolución”. A.I. N° 478 del 19-XII-1936.

LA NOTIFICACIÓN ES UN INSTRUMENTO PÚBLICO.

“La notificación extendida en un expediente por el funcionario autorizado para el efecto y con observancia de todas las formalidades legales constituye un instrumento público de acuerdo con el Art. 979 del Código Civil, de modo que debe surtir todos sus efectos legales salvo que sea alegada y probada su falsedad”. Acuerdo y Sentencia N° 33 del 7-VII-1959.

OMISIÓN DE LA NOTIFICACIÓN DEL AUTO DE ELECCIÓN A PLENARIO.

“La omisión de la notificación hace que el mencionado auto no esté ejecutoriado, en consecuencia, ningún trámite ulterior tiene validez”. A.I. N° 144 del 19-VIII-1941.

NOTIFICACIÓN TARDÍA.

Se notificó al querellante la providencia “cuya nulidad se solicita en fecha 16 de mayo; y la primera declaración se efectuó en Altos, en fecha 30 de abril; vale decir, antes de la fecha de la notificación; lógicamente, que dicha declaración debe ser anulada”. A.I. N° 141 del 9-VIII-1938.

SE TRANSCRIBE EN LA NOTIFICACIÓN LA PARTE RESOLUTIVA, PERO CON ERROR EN LA NUMERACIÓN DE LA RESOLUCIÓN.

Si en “la cédula de notificación... se transcribió la parte dispositiva de la resolución... no puede constituir causal de nulidad” el hecho de que el número de la resolución en la misma no coincida con el de la resolución notificada, puesto que con la transcripción mencionada se dio cumplimiento a “las exigencias del art. 39 del C.P. C. y C, 7° del Dto.-Ley 5679 y 1° del Decreto-Ley 5778”. A.I. N° 250 del 13-VIII- 1968.



Procedimiento penal. El testigo. Consideraciones previas

Magistrado Antonio Escobar Cantero¹

“El objeto del proceso penal es el acontecimiento o tema sobre el cual recae la actividad cumplida durante el procedimiento; es la entidad abstracta o el supuesto de hecho que centraliza esa actividad en su tendencia a la res iudicata. Se trata de una representación fáctico-jurídica de quien es titular del ejercicio de la acción” (Clariá Olmedo Derecho Procesal Penal Tomo III). El Juez juzga conforme a las constancias de autos. No podría ser de otra manera: de ahí la importancia de los elementos que coadyuvan con el esclarecimiento en la investigación. Es cierto también, que existen en la práctica lo que yo denomino la verdad “verdadera” es decir la verdad jurídica, que deberán coincidir para que el fallo judicial se ajuste a la Justicia. Es muy importante esta coincidencia anotada, pues no hay que olvidar que la pena que recae sobre un inocente, turba la tranquilidad social más de lo que la ha perturbado el delito que se trata de castigar, ya que “cualquiera piensa que puede ser, en un caso dado, víctima de un error judicial”. La injusticia de la pena, cuando despierta la inseguridad de los hombres honrados de la sociedad, perturba la misma tranquilidad social.

Hecha la observación que antecede y para llegar a un fallo justo es necesaria la concurrencia de una serie de factores de entre los que en estas breves consideraciones enumeraremos solo uno: EL TESTIMONIO.

El Juez antes de entrar a considerar el proceso sometido a su consideración deberá abocarse al estudio del objeto del proceso penal entre los que están los medios probatorios y entre estos uno de los

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-1983.

más importantes es el testimonio, que es “el acto producido por el testigo ante el órgano jurisdiccional con propósito de probar” o mejor, para el proceso penal “se entiende por testimonio toda manifestación oral y escrita producida en el proceso, que implique transmitir un conocimiento, emanado del testigo en sentido propio y destine a dar fe sobre el hecho investigado”.

Espigando en Manzini –Tratado... Tomo III- nos da el concepto de testimonio como “la declaración positiva o negativa, de verdad hecha ante el Magistrado Penal por una persona (testigo) distinta de los sujetos principales del proceso penal, sobre percepciones sensoriales recibidas por el declarante, fuera del proceso actual, respecto de un hecho pasado, y dirigidas a los fines de la prueba, o sea a la comprobación de la verdad”.

Finalmente, Florian (Prueba Penal Tomo II) expresa que el testimonio es el modo más obvio de recordar y de reconstruir los acontecimientos humanos; es la prueba por la cual la investigación judicial se explica con mayor energía. “Haciendo un comentario sobre lo anotado, Clariá Olmedo nos dice: “...la encuentra (Florian) más importante en el proceso penal, ante la dificultad de reconstruir las pruebas frente a las manifestaciones de la delincuencia, siendo en el proceso penal más restringida que en cualquier otro la posibilidad de reunir las pruebas por criterios puramente formales”.

TESTIGO: La materialización del testimonio se realiza a través de una persona física (nunca puede ser una persona jurídica) que la ley lo denomina testigo.

Define un autor en un sentido amplio el testigo como “toda persona informada de cualquier manera de los hechos o circunstancias que se investigan en una determinada causa penal y cuya declaración se considera útil para el descubrimiento de la verdad”. Dijimos también más arriba que deberá ser necesariamente una persona física; por la ley no puede ser ni persona jurídica ni colectiva por cuanto como es lógico, solamente la persona física está en condiciones

de captar psíquicamente los hechos, de retenerlo, recordarlos y referirlos o narrarlos ante el Tribunal. Una sociedad, como tal, no puede ser testigo sin perjuicio de que individualmente actúe en tal carácter su gerente, administrador o autoridad estatutaria por estimarse que conoce los hechos en razón de esa circunstancia.

Conviene a los objetos de nuestro estudio restringir el concepto amplio de testigo que hemos anotado más arriba, para adecuar a lo que nos interesa, que es el proceso penal. Entre los maestros del Derecho vemos que testigo para Carnelutti es especialmente el “narrador de una experiencia” (Lecciones sobre el proceso Penal Tomo I). Máximo Castro en su obra Curso de Procedimiento Penal dice que “testigo es el que relata ante el Juez lo que ha observado” y el Procesalista Hugo Alsina en su “Tratado. Procesal...” refiere “cuando consiste en la comunicación de un hecho percibido y quien la hace es el testigo...”. Concretamente, el testigo es una persona física que ha tenido o que tuvo conocimiento de un hecho concreto a través de sus sentidos y este narra ante un Tribunal, considerándose su declaración útil para el descubrimiento de la verdad, descontándose que deberá ser en un proceso y en nuestro caso particular un proceso penal. Cabe destacar asimismo que no pueden ser testigo sino las personas físicas, no así las personas jurídicas o ideales, cuyos gerentes, administradores, etc... podrán deponer como tales. Adviértase asimismo que las instituciones no podrán expedir sino informes con valor o alcance de testimonio, desempeñando la función de testigo propiamente dicho el funcionario que informa bajo su responsabilidad y no la repartición que este dirige o integra.

Nicola Franmarino en su obra “Lógica de las pruebas... (2 Tomo) distingue tres categorías de testigos conforme al momento de la producción del hecho o acontecimiento a probarse: “testigo ante facto, in facto y post facto”. Además, distingue las instrumentales a los que se acomodan a la prueba documental, y verbales los que asimilan a los testigos in facto; es decir encierra al concepto que hemos dado más arriba sobre el testigo “en particular”.

El testigo dentro del proceso penal, es decir, la persona física, deberá ser ubicado dentro del campo propiamente procesal y excluir a determinadas personas que no se desempeñan estrictamente como tales.

La doctrina trata de resolver este problema y en ese sentido plantea si deberán ser excluidos o no del concepto de testigo en sentido estricto los sujetos activos (partícipe) y pasivo (ofendido) del hecho objeto del proceso y también el sujeto receptor del daño (dañado directo). Corresponde extenderse sobre el punto cuando se estudie la personalidad del testigo.

LEGISLACIÓN POSITIVA: Está legislada en nuestro Código de Procedimientos Penales la parte referente a los testigos en el Título IX y contiene cuatro Capítulos (Art. 233 al 274 del C.P.P.)

En la parte referente a las Reglas Generales determina quién es el que deberá recibir el testimonio como asimismo quiénes son los que deberán prestarla. En el Art. 237 del C.P.P. establece taxativamente quiénes no podrán ser admitidos como testigos y el siguiente artículo (238) determina quiénes pueden ser testigos para simple indicaciones y al solo efecto de la indagatoria sumaria. Existe además otra disposición expresa en el Art. 240 del C.P.P. en donde dice que “no podrán ser llamados como testigos...” y cita a renglón seguido a las personas comprendidas en las generales de la ley por parentesco como asimismo a los tutores y pupilos. Explica el Art. 239 que “las inhabilidades declaradas de parentesco, amistad, enemistad, vínculo social o dependencia, solo tienen lugar cuando puedan los testigos ser inspirados por su interés afecto u odio...” La misma regla -prosigue diciendo- deberá observarse en todas las demás inhabilidades que se fundan en la presunción de parcialidad del testigo, por su situación personal respecto del proceso o de sus acusadores”.

En el Capítulo III, Del examen de los testigos también llama poderosamente la atención el inc. 1º del Art. 254 que dice: “Cuando se tratare de persona enferma o la imposibilidad física para asistir, o de MUJERES HONRADAS... etc.” No comprendemos el espíritu de

dicho precepto: ¿Por qué las mujeres honradas no pueden concurrir al Juzgado a prestar declaración testifical? Creemos, que sobre este y otros puntos se imponen necesariamente la reforma, por motivos obvios.

En la parte referente al mérito de las pruebas de los testigos agrupado en el Capítulo IV observamos que el Art. 273 expresa: “Para que merezca entera fe el dicho de los testigos, han de mediar las condiciones y circunstancias siguientes: 1º) Que hayan prestado juramento, según sus creencias religiosas... etc....” Es decir, que para que cumpla con su finalidad esencial el testimonio deberá estar revestido de la deposición del testigo con la formalidad del juramento, según la creencia religiosa del mismo.

De acuerdo a nuestros conocimientos y nuestras experiencias en los Tribunales, este es un requisito que casi nunca se cumple, o si se lo realiza cada Juez lo hace en forma diferente. Está demás decir que si los mismos Jueces de la 1ª Instancia lo realizan en forma irregular esta formalidad legal, los jueces de Paz de nuestras campiñas en la práctica no lo realizan. Hay una Acordada que fue precisamente establecida para los jueces de Paz del Crimen, como una norma-guía para la instrucción del sumario, declaración indagatoria y las testificales, pero bien sabemos por nuestra experiencia que el requisito del Juramento en la práctica no se realiza, dejándose simplemente constancia en el acta respectiva que el testigo “prestó el Juramento de Ley, en legal forma”. Es necesario insistir sobre esta cuestión, máxime teniendo en cuenta la función que cumple el Juez de Paz en lo Criminal en la Instrucción del sumario y la recepción de las pruebas; funciones que le delega el Juez de Primera Instancia de conformidad al Art. 249 del Código de Procedimientos Penales, en razón generalmente de la distancia.

Por último, quisiéramos referirnos a una omisión muy frecuente, también cometida por los Jueces de Paz del Crimen del Interior, que refiere el Art. 269, que nos remite al Art. 207 del C.P.P. que expresa: “LA DECLARACIÓN, SERÁ BAJO PENA DE NULI-

DAD, firmada por todos los que hubieren intervenido en ella, haciéndose constar en el acta EL NUMERO DE FOJAS QUE ABARCA... etc....”

Cuántas veces en nuestras actuaciones como juez de 1ª Instancia tuvimos que vernos privados de una importante prueba por estas omisiones apuntadas y así dar pie a las maniobras que crea una nebulosa en torno al proceso, en donde se ve comprometida con frecuencia la Justicia.



Intervención fiscal en las cuestiones de competencia

Prof. Dr. Hugo Allen¹

El 21 de Noviembre de 1883 fueron simultáneamente promulgados por el Congreso de la Nación, el Código de Procedimientos en materia civil y comercial, y la Ley Orgánica de los Tribunales.

Esta última legislaba en el Título III sobre el Ministerio Público, el cual quedó integrado con un “Fiscal del Estado” y un “Fiscal del Crimen”.

El examen de las facultades conferidas por la Ley a ambos Fiscales nos indica que el Fiscal del Estado tenía una jerarquía funcional mucho mayor que la atribuida al Fiscal del Crimen, y en la práctica se le otorgaba tratamiento de “Fiscal General del Estado”, como puede verse en la Acordada del entonces Superior Tribunal de Justicia, de fecha 12 de Setiembre de 1891.

El mencionado Fiscal del Estado concentraba en su persona las facultades que actualmente corresponderían a los Agentes Fiscales en lo civil y comercial y al Fiscal General del Estado, con potestad - incluso - de promover la aplicación de “penas disciplinarias contra los jueces inferiores y demás empleados subalternos de la Administración de Justicia”. (Atr. 74).-

Cuando el Código de Procedimientos menciona al “Ministerio Fiscal” en él estaba refiriendo al “Fiscal del Estado”, único funcionario que en aquel entonces existía y reunía en su persona las atribuciones hoy asignadas a los Agentes Fiscales en lo Civil y Comercial y al Fiscal General del Estado.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2 -1983.

Conviene también recordar que las “cuestiones de competencia” definidas en el art. 346 del CPCC eran mencionadas en la Ley Orgánica con el nombre de “declaratorias de jurisdicción” (art. 74 inc. 4°).

Ambas leyes eran congruentes en cuanto disponían que aquel único Fiscal del Estado o Fiscal General del Estado interviniese en las cuestiones de competencia (arts. 349; 351; 353 CPCC) o lo que es lo mismo en las declaratorias de jurisdicción” (art. 74 inc. 4° L.O.T.). Esta coincidencia legislativa se ve afectada cuando en el año 1918 se dicta la Ley 325 Orgánica de los Tribunales.

El art. 328 de la Ley 325 dispuso que quedasen “derogadas todas las leyes de carácter general o especial que sean contrarias a la presente”. Por otra parte, el art. 74 inc. 4° de la LOT de 1883. fué modificado por el art. 48 inc. 4° de la LOT de 1918. Obsérvese la redacción:

Art. 74.- Corresponde especialmente al Fiscal del Estado intervenir: ... 4° En la declaratorias de jurisdicción y contiendas.”

Art. 48.- Corresponde al Agente Fiscal en lo Civil y Comercial intervenir: 4° En las contiendas de competencia.”

La Ley 325 suprimió la intervención Fiscal en las “declaratorias de jurisdicción”, que como se dijo más arriba - era la expresión equivalente a la de “cuestión de competencia” utilizada en el CPCC.- Esta supresión en concordancia con el ya citado art. 328 Ley 325, significa, a nuestro juicio, la derogación de aquella intervención Fiscal.

En lo que atañe a las “contiendas” de competencia, la Ley 325 no fue feliz en su redacción. La antigua institución del Fiscal del Estado, en la cual se asignaba a un único Funcionario la totalidad de las facultades mencionadas más arriba, fue escindida en dos, creándose los Agentes Fiscales en lo civil y comercial como órganos diferentes al de la Fiscalía General del Estado, pero, cometiéndose el error de atribuir tanto a los Agentes Fiscales como al Fiscal General

la misma e idéntica facultad de intervenir en las “contiendas” de competencia. (Art. 48 inc. 4° y 50 inc. 2°).

Por otra parte, en aquellas épocas, los jueces no sabían distinguir con el debido rigor la diferencia existente entre “cuestiones” y ‘contiendas” de competencia, al punto que un fallo registrado por Jorge Klug en su obra “Código de Procedimientos”, año 1912, p. 162, se calificaba de “CUESTIÓN” de competencia un caso involucraba que evidentemente “CONTIENDA” de competencia.

La confusión introducida por los arts. 48 y 50 de la Ley 325 y el deficiente rigor conceptual de los jueces, probablemente fueron las causas por las cuales se interpretó la nueva ley (325) con criterio salomónico. A los Agentes Fiscales se les siguió dando (indebidamente) intervención en las “cuestiones” de competencia, y al Fiscal General se le otorgó correctamente intervención privativa en las “contiendas” de competencia.

Finalmente, el nuevo Código de Organización Judicial, Ley 879, acabó con aquella dificultad generada por la Ley 325, al suprimir la intervención del Agente fiscal en las contiendas de competencia. (Art. 65). Desafortunadamente no siguió el mismo criterio en el art. 67 inc. b.

La supresión produjo dudas en algunos Jueces, quienes, acostumbrados a otorgar intervención a los Agentes Fiscales en las cuestiones de competencia, estimaron que, en vista de aquel cambio, debían en adelante correr vista de ellas al Fiscal General del Estado.

Los Tribunales prontamente mostraron su disconformidad con esta incipiente práctica, y así la Primera Sala, en Acuerdo y Sentencia N° 39 del 21 de Julio de 1983, dijo: “... el Fiscal General del Estado debe intervenir solo en las contiendas de competencia, en las que entiende en instancia única la Corte Suprema de Justicia”. El Fiscal General del Estado, en dictamen N° 1379, del 1° de Diciembre de 1983, adhirió a aquel criterio.

La Segunda Sala, por su lado expresó opinión similar, en el A.I. N° 449, del 5 de Setiembre de 1983.

Ahora bien, el mencionado Acuerdo y Sentencia N° 39, también sostuvo el siguiente criterio: “Y afirmamos que es el Agente Fiscal el que debe intervenir de acuerdo con lo dispuesto en el art. 349 de Código de Procedimiento Civil y Comercial., plenamente vigente, teniendo en cuenta que, entre las atribuciones del Agente Fiscal, art. 65, inc. a) de la Ley 879 se lee: en todo asunto en que haya interés fiscal comprometido...”.

Hemos señalado más arriba, y hemos expuesto los fundamentos por los cuales estimamos que desde el año 1918, tanto el art. 349 como los arts. 351 y 353 C.P.C.C., no están vigentes, que han quedado derogados en lo que a intervención fiscal se refiere, por virtud de la Ley 325.

Con respecto al “interés fiscal comprometido”, esta frase alude a interés patrimonial, interés de la Hacienda Pública, y tampoco puede asimilarse al concepto de “orden público”.

En sus orígenes, en la Ley Orgánica de 1883, todo esto fue razonablemente distinguido. El art. 72 inc. 6° atribuyó al “Ministerio Público” (compuesto por el Fiscal del Estado y el Fiscal del Crimen) facultades para “intervenir en todos los negocios concernientes AL ORDEN PÚBLICO”. Esta genérica facultad fue suprimida en la Ley 325 y en la Ley 879.

En cuanto al “interés fiscal” obvio que en la mente del Legislador de 1883 su contenido conceptual no es asimilable a lo que dijese relación con la intervención fiscal en las “declaratorias de jurisdicción” (cuestiones de competencia), puesto que lo primero fue tratado en el inciso primero del art. 74, y lo segundo en el inciso cuarto.

Por otra parte, y contrariamente a lo que leemos en muchos autores, no toda cuestión de competencia afecta el “orden público” o involucra un “interés fiscal” (supuesto que demos a esta última expresión un sentido análogo al de orden público) Las disposiciones de

orden Público no pueden ser soslayadas o dejadas sin efecto por acuerdo de partes, y sin embargo lo que atañe a la competencia territorial es materia negociable, puede ser alterada por conformidad de partes (art. 2º, 2a. parte C.P.C.C.; Art.11 Ley 325; Art. 6º. Ia, parte Ley 879).

EN CONCLUSIÓN, ESTIMAMOS: Que el Fiscal General del Estado interviene privativamente en las contiendas de competencia, en tanto que en las cuestiones de competencia no existe norma vigente que otorgue intervención al Agente Fiscal ni Fiscal General.



El Auto de prisión debe ser fundado

Abg. Roque Adalberto Gómez López¹

La ley proporciona al juez en lo criminal una fuerza superlativa, una potestad excepcional cuando se apresta a decretar la prisión preventiva de un indagado. El Art. 337 inc. 3 del Código de Procedimientos Penales, deja “a criterio del juez”, la apreciación de si los indicios resultantes de la acusación y de las constancias de la investigación sumarial son o no “suficientes” para “creer responsable” al procesado.

Existe pues, un margen dentro del cual el juez subjetivamente “evalúa” o “aprecia” la mayor o menor gravedad de los indicios existentes en el proceso, y dentro de este margen el juez opera y orienta su visión jurídica y ético con relativa discrecionalidad.

Lamentablemente, muchas veces, el juez confunde esta potestad o esta discrecionalidad relativa, que se halla limitada a un ámbito definido en la ley misma, con un poder absoluto o irrestricto, que le permite a su exclusivo arbitrio ordenar la prisión de un encausado sobre la frágil base de la aseveración simple: “a criterio del proveyente dicen muchos fallos, existen indicios suficientes de culpabilidad contra el procesado de autos para convertir su detención en prisión preventiva”

Más sorprendentes, sin embargo, son las circunstancias en que habiéndose deducido recursos contra este tipo de interlocutorios, se produce la confirmación del Tribunal de Apelación sobre la no menos frágil base de otra lacónica expresión. Dicen en efecto: ... “efectivamente en autos se encuentran reunidos los requisitos exigidos por el

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 5-1984.

Art. 337 del Código Procesal Penal para convertir la detención preventiva del encausado en prisión de igual carácter.

Este tipo de resoluciones que se denominan de “Cajón” se ha constituido en una peligrosa rémora de nuestra practica forense, pues soslaya el marco, los limites que en forma imperativa y obligatoria señala la propia ley, como el reducto dentro del cual el juez tendrá y usará discrecionalidad arriba mencionada. El juez en realidad no tiene facultad ilimitada, irrestricta de establecer a su simple antojo cuando una persona debe verse privada de su libertad, pues para que ello ocurra deben reunirse otros presupuestos legales que examinaremos en este trabajo.

Con esta tarea buscaremos, señalar la buena doctrina en esta materia, en base al análisis del Art. 338 del Código Procesal Penal, alertar de los males que caracterizan , a la forma simplista de decretar la prisión preventiva por medio de la resolucion “de cajón”, examinar aunque sea brevemente el criterio que predomina actualmente en los tribunales de lo Penal de nuestro país, sobre la formalidades que debe rodear al auto de prisión y finalmente unificar los criterios reinantes en este campo, para que los magistrados y abogados enfoquen este importante instituto procesal con la responsabilidad y seriedad que la misma ley procesal exige.

NATURALEZA Y FORMALIDADES DEL AUTO DE PRISIÓN

Recordemos que la prisión preventiva es una de las medidas de seguridad que decreta el juez respecto de una persona acerca de la cual tiene motivos para suponer que es autor o participe en el delito investigado.

Sobre el punto MÁXIMO CASTRO dice “comprobada una infracción la sociedad se encuentra en presencia de un sujeto que puede o no ser delincuente, ya que la palabra final se pronunciara al sentenciar el juicio. Entre tanto ¿Qué hace con el individuo acusado? Mantenerlo en un encierro preventivo. En consecuencia, el juez después de tomar declaración indagatoria al detenido, si encuentra que

que hay mérito para ello, convierte mediante el auto fundado donde constaran las causas que la motivan, la simple detención en prisión preventiva” (MÁXIMO CASTRO: “CURSO DE DERECHO PROCESAL”, Tomo II, pagina 79, biblioteca jurídica, Argentina, Buenos Aires, 1957).

El Código Procesal Penal Paraguay estatuye en el Art. 337 las exigencias legales para proceder a convertir la detención en prisión preventiva. Seguidamente en el Art. 338 determinan las formalidades que se deben tener en cuenta en el momento en que se dicta la prisión preventiva. Esta norma procesal expresa:

“LA PRISIÓN PREVENTIVA SE HARÁ CONTAR EN LOS AUTOS POR RESOLUCION ESPECIAL DEL JUEZ DE INTRODUCCIÓN ESTABLECIENDO LAS CAUSAS QUE LA MOTIVAN”.

Tan claro es este dispositivo procesal que resulta muy fácil su análisis y comentario.

En primer lugar, exige que la grave medida restrictiva de la libertad personal, como lo es el auto de prisión se hace constar en una **RESOLUCIÓN ESPECIAL**. Este primer requerimiento de la ley, ya fulmina definitivamente a la muy vulgar resolucion “de cajón” que nada tiene de especial, pues de basa nada más que una escueta y estandarizada fundamentación de que se convierte tal detención en prisión preventiva porque “a juicio del proveyente existen indicios suficientes de culpabilidad contra el procesado de autos”.

En segundo lugar, exige que se establezcan las causas que la motivan, es decir que se señalen en el interlocutorio cuales son las constancias inculminatorias que surgen del sumario y en los cuales está justificada la existencia del delito y la vehemente sospecha de que de que el procesado es el autor o participe del hecho investigado.

En tercer lugar, debe destacarse que el Art. 338 utiliza la expresión imperativa **SE HARÁ CONSTAR** en los autos por resolucion especial “Sabido es que las normas del procedimiento están siempre constituidas por mandatos y prohibiciones, otras son instruccionales,

para la elaboración del proceso y finalmente, otras son las permisivas, cuando dejan al juez cierta facultad para imprimir un trámite o la diligencia que considere más correcto o necesario.

Cuando la ley emplea vocablos como: No interrumpirá, no suspenderá..., quedará SE HARÁ CONSTAR, etc., el legislador estatuye una norma prohibitiva o imperativa, y el Magistrado no puede apartarse de ella. Dichas normas son de orden público y su estricto cumplimiento interesa directamente a la sociedad. Si el Juez se aparta de su fiel cumplimiento perpetra una inconducta procesal, que no solo provocara la invalidez de sus resoluciones, sino que, en el caso de causar perjuicios irreparables a una de las partes, puede ser objeto de sanciones.

LA BUENA DOCTRINA EN MATERIA DE AUTO DE PRISIÓN

Sostenemos que debe revestirse al instituto del auto de prisión de la máxima seriedad y responsabilidad, no solo porque ya la misma ley, así lo exige como lo acabamos de ver, sino habida cuenta el grave perjuicio que pueda provocar a una persona, al imponer, por ejemplo – un injusto encarcelamiento.

No se precisa haber experimentado previamente un ingreso forzoso o voluntario a la cárcel, para comprender la gravedad del auto de prisión y el pavoroso impacto que puede producir la medida en una persona inocente. El magistrado, en este sentido provisto de la suficiente sensibilidad y prudencia debe decretar esta medida, solamente existen las más grandes presunciones de culpabilidad en las constancias del proceso o que el hecho aparezca con grandes posibilidades y que muy serios cargos se alcen contra el procesado.

Por ello estimamos que ningún magistrado debería ya decretar la prisión preventiva de una persona, con la sola fundamentación de que a su juicio existen indicios suficientes de culpabilidad contra un procesado. Por igual reflexión, los jueces de cámara deberían quitar-

les toda validez procesal a estas resoluciones “de cajón” que son decretados imprudentemente o mejor en una clara conducta de abuso de autoridad.

La opinión de los grandes tratadistas del Derecho Procesal Penal es unánime al señalar que el auto de prisión debe ser fundado en un auto especial donde se establezcan las causas que la motivan.

RUBIANES, dice al respecto “La ley da amplias facultades al juez instructor, lo que es lógico debido a la variabilidad y circunstancias particulares de cada caso. No obstante, a nuestro entender ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

El juicio del juez ha de explicar en su resolución en que pruebas se basa su creencia sobre la responsabilidad del procesado.

Su fundamento ha de ser, puen un raciocinio sobre la base de la interpretación de los hechos y valoración de las pruebas producidas sobre ellos.

El auto de prisión debe ser fundada, estableciendo las causas que la motivan.

Aun sintéticamente, ha de contener los hechos imputados, el análisis y valoración de la prueba. El juez debe indicar en que prueba se fundamenta para concluir que hay semiplena prueba de un delito e indicios vehementes para creer sobre la responsabilidad del procesado (CARLOS, RUBIANES: “MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL” tomo III, pág. 125 y stgs Ediciones de Palma, Buenos Aires 1980).

BARBERIS, en una magistral clase, orienta como debe aparecer el auto de prisión, y hace una fervorosa llamada para que se elimine de la práctica judicial las resoluciones irresponsables de auto de prisión. Destaca el ilustre procesalista: “El auto que decreta la prisión preventiva debe ser fundado y motivado”.

La ley quiere la libertad se restrinja cuando concurran los motivos especiales que enuncia el artículo y esos motivos deben conocerse, como así también los hechos en que radica la supuesta actividad criminosa que origina el proceso y la responsabilidad del agente. De esta manera, podrá también saber este en que consiste su actividad delictuosa y cuál es la prueba que la acredita.

Desgraciadamente. Sigue diciendo BARBERIS, en la práctica judicial vemos diariamente prisiones preventivas carentes de todo fundamento, verdaderos atentados a los preceptos de la ley y a las garantías constitucionales, que los tribunales superiores confirman sin más fundamentos que las clásicas palabras: “encontrándose reunidos”.

“Hay que desterrar estas prácticas viciosas y para ello debe requerirse la colaboración de legisladores, jueces, profesores y abogados, si quiere hacerse obra sana y prestigiosa en el logro de la jerarquía de pueblo libre que ambicionamos” (LUIS A. BARBERIS “CÓDIGO DE PTOS PENALES”, Tomo I, pág. 403 y sgts, Roque de Palma, Editor. Buenos Aires, 1956).

Por su parte JOFRE, al exigir que el auto de prisión sea siempre fundado destaca brillantemente los males habituales que se observan en el auto de prisión. Al requerir que el auto sea fundado dice:

Esta es la única forma de garantizar en lo posible el derecho a la libertad que reconoce la carta fundamental del país.

Por las leyes vigentes de la Republica basta la mala voluntad o la ignorancia de una juez para que un hombre vaya a la cárcel por meses y aun por años.

“Para llegar a ese resultado, se dicta un decreto que dice sencillamente: “...resultando que existe una semiplena prueba de que el encausado es el autor del delito de homicidio se convierte en prisión preventiva la detención que sufre...”. Y para llenar las formas legales se cita pues disposiciones vagas y sin sentido de la constitución y las leyes comunes. Eso es todo. El Juez no necesita manifestar de que

constancias del expediente resulta esa semiplena prueba y mientras más complicado es el asunto, más fácilmente sale del paso”.

“Ciertamente es que se puede apelar el auto que decreta la prisión preventiva, pero tal recurso es ilusorio casi siempre. Veamos por qué. Los tribunales superiores empiezan por sentar como regla la equidad con que debe haber procedido el inferior y se despachan, en estos casos, las apelaciones sin mayor examen. Es además mucho más cómodo para los jueces y para la cámara decir: existe la semiplena prueba, lo que se puede afirmar con solo mirar la caratula del expediente, que entrar a analizar los elementos del juicio acumulados”

“Lo que la ley exige es un mínimo de semiplena prueba, para que no se prive de libertad a las personas con ligereza. Así pues, si hay la declaración de un testigo hábil, o concurre una presunción en contra del reo, bastará que se lo enumere para que se justifique su privación de libertad”.

“No es necesario analizar todas las pruebas del sumario. El auto de prisión no es sentencia donde deba demostrarse la culpabilidad del reo, pero debe bastarse a sí mismo en el sentido de que su lectura debe resultar comprobada a la sospecha fundada de que ha delinquido” (CARLOS. RUBIANES, opus citado, pág. 129).

Del análisis que hemos hecho de Art.338 del Código Procesal Penal y de las opiniones coincidentes de los autores citados más arriba, podemos colegir que la buena doctrina en materia de auto de prisión, es la que exige que en este instituto procesal este contenida en una resolución especial, que debe estar fundada con la enumeración de las causas inculcatorias contra el procesado, que a su vez deben surgir de las constancias sumariales.

Por respecto a la ley y a la doctrina debe eliminarse definitivamente de la práctica judicial el auto de prisión en contenido en la resolución “de cajón”.

En este un atentado a la libertad del hombre derecho individual de máximo valor, que es expresamente reconocido por todas las constituciones del mundo occidental y cristiano. El magistrado honesto y con vocación debe desechar esa clase de resolución, que es producto de incapacidad de negligencia y de irresponsabilidad.

LA JURISPRUDENCIA NACIONAL SE CONSOLIDA CON LA BUENA DOCTRINA

De un tiempo a esta parte, parece enseñorearse en la jurisprudencia nacional el criterio correcto en materia de auto de prisión, que busca cumplir lealmente con la prescripción del Art.338 del Código Procesal Penal.

En efecto, y sin desconocer que anteriormente también se conocieron numerosas resoluciones sobre el auto de prisión basada en la buena doctrina, es actualmente cuando se observa una generalizada preocupación por cubrir a este instituto con las más serias garantías.

Tal vez ello se deba entre otros motivos a que los últimos tiempos magistrados y abogados se volvieron más sensibles hacia el estudio y la investigación habida cuenta la aparición de caso frecuente revistas especializadas y textos sobre materias jurídicas la realización periódica de jornadas de capacitación donde ambos estamentos se amalgaman en la intención común de cultivar su formación jurídica. Tal vez, también se deba a que se conocieron en la práctica judicial encarcelamientos que fueron considerados injustos que se despertaron de la discusión y comentario de entendidos y legos; se decretaron autos de prisión que fueron anulados o revocados por el superior y en fin pareciera que existe, últimamente más oportunidad para que los hombres de derecho expongan sus ideas jurídicas o fundamenten objetiva y responsablemente críticas sobre fallos judiciales.

En este ambiente de real despegue de la cultura jurídica de nuestro país, la preocupación por dignificar la libertad individual no puede, desde luego, dejar de exteriorizarse, sea por medio de fallos

basados en la buena doctrina en materia de auto de prisión, o de comentarios como que el desgastadamente realizamos en esta oportunidad.

En este sentido, cabe resaltar que los jueces de primera instancia ya deben convencerse de que la resolución “de cajón” para decretar la prisión preventiva, es ilegal y nula. El Socavamiento del Art. 338 del Código Procesal Penal, ya no es permitido por los tribunales del Crimen, que han anulado o invalidado numerosos fallos del inferior, que decretaron la prisión preventiva sin determinar las causas que justifiquen la restricción de la libertad del encausado.

Así, muy recientemente se hizo público, una resolución de 2da instancia que trató sobre materia y de cuyo contenido debe extraerse la siguiente cita, que viene a enriquecer la jurisprudencia en lo penal de nuestro país: “...el auto que declare la prisión deberá expresar: cuales son las constancias de donde resulta acreditada la existencia del delito y de su autor. Cuál es la semiplena prueba o cuales son los indicios vehementes para creer al imputado responsable del hecho (A.I. N° 20. 13-marzo -1984. Trib. Apel. Criminal Primera Sala).

Pero, se conocen otras orientaciones asentadas en resoluciones judiciales que demuestran estricto respecto a la norma contenida en el Art. 338 del Código Procesal Penal y una inocultada pleitesía a la libertad individual como máximo valor entre los derechos del hombre.

Así un fallo; también de segunda instancia, que decreto la prisión preventiva de un procesado sin respetar las formalidades que exige la ley, señalo:

“Al no establecer (el juez) las causas que motivan este decreto, que afecta en forma grave a la libertad del procesado de autos, el Aquo violentando directamente la disposición normativa, contenida en el Art. 338 del Código Procesal Penal que exige “LA PRISIÓN PREVENTIVA SE HARÁ CONSTAR EN LOS AUTOS POR RESOLUCIÓN ESPECIAL DEL JUEZ INSTRUCTOR ESTABLECIENDO LAS CAUSAS QUE LA MOTIVAN”.

“El propio legislador reconoció la relevancia del auto de prisión, ya que afecta de forma seria a un derecho fundamental del hombre, que es la libertad, al exigir una resolución especial del juez que debe establecer las causas que justifican dicha medida restrictiva de libertad. De esa forma, la ley quiere evitar que por medio de una frase vaga y simple de que a juicio del juez existen indicios suficientes de su culpabilidad en contra del procesado”, sin establecer las causas, se pueda afectar en forma justificada a ese valor tan apreciado por los pueblos, cual es la libertad humana” (A.I. N° 167. 22-set-1983 Trib. Apel. Criminal, Segunda Sala).

Sobre la peligrosa posibilidad de que el auto de prisión ajustada a la mala doctrina, ocasione injustos encarcelamientos, otro fallo destacado:

“La forma simplista de decretar la prisión de las personas por la sola enunciación de que “a juicio del juez existen indicios suficientes de culpabilidad en contra del procesado”, sin establecer cuáles son los indicios con causas, como lo exige el Art. 338 del Código Procesal Penal, que constituye una real garantía para que la libertad de las personas no sea socavada fácilmente.

SEGURIDAD ES TAMBIÉN UN DERECHO INDIVIDUAL.

La uniformidad de criterio, en materia del auto de prisión, es muy necesaria en nuestro país. Por un lado, los males que se observan aun en su aplicación en los tribunales- no obstante, la mejoría que hemos señalado- denotan mucha confusión, ineptitud y hasta maliciosidad. Por otro, el valor superlativo que la Constitución Nacional, otorga la libertad de las personas (ver Arts. 49, 50, 56, 60, 61, 62, 63, 64, 69, y otros), no permiten ya que se cometan abusos y encarcelamientos incalificables por medio de las resoluciones “de cajón”.

Basta leer, por ejemplo, los Arts. 59 y 64 de nuestra carta magna, para comprender la alta apreciación de la misma por la libertad personal. En ellos establecen se los requisitos legales para

proceder a la simple detención de las personas y se prohíbe la prisión “por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito”.

Si la propia Constitución Nacional ya orienta o reglamenta los casos que la libertad personal pueda ser limitada, en los casos de simple detenciones preventivas, debe suponerse que la Ley y el Juez serán más exigentes, en los casos en que esa detención se convertirá en prisión preventiva.

Y es así como la Ley de Procedimiento Penales de nuestro país, trae las normas instrumentales para proceder correctamente a decretar la prisión preventiva. Y Lamentablemente, como se ha visto, no siempre se ha cumplido con lo que prescriben esas normas procediéndose a veces a desconocer por negligencias sus formalidades, es decir siguiendo la mala doctrina, evidenciando en otras la mala intención o dolo en su aplicación.

De aquí que puede hablarse de una rémora en la práctica judicial en este campo, que genera inseguridad, no solo en los profesionales abogados, y sus defendidos afectados por las resoluciones correspondientes, sino en los mismos magistrados, que no encuentran seguridad de que sus decisiones en esta materia serán legitimadas en instancias superiores.

Nada hay más alarmante que la inseguridad en las tramitaciones judiciales. El temor por una aplicación incorrecta de una disposición legal produce intranquilidad, no solo a las partes de un litigio, sino a la comunidad toda. Una uniformidad en la forma de interpretar y aplicar el Art. 338 del Código Procesal Penal, ayudara pues, a ofrecer seguridad a todos quienes forman parte de la actividad forense, incluyendo entre ellos, al procesado, que es una persona inocente, mientras no se lo califique como culpable por medio de una sentencia judicial.

Consideramos que la SEGURIDAD ES TAMBIÉN UN DERECHO INDIVIDUAL, tal cual debe luego lo determina la Constitución Nacional en su Art. 50. No solo el Magistrado y el abogado tienen el

derecho de trabajar tranquilos y seguros sabiendo cómo aplicar correctamente un instituto procesal. También y muy especialmente, el procesado tiene el sagrado derecho de estar seguro que con relación a él los jueces aplicaran correctamente la ley, que se estudiara prudente y responsablemente su caso, y no saldrá perjudicado en su libertad, su reputación y otros intereses por aplicación antojadiza y arbitraria de la ley.

Hoy día, todos ya saben que solo la ley puede restringir las libertades individuales y solamente cuando concurran los requisitos legales expresamente establecidos para ello. La sociedad quiere seguridad en el caso más desconocido y desgraciado de sus miembros, y a esa realidad debe encaminarse o mantenerse siempre la administración de la justicia.

Pongamos, pues, todos quienes tenemos algo que ver con la aplicación de la ley, nuestro máximo empeño y cuidado para que en el caso concreto de la prisión preventiva, no se pisoteen las exigencias de los Arts. 337 y 338 del Código De Procedimientos Penales y se perpetren injustos encarcelamientos de personas inocentes en base a la resolución “de cajón”.

En homenaje a la libertad individual comencemos en forma inmediata a eliminar del léxico judicial, la expresión escueta que dice: “...a juicio del proveyente existen indicios suficientes de culpabilidad contra el procesado de autos y por tanto corresponde convertir su detención en prisión preventiva...” como suficiente fundamento de auto interlocutorio de prisión.



El delito de usura

Dr. Luis Martínez Miltos¹

I. Consideraciones generales

La usura ha sido condenada en todas las épocas por sus bajos móviles de lucro en la explotación de la necesidad ajena.

Usura, como es sabido, se llamó originariamente a todo préstamo con interés, y el mismo interés estipulado. Era el precio por el uso (usus) del capital ajeno. Después prevaleció el sentido peyorativo de la palabra, en su significación actual de préstamo con intereses abusivos, o el mismo interés excesivo. El Diccionario de la Lengua Castellana registra aún ambas acepciones.

La usura fue considerada siempre odiosa y criminal desde el punto de vista ético y religioso, por los graves daños causados al patrimonio de las personas y de los pueblos.

Se la ha reputado una lacra, un flagelo o una lepra social.

Y, sin embargo, históricamente la represión penal de la usura ha sufrido muy cambiantes vicisitudes. A veces ha sido severamente castigada penalmente y los préstamos usurarios fueron declarados nulos.

En otras épocas la usura no fue considerada un delito, y el prestamista podía fijar válidamente los intereses a su arbitrio, por excesivos que fuesen, en nombre de la libertad de contratar.

Ya lo dijo CARRARA, a veces el préstamo a elevados intereses fue considerado un pecado vituperable y otras veces un acto indiferente.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 9-1985.

Una de las características de la usura consiste en las mil formas que adopta, en su mimetismo para encubrir o disimular su carácter odioso y delictivo, presentándose bajo la forma de actos o negocios lícitos. Es típica de la usura la simulación bajo una apariencia lícita. Los usureros han usado siempre hábiles e ingeniosos artificios o ardides para burlar la ley y por ello es muy difícil la prueba y la sanción de los préstamos usurarios.

Lo que realmente importa es que la legislación represiva sea eficaz y se convierta en un instrumento útil de lucha contra este flagelo, evitando en lo posible la impunidad de los préstamos usurarios.

La astucia de los usureros, unida al abuso de la necesidad de sus víctimas ha llevado a veces a los deudores hasta la misma justicia penal, cuando el prestamista, para obtener una garantía extorsiva, encubre el préstamo como si fuera un depósito regular, a fin de poder perseguir penalmente al deudor por defraudación o cuando exige la firma de cheques en blanco.

He aquí una situación realmente paradójica, en la que vemos a los verdaderos delincuentes convertidos en acusadores que persiguen penalmente a sus persiguen penalmente víctimas.

La eficacia de la lucha contra la usura requiere que la incriminación penal vaya unida a la nulidad civil de los préstamos usuarios, cualquiera sea la forma en que hayan sido encubiertos.

II. Concepto de la usura como delito

Considerada la usura, o el préstamo usurario, como delito penal consiste, en sustancia, en sentido restringido, en la estipulación de intereses abusivos o excesivos en el préstamo de dinero, exigidos por el acreedor. Para configurar la usura en el Derecho Positivo, debe estarse a los caracteres que cada ley penal le atribuye.

Algunas legislaciones, además de los intereses abusivos o muy elevados, exigen el aprovechamiento de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona para la existencia del delito de usura.

Otros códigos penales incluyen entre los elementos de la usura la habitualidad de los préstamos usurarios.

Nuestra Ley N°. 561, del 2 de octubre de 1973, solo requiere la habitualidad y el interés que exceda del “normal”, del 12% anual.

Prevé también esta ley la usura encubierta, en la que se simula una operación lícita.

En algunas legislaciones aparece la usura no solamente como préstamo de dinero con intereses excesivos, sino también como cualquier explotación del estado de necesidad, de la ligereza o la inexperiencia de un tercero para obtener ventajas pecuniarias que excedan del valor de la propia prestación y que se hallen en manifiesta desproporción con ella. Es esta la usura real del Código Penal Alemán.

En ese sentido amplio es usura cualquier forma de explotación de las necesidades económicas o de la inexperiencia del prójimo, encaminada a obtener un lucro injusto.

III. El bien jurídico lesionado.

Es tradicionalmente controvertida en la doctrina la objetividad jurídica de la usura.

¿Cuál es el bien jurídico que ella lesiona o amenaza? Es evidente que el préstamo usurario lesiona el patrimonio del deudor, con el daño pecuniario que importan los intereses abusivos, que pueden llevarle inclusive a la ruina económica. Así considerado es un delito contra el patrimonio, o contra la propiedad, conforme a la denominación de otros códigos penales.

Otros autores lo consideran un delito contra economía pública, atendiendo al perjuicio que ocasiona la usura a la producción, a la industria y el comercio. En nuestra citada Ley N°561, del año 1973, figura entre infracciones contra la economía nacional.

Si bien es indudable que la proliferación de la usura causa daño al comercio y a la economía en general, no es menos cierto que el bien jurídico primordialmente lesionado es el patrimonio individual. El

perjuicio a la economía pública surgirá luego del conjunto de los patrimonios privados lesionados, o sea el daño social derivará de la generalización de las situaciones de angustia.

Así lo entendió CARRARA, aseverando que el influjo de la usura dificulta a la industria el uso del capital, pero que este daño es meramente eventual y posible.

Cuando la usura importa el aprovechamiento de situaciones de depresión colectiva, de miseria, o calamidades, no podría negarse que atenta también contra la economía nacional.

La posición más razonable parece ser la que afirma que la usura puede lesionar o amenazar varios bienes jurídicos al mismo tiempo: el patrimonio del deudor en primer término, y además, la economía nacional, en determinados casos.

Muchos delitos, efectivamente, pueden lesionar más de un bien jurídico. El falso testimonio, por ejemplo, es un delito contra la administración de justicia en nuestro Código, y puede dañar directamente a la persona en cuyo perjuicio se declara falsamente.

Igualmente, la falsificación de un instrumento público, figura en el capítulo de delitos contra la fe pública, y lesiona un bien jurídico de la persona a la que la falsificación afecta directamente.

En la mayoría de las legislaciones penales figura la usura como un delito contra el patrimonio o la propiedad. Siguen este método los Códigos Penales de España, Italia, Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Guatemala y Nicaragua, entre otros.

IV. Reseña histórica de la usura

La usura ha sido históricamente proscripta y castigada sea por motivos religiosos, sea por razones jurídicas.

Dijimos ya que pocos delitos han tenido las cambiantes alternativas históricas de la usura; que osciló desde la prohibición y el rigor en el castigo, que predominó en la antigüedad y la Edad Media,

hasta la despenalización, proclamándose la libertad para fijar intereses y condiciones del préstamo, por onerosos que fueran. Y nuevamente en la época contemporánea, la ilicitud y nulidad civil del pacto usurario y la incriminación penal de la usura en sus diversas formas.

Puede inferirse de estos altibajos que la usura es un delito cuya penalización ha estado condicionada en alto grado por las condiciones económicas y sociales de un país en un determinado tiempo, y que obedeció a las concepciones socio-económicas y políticas predominantes en un momento histórico.

El antiquísimo Código babilónico de Hammurabi ya establecía una tasa máxima para los préstamos de dinero y otra para los de trigo.

En el Antiguo Israel estaba prohibido el préstamo con interés, cualquiera fuese su tasa, en forma absoluta, pero solo entre los israelitas; la prohibición no regía tratándose de extranjeros. Se ha señalado, empero, la extraña circunstancia de que posteriormente en la Edad Media, particularmente, por sus peculiares condiciones sociales de vida, fuesen los préstamos de dinero, y la consiguiente usura, casi monopolizados por los hebreos, no obstante condenar su religión como odioso el préstamo con interés (A QUINTANO RIPOLLES).

En el Antiguo Egipto existió la limitación de la tasa legal del interés y este habría sido bastante elevado, debido a la riqueza y la ferocidad del suelo, como recuerda el penalista español LANDROVE DÍAZ, en su excelente estudio sobre “El delito de usura”.

Las Leyes de Manú - Código religioso de la India antigua- autorizaban a quienes pertenecían a la casta de comerciantes (vaisyas), a prestar dinero a rédito, como uno de los procedimientos legales para adquirir bienes. Menciona este Código la usura, junto con el comercio y la mendicidad, como medios de sostener la vida en épocas de miseria, es decir, cuando exista un “estado de necesidad” que lo justifique.

Sabidas son las grandes diferencias que históricamente existieron entre las diferentes castas que componían la sociedad india. El brahmán (sacerdote) y el chatria (guerrero) no debían prestar dinero a rédito, “ni siquiera en un trance crítico”, “pero mediante un pequeño interés, ambos pueden prestar, si quieren, una suma a un hombre culpable de un crimen, en el caso de que este haga del dinero un uso piadoso” (Leyes de Manú, Libro VIII, N°410, y Libro X, Nos. 115, 116 y 117).

El Derecho de la Grecia antigua consagró el régimen de libertad para los préstamos de dinero, y la usura tuvo en ella gran difusión.

Acaso a causa de la necesidad de desarrollar el comercio marítimo, vital para los griegos, no se quiso poner trabas a cuanto podía contribuir a fomentarlo y facilitarlo.

Las tasas de los préstamos marítimos -donde el riesgo era grande - fueron elevadísimos en la antigua Grecia.

Los intentos de fijar límites a la tasa del interés como en las leyes de Solón no tuvieron, al parecer, éxito alguno.

Platón, Demóstenes, Aristóteles y otros filósofos griegos combatieron enérgicamente contra la influencia de la usura. De Aristóteles es la frase famosa de que “el dinero no engendra dinero”, esto es, que es improductivo.

En Roma la usura fue un mal tan grave, que llegó a ocasionar serias conmociones sociales. MOMMSEN enseña que las facultades del acreedor de fijar a su arbitrio las condiciones de un préstamo derivaban del duro tratamiento del Derecho Romano para con el deudor que no cumplía su obligación.

Las luchas entre patricios y plebeyos tuvieron causas económicas. La usura despiadada fue una de ellas.

Ante los abusos de los acreedores y las reiteradas protestas de los plebeyos tuvo que intervenir la ley para limitar los derechos del

acreedor en los préstamos. La Ley de la Doce Tablas y leyes posteriores fijaron el máximo de la tasa del interés y llegaron inclusive a prohibir los intereses en el préstamo. Se impusieron multas a los usureros, y se concedía una indemnización al deudor en caso de intereses injustamente percibidos.

Estas leyes fueron prácticamente letra muerta, pues el procedimiento penal por usura fue pronto abolido, o cayó en desuso (Teodoro MOMMSEN, “El Derecho Penal Romano”, T. II., pág. 302).

El estudio de la usura en Roma permite, sin duda, el conocimiento un antecedente histórico cuya importancia ponen de relieve Héctor MASNATTA y Enrique BACIGALUPO, en su valiosa monografía titulada “Negocio usurario. Ilícito civil y delito de usura”.

La usura fue castigada con extremado rigor en la Edad Media, bajo la influencia del cristianismo. La Iglesia fue adversaria decidida de la usura inspirada en principios de caridad y amor al prójimo, y llegó a prohibir en forma absoluta el préstamo con interés, bajo el influjo de las enseñanzas de los evangelios y de la doctrina aristotélica.

Esta prohibición absoluta no siempre fue cumplida, y el préstamo con intereses y la usura siguieron existiendo y practicados principalmente, en habitual, por judíos y moros.

El individualismo y el liberalismo económico proclamados por la Revolución Francesa abolieron la prohibición de los préstamos con intereses y “despenalizaron” la usura, en nombre de la libertad en los contratos. Llegó a sostenerse que la usura era necesaria en las sociedades, y que siendo ella un fenómeno meramente económico, el Estado no debía intervenir para perseguirla, y menos aún, convertirla en delito. El interés de los préstamos debe estar sometido - según esta doctrina- al libre juego de la oferta y la demanda.

El penalista español QUINTANO RIPOLLES afirma que es un legítimo timbre de gloria para el Derecho Canónico medioeval haber

proscripto enérgicamente la usura como un crimen, que por el contrario, puede considerarse un grave error del derecho moderno el abandono de la tradicional senda prohibitiva, hasta haberse llegado a hablar de la “libertad de usura”. (A. QUINTANO RIPOLLES, “Comentarios al Código Penal”. (Español, T. II., Pag. 474).

A imitación del Código Napoleónico, desapareció en todos los Códigos Penales el viejo delito de usura. Solo en la segunda mitad del Siglo XIX, bajo el influjo de las nuevas corrientes económicas y políticas, se restableció la incriminación penal de la usura, empujando por Alemania, en el año 1880.

Los partidarios de la “despenalización” de la usura aducen, además, la ineficacia de la legislación represiva, que hace más angustiosa aún la situación de los necesitados, por las desmedidas exigencias de los prestamistas que, enfrentando mayores riesgos, buscan más seguridad y garantías.

La Iglesia misma morigeró su oposición al préstamo rediticio, admitiéndolo, siempre que el interés fuese moderado, fundada en el principio del lucro cesante y el daño emergente.

El tratamiento penal de la usura debe tener primordialmente, un fundamento no ético, sino jurídico y económico. La necesidad de proteger contra los abusos de los prestamistas a la parte más débil en el contrato, que es el deudor o prestatario, no puede hacernos perder de vista que el dinero es un instrumento fundamental de la producción, la que se basa hoy principalmente en el crédito. El uso del dinero tiene un precio justo que debe ser pagado por el prestatario, de acuerdo a los beneficios que pueda obtener del dinero recibido.

La tasa del interés no puede ser la misma en épocas de estabilidad económica que en tiempos de inflación, en los que el interés que se obtenga debe compensar al menos la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Una tasa de interés rígida e inalterable no parece, por tanto, realista, ni equitativa para ambas partes, y al no hallarse ella de

acuerdo con las condiciones económicas financieras imperantes, es muy difícil que sea respetada.

El principio del enriquecimiento indevido es el que debe servir de orientación para el justo tratamiento del problema de los préstamos con interés, y consiguientemente, para configurar plenamente la usura.

V. Ilícitud civil y delito de usura

Para la lucha eficaz contra la usura deben conjugarse las disposiciones de orden civil y penal. Las primeras son las que declarando la ilicitud civil y nulidad de los préstamos usurarios, protegen al deudor, siempre que la difícil prueba del interés abusivo pueda ser facilitada por la ley.

Es interesante al respecto recordar la ley española de represión de la usura del año 1908, llamada Ley Azcárate. Faculta ella a los tribunales a anular los préstamos en que se estipulase un interés notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, o en circunstancias tales que el contrato resulte leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario, a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales. Asimismo, son nulos los contratos en que figure como recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada.

Las disposiciones de esta ley son aplicables a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo, cualquiera sea la forma que revista el contrato.

Esta ley no difiere mucho de otras que declaran nulos los contratos de préstamos usurarios, salvo en la cláusula que dispone que los jueces fallarán formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes. Confiere, pues, amplio arbitrio al juzgador para formar su convicción.

El libre criterio excepcionalmente otorgado al juez tiene sin duda el fin de facilitar la prueba, generalmente difícil por las maniobras de los prestamistas para disimular o disfrazar el pacto ilícito.

La intención saneadora de la Ley Azcárate - dice un comentarista- fue recibida con beneplácito, y se justifica plenamente el arbitrio judicial concedido para investigar la verdad, destruyendo las argucias o simulaciones que hayan podido emplearse.

Hay estrecha relación entre la ilicitud civil y la penal del préstamo usurario. Cuando el hecho es civilmente ilícito podrá ser delito de usura si coincide con la descripción de este contenida en el Código Penal, como en general ocurre.

En la legislación argentina, por ejemplo, hay concordancia entre la Ley 17.711, que introdujo el instituto de la lesión en la ley civil, y el artículo 175 bis del Código Penal, que incriminó la usura.

VI. La lesión, el contrato leonino y la usura

El instituto civil de la lesión y el contrato leonino guardan estrecha relación con el préstamo usurario. En la lesión debe haber una considerable desproporción entre las prestaciones de las partes, ventajas patrimoniales que se hayan obtenido explotando la necesidad, la ligereza, o la inexperiencia de otro. (Art. 138 del Código Civil alemán, y art. 954, modificado por la Ley N°17.711 del Código Civil argentino).

La lesión no ha sido acogida por nuestro Código Civil. En la nota del artículo 943, en la que da sus fundamentos contrarios a ella, Vélez Sarsfield expresa que “dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia, y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos”. La tesis de Vélez es la clásica de los defensores a ultranza de la autonomía de la voluntad, que va siendo abandonada en el Derecho Civil moderno. El codificador en la nota se refiere a los códigos que en su época ya admitían la

lesión tales como el francés, el sardo, el prusiano y los de Baviera, Nápoles y Luisiana, además de las antiguas leyes españolas.

El Proyecto de Código Civil Paraguayo incorpora la lesión a nuestro ordenamiento jurídico, dando acogida a las corrientes que ya no son tan modernas. El artículo 671 regula la lesión, que da lugar a la nulidad del contrato cuando se obtiene injustificadamente una ventaja manifiestamente desproporcionada, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia del otro contratante.

Llámase leonino al contrato, en el que existe una una notoria desigualdad entre las prestaciones, por obtener una de las partes ventajas desproporcionadas a expensas de la otra. Hay normalmente, por tanto, lesión en todo contrato leonino, cuando se afecta substancialmente el derecho de una de las partes y cabe presumir la explotación de la necesidad de esta.

El Proyecto de Código Civil Paraguayo contiene previsiones sobre los contratos leoninos, a diferencia del Código Civil vigente. El artículo 691 del Proyecto dispone que cuando los “contratos por adhesión” contengan cláusulas leoninas, el juez podrá dispensar de su cumplimiento, o autorizar su modificación.

Están previstas en general, como cláusulas leoninas todas las que importan una renuncia anticipada a un derecho fundado en el contrato, o a medios de defensa reconocidos por la ley las que limitan o excluyen la responsabilidad del que las impone que sujetan a plazo o condición los derechos de defensa, otorgan la facultad de disolver el contrato o de cambiar sus condiciones, o las que imponen determinados medios probatorios, o privan al interesado del juez natural.

Las modernas corrientes del Derecho, para proteger a la parte más débil en la contratación, han incorporado a los códigos los institutos de la lesión y la imprevisión, que permiten invalidar los contratos notoriamente injustos e inmorales, y atenuar los efectos considerablemente perjudiciales y no previstos del cumplimiento de ciertas obligaciones. Se advierten grietas en todo el edificio tradicional, fundado en las concepciones del liberalismo económico, que reconocen la

autonomía absoluta de la voluntad y se halla conmovida en sus cimientos la construcción.

La máxima *pacta sunt servanda*, sagrada para los juristas clásicos, ha debido ceder ante las corrientes más humanas impregnadas del sentido de solidaridad social, que propugnan una mayor justicia en las relaciones jurídicas.

Se advierte en estas concepciones nuevas, una resonancia del pensamiento del gran jurista IHERING cuando proclamaba que la “Justicia y el Derecho existen para el mundo”, es decir, para la sociedad, y no a la inversa. En el contrato usurario, en síntesis, existe una lesión, y dicho contrato debe calificarse como leonino.

VII. Elementos del delito de usura

Más atrás dijimos que para configurar el delito de usura en el Derecho Positivo, se debe recurrir a los caracteres que cada ley penal determina, pues difieren en las distintas legislaciones.

En efecto, en la ley nacional - Ley N°561/73 - la usura está prevista como delito habitual, y basta para incurrir en ella reiterar la realización de préstamos en los que se exceda el porcentaje que la ley califica como normal, del 12% anual.

Prevé también la usura encubierta o disimulada, por interpuesta persona, o simulándola como cooperativa, caja de asistencia, o bajo cualquier otra forma. El delito está penado con multa de 5.000 a 50.000 guaraníes y penitenciaría desde 6 meses hasta tres años (Arts. 20 y 21).

No estuvo afortunado ciertamente nuestro legislador al escoger una de las fórmulas menos acreditadas para configurar la usura por la vía de la mera percepción de un interés que exceda del legal, siempre que haya reiteración. Cuando la ley no considera las circunstancias reales de la vida al dictar las prohibiciones y las penas es muy fácil que se convierta en letra muerta.

La usura se practica cotidianamente y en forma generalizada y la justicia aparece impotente para reprimirla y ponerle freno.

La simulación es muy fácil y las víctimas no se arriesgan a recurrir a los tribunales. Y ni siquiera puede hablarse de víctimas en muchísimos casos. A veces el prestamista es una persona anciana de limitados recursos que da en préstamo su dinero para poder subsistir. ¿Es justo exigirle que lo dé a un máximo del 12% anual, cuando con la depreciación monetaria - que es endémica en casi todas partes - iría viendo disminuir día a día sus recursos? El uso del dinero tiene un precio real, y la ley no debe ignorarlo. Ocurre a veces que el prestatario es una persona o firma solvente, que hace los préstamos con fines lucrativos.

Se distingue entre el préstamo de consumo que una persona se ve obligada a hacer para cubrir necesidades inmediatas y el préstamo productivo propio de la sociedad industrial capitalista, en el que el préstamo tiene objeto la producción, y las ganancias permitirá al prestatario el pago capital y los intereses. Es el crédito moderno en sus diversas formas.

En el préstamo de consumo es donde aparece principalmente la figura del usurero, explotando las necesidades del prójimo con fines de lucro.

El delito de usura fue incorporado a nuestra legislación por Decreto Ley N°. 9710, del 31 de enero de 1950, aprobado con modificaciones por la Ley N°. 561, ya citada, del año 1973. Esta ley dictó medidas de protección de la economía nacional, encomendando su cumplimiento al Ministerio de Industria y Comercio. Las medidas van encaminadas a evitar el acaparamiento de los artículos de consumo y al alza o la baja artificial de los productos o mercaderías en general. En los a finales está previsto y penado de usura (Art. 20, 21 y 22).

Interés superior al 12% anual y habitualidad son los elementos de nuestra legislación. El requisito de violación de la tasa de interés máximo legal como único medio de configurar la usura aparece actualmente abandonado por la mayoría de las legislaciones, por sí solo

debe considerarse insuficiente para incriminar como usuario el préstamo, aún unido a la habitualidad.

Para combatir los intereses usurarios basta, y son más eficaces, las sanciones civiles derivadas de la admisión de la lesión, o de la usura como acto ilícito civil, es decir, la nulidad del acto, o la reducción de los intereses a sus justos límites.

La habitualidad o profesionalidad puede funcionar mejor como circunstancia agravante que como elemento del hecho punible. Sea agravante o elemento del delito ¿cuándo se debe considerar que concurre la habitualidad? El hábito importa repetición de hechos, pluralidad de actos, ¿pero cuántos son necesarios para la existencia de este requisito?

Dos o más préstamos usurarios - se afirma- inclinándose las soluciones a exigir un mínimo de tres ¿Hechos con distintas personas, o bastarán tres préstamos usurarios en diversos momentos, aunque hayan sido concertados con la misma persona? La ley nada dice al respecto, se limita a expresar que incurre en la pena “el que se dedicare a realizar préstamos usurarios”. (Art. 20). La dedicación efectuarlos habitualidad o profesionalidad- debe surgir simplemente, entonces, a nuestro juicio, de la mera repetición de los actos, de su pluralidad, se trate del mismo sujeto pasivo, o de diferentes damnificados.

Este es el sistema de nuestra ley, a nuestro parecer inadecuado e ineficaz, con mayor razón por faltar las correlativas sanciones civiles contra los préstamos usurarios, las que pueden originarse sea por la admisión del instituto de lesión, sea erigiendo el préstamo usurario también en acto ilícito civil, como lo hizo la citada ley española, conocida como Ley Azcárate.

La configuración de la usura como acto ilícito civil es notoriamente similar a la lesión. Bastaría para volverlos idénticos reemplazar la palabra préstamos por contratos, e interés por ventaja patrimonial.

Múltiples son las formas como se disfrazan, dijimos, los préstamos usurarios, para hacerlos aparecer como actos lícitos. Las más frecuentes son el contrato de compraventa con pacto de retroventa, en el que la usura está en el precio considerablemente mayor que debe el supuesto vendedor (el deudor) para recobrar la propiedad; el contrato de permuta, cuando es notorio la desigualdad de valor entre los bienes permutados; el de finanzas; el mandato, cuando el mandatario recibe una compensación desproporcionada con los servicios prestados. Cabe también la usura en el seguro, cuando la suma que debe pagar el asegurado no guarda proporción con el riesgo, y en la anticresis, derecho real hoy en desuso entre nosotros, cuando una finca produce frutos en cantidad muy superior a la necesaria para el pago de la deuda.

VIII. CONCLUSIONES

El estudio de la usura en su aspecto civil y penal, habiendo dado una ojeada retrospectiva a sus vicisitudes históricas, y considerando su influencia en el campo económico, nos conduce a las siguientes conclusiones:

1. Para la eficacia de la lucha contra la usura, las sanciones penales deben ir acompañadas de sanciones civiles, y debe ser encarrada la lucha con criterio realista.

De nada sirven las penas draconianas por sí solas: el fin perseguido es que el delito de usura no quede impune. Debe darse en consecuencia, a la justicia un instrumento hábil para desenmascarar las maquinaciones y disfraces de que se valen los usureros.

2. Nuestra Ley N°561/73, citada, ha puesto de manifiesto su ineficacia para reprimir la usura y urge su reforma. Corresponde abandonar el rígido sistema objetivo de dicha ley, que ni siquiera es justo, además, pues ignora la realidad económica, al fijar un tipo inmutable, que ha sido privado de actualidad por la fluctuación del valor de la moneda.

3. Una formula aceptable para la incriminación penal de la usura nos parece que no debe diferir mucho de la que ha sido incorporada a los Códigos Penales de Alemania, Italia y la Argentina, en las que el hecho constitutivo de usura consiste en obtener o hacerse prometer una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada con la propia prestación, abusando o aprovechando de la necesidad, de la inexperiencia o de la ligereza de una persona.

La fórmula, como se advierte, es muy similar a la de la lesión civil, lo cual es lógico, porque en ambos casos el objeto es sancionar la explotación de la necesidad o la inexperiencia ajena, que se traduce en la obtención de ventajas económicas desmedidas e injustificadas.

Se trata, en este caso, de la usura real, que comprende cualquier explotación personal con perjuicio patrimonial, cualquiera la forma contractual que revista. La usura crediticia, como hemos visto, solo se comete mediante un préstamo usurario. Este es el sistema, que de lege ferenda, cabría aconsejar, a nuestro juicio, para sustituir la inadecuada e ineficaz norma vigente que prevé y pena los préstamos usurarios.

4. La usura es por su naturaleza un delito doloso, cuyo elemento subjetivo está en el conocimiento de la situación de necesidad, de la inexperiencia o ligereza de la víctima.

No admitiría, por tanto, la forma culposa, ni la tentativa si se entiende que el delito se perfecciona con la simple promesa del damnificado. Podría caber la tentativa si para la consumación del hecho se exigiera la obtención del provecho ilícito, equiparándolo a los demás delitos contra el patrimonio.

5. La lucha contra la usura requiere no solo medidas represivas, sino preventivas. En el préstamo de consumo es donde más se practica la usura. Una adecuada organización del crédito con sentido social para casos de necesidad, contribuye eficazmente a combatir la usura. El éxito de la lucha depende fundamentalmente de la conciencia de solidaridad social.

BIBLIOGRAFÍA

1. Enrique R. AFTALION, “Derecho Penal Económico” (Buenos Aires, 1959), pág. 127.
2. Gerardo LANDROVE DIAZ, El delito de usura, (Barcelona, Bosch, 1968).
3. Héctor MASNATA y Enrique BACIGALUPO, “Negocio usurario. lícito Civil y delito de usura”. (Buenos Aires, 1972, Edit. Astrea).
4. Laura T.A. DAMIANOVICH, “El delito de usura”. (Buenos Aires, 1972, Edit. Astrea).
5. Fernando CERMESONI, “La usura”, “. en Revista Jurídica LEY T. 7 (1937) pág. 214, Sec. Jur
6. José María RODRÍGUEZ DEVESA, “Derecho Penal Español”, II, Parte especial.
7. Eugenio CUELLO CALON, “Derecho Penal”, T. II., Parte especial.
8. Carlos FONTAN BALESTRA, “El delito de usura!”, y en su “Derecho Penal Argentino”, T. II, Parte especial.
9. Carlos A. TOZZINI, “El delito de usura”.



Delitos vinculados con Estupefacientes, Tenencia y Consumo

Dr. Jorge Eduardo Boumpadre¹

I Generalidades. Precedentes legislativos.

Antes de comenzar con el análisis dogmático de algunas figuras penales contempladas en la Ley argentina N° 20.771 sobre “Estupefacientes”, se me ocurre como necesario destacar la insuficiencia que ha demostrado esta legislación en la realidad doctrinaria y jurisprudencial de la República Argentina, toda vez que ha sido fuente de una variada y conflictiva interpretación de sus tipos penales, generándose como consecuencia una excesiva gama de opiniones que en nada han colaborado para la buena, justa y correcta aplicación práctica, especialmente –como vamos a ver más adelante- en lo que respecta a la tenencia y consumo de drogas.

Sin embargo, como la ley debe ser analizada e interpretada de la mejor manera posible, precisamente para evitar abusos y arbitrariedades en su aplicación, por las limitaciones que naturalmente tiene estas reflexiones en razón del vasto campo de acción de los estupefacientes, me detendré a examinar en la medida de mis posibilidades lo que entiendo como uno de los aspectos más importantes del tema: la tenencia y el consumo de estupefacientes como conductas susceptibles de caer en la órbita del derecho penal. Ello significa que omitiré toda referencia a los aspectos sociales, económicos, políticos o criminológicos de las drogas, salvo todo lo que sea exclusivamente tarea dogmática.

Como es sabido, el código penal argentino, convertido en ley de la Nación el 20 de octubre de 1922 (Ley N° 11.179) entró a regir el 30

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 10-1985.

de abril de 1922, conteniendo breves referencias a la venta de sustancias medicinales, pero sin ocuparse del problema de los estupefacientes. Es así, que en la redacción originaria del art. 204 se penaba al que “estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministraré en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica o diversa de la declarada o convenida”, mientras que en el artículo siguiente (art. 205) reprimía la violación de las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

Vemos, así como, en aquella época, el legislador argentino no vislumbraba aún el acecho del flagelo de la droga.

Es recién en el año 1924 cuando aparece el primer intento legislativo sobre el rema, mediante la sanción de la Ley 11.309, que introdujo en el país las primeras figuras relacionadas con los estupefacientes, si bien lo hizo con otras denominaciones técnicas, lo cierto es que tipificó lagunas conductas como delictivas, p. ej. La venta o entrega de alcaloides o narcóticos sin receta médica por persona autorizada para la venta. Al poco tiempo, esta ley fue complementada por la Ley N° 11.331 del 29 de julio de 1926, que reprimió por primera vez en la argentina la “tenencia de drogas por persona no autorizada que no justifique la razón legítima de su posesión o tenencia”.

Esta controvertida situación -además de confusa en el tratamiento de las drogas- perduró hasta el año 1968 en que se sanciona la ley de facto N° 17.567, inspirada por Soler, Aguirre Obarrio y Fontán Balestra.

Esta ley, que reformó en casi su totalidad el viejo código penal de 1921, incorporando incluso figuras sin precedentes legislativos en el país, dedicó varios artículos a la materia vinculada con los estupefacientes, reprimiendo por ej., el suministro indebido de estupefacientes, la introducción con destino ilegítimo, la fabricación, elaboración y producción de estupefacientes, sin olvidarse –por supuesto- de

contemplar la tenencia excesiva, es decir “la tenencia de estupefacientes en cantidades que excedan las correspondientes a un uso personal”.

Esta disposición implicó, “a contrario sensu”, la desincriminación de la tenencia de drogas cuando estuvieren destinadas a “un uso” personal.

A su turno, el retorno a la vida constitucional, determinó la vuelta al viejo código y, por supuesto, a los mismos problemas, pues la ley 20.509 del 23 de mayo de 1973 derogó de un plumazo la legislación dictada durante el período de facto, entre ella todo lo relativo a los estupefacientes.

Ante esta grave situación, el Congreso de la Nación sancionó el 26 de septiembre de 1974 la ley N° 20.771, actualmente en vigencia. Esta ley, justo es reconocerlo, trajo un poco de orden en la materia, toda vez que, además de dar el concepto legal de estupefacientes, incorporándolo al código penal, tipificó una serie de conductas vinculadas con ellos, alcanzando la punición a todos los momentos del tráfico, desde el almacenamiento de la semilla, pasando por la siembra y el cultivo y culminando con el tráfico, por importación y exportación y las formas calificadas. En lo relativo a la tenencia, incorporó al derecho positivo un nuevo tipo legal: “el que tuviera en su poder estupefacientes, aunque estuvieren destinados a uso personal”. Finalmente, para el juzgamiento de estos delitos estableció la competencia de la justicia federal.

Las leyes posteriores de reformas al código penal, Nos. 21.338 del año 1976 y la recientemente sancionada N° 23.077 en 1984, mantuvieron la vigencia de la ley 20.771.

Como ya lo advirtiera anteriormente, en atención a los límites lógicos que tienen estas reflexiones, me referiré exclusivamente a los problemas de interpretación que ha planteado a la doctrina penal argentina la cuestión de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, tratando en lo posible de exponer mi pensamiento sobre el tema.

II Evolución histórica del problema de las drogas y sus derivados.

No resulta ocioso recordar aquí algunos aspectos relacionados con el largo camino que ha recorrido en el curso de la historia el espectro de la droga, desde los más remotos tiempos en que el uso y consumo se confundían con los cultos a la divinidad hasta la época actual del mundo contemporáneo que día a día se ve devastado por los graves efectos causados por la ingestión masiva del tóxico.

El consumo de drogas en la antigüedad, es sabido, provenía de sustancias tóxicas extraídas directamente de los vegetales en los propios dominios del asentamiento del grupo tribal. El consumo respondió a prácticas milenarias y universales, con puros fines médicos-religiosos, de hechicería o adivinación, hechos que eran comunes a todas las culturas y a todos los continentes de la época.

Las narraciones más antiguas ya hablan del uso de drogas en épocas anteriores al cristianismo, limitándose al relato de pasajes litúrgicos de sectas religiosas.

En extensas regiones euroasiáticas, particularmente sobre los extremos geográficos de Siberia, los agrupamientos tribales primitivos consumían un hongo de extraordinaria capacidad psico-activa, el “amanita muscaria”, que produce alucinación, delirio e intoxicación. Incluso, entre los actuales habitantes de esas regiones aún subsiste la costumbre del consumo del hongo en las celebridades rituales, usándose por excepción para fines terapéuticos.

En el llamado “Culto de Soma”, celebrado por los pueblos arios, habitantes del Valle de Indo, 3.500 años atrás llegaron a venerar a este curioso hongo por su capacidad de mostrar el más allá de sobrenatural dimensión.

También se ha demostrado por los historiadores, que los vikin-
gos, en ceremonias especiales realizadas en territorios escandinavos, bebían brebajes alucinantes que los llevaban a las batallas con furia compulsiva.

En estos remotos tiempos ya aparecen vestigios de uso de la adormidera en Asia Menor. En escritos cuneiformes del Sumer y en Bajorrelieves asirios del Siglo XI antes de J.C., se representan los mágicos poderes de la planta. En uno de esos bajorrelieves se muestra a un sacerdote que tiene en sus manos un ramo de adormidera, inclinándolo en actitud protectora sobre un enfermo.

En esta misma época, se hallaron referencias al “haschis”, que los asirios llamaban “cunubu”, vos de la que más adelante nació “cannabis” de los griegos, droga que nosotros conocemos con el nombre de “marihuana”.

Sin embargo, también en América se ha hecho culto de la droga. Así, los primitivos habitantes del Amazonas realizaban ceremonias y experiencias con plantas alucinógenas que los hacía transportar más allá de la vida y de la muerte. Los jíbaros, p. ej., bebían el jugo de una planta llamada “datura arbórea”, chamico o floripón (como se la conoce en la Argentina), que en grandes dosis produce excitación, delirio, alucinaciones y narcosis.

De la misma manera, relatos de los conquistadores españoles nos dicen que los indios habitantes de los actuales territorios de Bolivia y Perú y de las costas continentales del Mar Caribe, ya conocían los efectos estimulantes de la hoja de coca. Se cuenta que los incas permitían el “coqueo” incluso a ciertos y privilegiados súbditos, aunque la distribución de las hojas de coca estaba en manos de la realeza y de los sacerdotes. Los indígenas del Altiplano colocaban hojas de coca en la boca de sus muertos para asegurarles una feliz existencia en el otro mundo.

Apenas producida la conquista, los conquistadores liberaron el coqueo difundándose el consumo masivo por todo el imperio. Fue usada la coca para estimular a los indios en los duros trabajos a que fueron sometidos. Esta grave situación preocupó a la Iglesia hasta el punto tal que se cuenta que los misioneros enseñaban a los indígenas “que la coca era una maldición del diablo”, mientras que los conquistadores la denominaron “el oro verde”.

Lo cierto de todo esto, es que el tóxico era extraído de distintas plantas que con el tiempo se conocieron con el nombre de adormidera, coca y cáñamo.

La adormidera, cuyo producto es el opio, es la que más rápido cultivo y extensión tuvo en el mundo. Oriunda de Egipto y Asia Menor, fue difundida por los mercaderes árabes a la China y la India. El opio se obtuvo del jugo que producen las cápsulas de la adormidera. De este modo también se obtuvo la “codeína” y la “tebaína”, alcaloide este último que tomó su nombre de la ciudad egipcia de tabas, lugar donde se la producía. También se obtuvo la “morfina”, voz que proviene etimológicamente de Morpheus, dios del sueño. Su empleo es anterior a la historia escrita, encontrándose las primeras referencias en las notas de Teofrasto en el silo III antes de J.C. Científicamente se la denomina “papaver somniferum”, permitiendo la extracción de más de veinte alcaloides, aunque solo tres tienen uso clínico: la morfina, la codeína y la papaverina.

La coca, cuyo componente básico es la cocaína, es de origen americano, especialmente de un arbusto americano, especialmente de un arbusto indígena de Bolivia y Perú. De la planta se aisló la cocaína en el año 1860 como anestésico local y con su hallazgo se inicia la era de las anestesiases locales. Científicamente se la denomina “Erythroxylon coca”, aunque en sus comienzos y por su utilidad médica, se la llamó paradójicamente el “alcaloide de la felicidad”. Años más tarde se le adosó tal vez su verdadero nombre: el “alcaloide de la muerte blanca”.

El cáñamo, que proporciona las variedades conocidas como “haschis” o “marihuana”, es una planta herbácea nombrada como “cáñamo indio” y oriunda de la península arábiga. De la resina que segrega la planta hembra se obtiene lo que en el continente americano se conoce por marihuana. Su nombre científico es “cannavis sativa”, acuñado por Linneo en el año 1753. En la historia de esta variedad toxicomanígena, no resulta inoportuno recordar que la palabra “asesino” deriva del “haschisin”, nombre que identificaba a los

seguidores del llamado “Viejo de la Montaña” Hassan Im Sabah, personaje del siglo XI que dirigió una secta árabe dedicada a robos y asesinatos, y a cuyos acólitos suministraba la droga para que se les represente visiones paradisíacas y así cometer sus crímenes.

Ya en tiempos más recientes, durante el curso del siglo XIX, se nota el permanente aumento del consumo de drogas, como así su gradual difusión masiva por todo el mundo.

Durante el año 1837, algunos productos chinos, como el té, la seda, la porcelana, etc., eran sumamente codiciados por los ingleses, los cuales por resultar muy caros llegaron a desequilibrar su balanza de pagos. Es así que, para dar una solución a este problema, no encuentran mejor solución que echar manos al polvo de la amapola india como instrumento de pago, introduciéndola por todo el territorio del milenario imperio. Este tráfico del opio fue controlado, financiado y ejecutado por la Compañía de la India Oriental del Comercio Británico, volcando toda la producción anual de la india en el mercado chino. Ante esta situación desoladora y totalmente descontrolada, el gobierno chino solicita ayuda a la Reina Victoria para erradicar el vicio del territorio, sin que las tímidas palabras del Emperador Lin Tso. Sin fueran escuchadas. Corría el año 1839. En este año va a ocurrir el hecho que desencadenaría la guerra entre las dos naciones. Los chinos decomisaron compulsivamente un cargamento de opio y hundieron los barcos que transportaron la carga. El imperio inglés no se hizo esperar, declarando la guerra al pueblo chino en el año 1841, conflagración que pasó a la historia bajo el tristemente célebre nombre de “Guerra Británica del opio”. La guerra terminó con el tratado de Nankin, mediante el cual Hong Kong pasó a ser ocupada por Inglaterra en enero de 1841, a la vez que China se vio obligada a abrir las puertas de Cantón, Amoy, Fu-Chow, Ningpo y Shanghai al comercio del opio bajo fiscalización consular. Además, debió abonar la suma de dólares 21.000.000 por indemnización.

Unos cuantos años más adelante, en 1943, un científico de nombre Albert Hoffman, advirtió la excepcional capacidad alucinógena de un compuesto que él mismo había logrado sintetizar poco tiempo

antes a base de cornexuelo de centeno. Lo llamó L.S.D. 25 (dietilamida del ácido lisérgico), tóxico que logró su definitivo lanzamiento al mercado toxicomanígeno durante los festivales hippies de Haigh Asbury en el año 1964.

Todos estos acontecimientos se convirtieron en preocupación constante de organismos nacionales e internacionales en el mundo entero, todos mancomunados en el esfuerzo común de erradicar el vicio de la droga de la sociedad contemporánea.

III. Bien jurídico. Problemas que suscita.

La ley argentina N° 20.771 sobre estupefacientes, en cuanto describe conductas punibles como delitos, constituye técnicamente una ley penal “extra código”, pero incorporada al sistema del código penal, es decir, que forma parte integrante de su cuerpo normativo.

Ello así, toda vez que presenta ciertas características que necesariamente llevan a esa conclusión. En primer lugar, derogó el viejo artículo 204 del código penal que reprimía el “suministro infiel de medicamentos”, dándole una mejor redacción. Esta figura delictiva está ubicada en el Título VII denominando “Delitos contra la seguridad pública”. Por su parte, también derogó el segundo párrafo del arts. 205 que reprimía la introducción clandestina de alcaloides o narcóticos. En su artículo 10 se da la fórmula de lo que debe entenderse por el término “estupefacientes”, incorporando tal definición al art. 77 del código penal.

Estas referencias nos indican –sin duda alguna– que la ley ha ubicado el tratamiento de los estupefacientes en la esfera de los delitos que atentan contra la salud poblacional.

Sin embargo, para el caso de consumo de drogas, se ve claro que también se lesiona otro bien jurídico: la integridad corporal del paciente o consumidor, circunstancia que permite sostener que estamos en presencia de una modalidad delictiva de las denominadas “pluri-ofensivas”, en razón de verse lesionados varios bienes jurídicos, en el caso la integridad corporal y la salud pública. No obstante, teniendo

en cuenta la preeminencia que el legislador ha dado a la salud en general, por la ubicación de los diversos tipos penales, puede válidamente concluirse que el bien jurídico tutelado en los delitos vinculados con los estupefacientes es la “salud pública”, entendida esta como “la salud de la población en su aspecto físico y moral”, toda vez que el consumo no medicamentado constituye un mal grave para el individuo, no solo en el orden puramente material, sino para las consecuencias que acarrea en el plano psicológico, además de constituir un factor degradante de la propia personalidad del sujeto en cuanto está referido a la relación del individuo con el mundo de los valores (Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes; Conferencia de las Naciones Unidas para la aprobación de una Convención Única sobre Estupefacientes, Naciones Unidas, Nueva York, 1964).

Por otra parte, no debemos perder de vista que estas figuras son, por su naturaleza, infracciones de peligro común, característica fundamental que otorga relevancia jurídica al tipo legal y que le da contenido al injusto, figura que relacionadas con la seguridad general o colectiva —cuál es el tópico del título delictivo— implican una lesión a esta en cuanto se ve disminuida por la sola posibilidad del daño.

Aquí la salud tiene una significación distinta que en aquellos hechos que causan un daño en el cuerpo o en la salud de las personas, pues está referida principalmente a la potencialidad peligrosa para la afectación de la seguridad común, aunque en el caso particular el medio sea apto para provocar un daño individual. En estos supuestos el legislador ha tenido en cuenta la salud de la población mirada en su conjunto social, no individual, como podría ser en ellos casos de delitos que atenten contra la vida o la integridad corporal. La característica de estas infracciones radica principalmente en la indeterminación del peligro, razón que permite suponer a la tenencia de drogas para consumo propio como atentatoria de la salud general, toda vez que tal comportamiento pone en serio peligro la seguridad de la población, la que puede verse afectada si no se impide la expansión (o su concreta posibilidad) del vicio a todos los estratos de la sociedad.

IV. Concepto de estupefacientes o sustancias afines.

Tanto en la legislación argentina como en la del Paraguay, la norma penal utiliza la expresión “estupefacientes” para referirse a las distintas drogas peligrosas para la salud y que pueden dar lugar a diversos hechos punibles.

En este sentido, la ley argentina N° 20.771 incorpora al art. 77 del código penal el término “estupefacientes” diciendo que debe entenderse por él a “los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que la autoridad sanitaria nacional debe elaborar a este fin y actualizar periódicamente”.

Como puede advertirse, nos encontramos aquí con un concepto “jurídico” de estupefacientes, el cual poco o nada puede decirnos, toda vez que no sabemos aún qué debe entenderse por ese término desde el punto de vista toxicológico.

La ventaja de esta expresión legal respecto de las anteriores, (alcaloides, narcóticos, etc.), es que “generaliza” el concepto, pues con la remisión a las listas sanitarias amplía notablemente el campo de aplicación de la ley en el sentido de que bastará que la autoridad sanitaria diga que tal o cual sustancia es un estupefaciente para que valga como tal a los fines represivos.

El origen de la disposición se encuentra en la Conferencia Sudamericana de Estupefacientes, cuyo texto –al decir de un sector de la doctrina– contiene una hipótesis de interpretación auténtica tanto para el código penal como para la ley 20.771. De todo ello se deduce que los vocablos “alcaloides”, “narcóticos” y “drogas”, etc., son especies del “género” estupefacientes. Tales sustancias son solo una clase de estas.

La voz “estupefacientes” aparece por primera vez en el derecho argentino con la ley 17.567, manteniéndose invariablemente hasta el día de hoy. Sin embargo, como también la ley alude a otros términos,

como “psicóticos” y “demás sustancias”, se impone una somera distinción entre ellos.

El “estupefaciente” se caracteriza por ser “malo per se” (en sí mismo), porque atenta contra la salud pública, física y moral de la humanidad; porque no tiene propiedades curativas, y porque solo sirve, administrado bajo control médico, para mitigar el dolor humano. El estupefaciente se vuelve “bueno” por el uso que de él se dé; p. ej. El opio no tiene propiedades medicinales, salvo calmar el dolor.

El psicotrópico, por el contrario, es “bueno per se”, por cuanto es de uso esencial en la medicina o para fines médicos; tiene propiedades terapéuticas y únicamente se vuelven “malos” cuando su uso abusivo puede causar problemas sanitarios o sociales. De allí que se ponga especial cuidado en su fabricación, elaboración, expendio y consumo. En síntesis, los psicotrópicos se vuelven estupefacientes cuando la autoridad sanitaria los incluye en las listas correspondientes, v. gr. Las anfetaminas.

Por último, leemos en la ley argentina que termina diciendo: “y demás sustancias susceptibles de producir dependencia psíquica o física, que se incluyan en las listas que la autoridad sanitaria nacional debe elaborar a este fin y actualizar periódicamente”. Esta última parte del texto legal pareciera ser que nos quiere recordar que, además de los estupefacientes y los psicotrópicos, existen otras sustancias que causan dependencia, las que –por tal razón- valen como aquéllas. Sin embargo, la interpretación correcta no es ésa. Lo que realmente quiere significar la ley con ese agregado –ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación- es que los estupefacientes y los psicotrópicos son los que en el presente “ya” están catalogados como tales, mientras que las “demás sustancias” son aquellas que en el futuro sean incluídas como tales en una u otra categoría (CSJN, 1977).

En la legislación paraguaya sucede algo parecido, salvo la utilización del vocablo “drogas” y el adjetivo calificativo “peligrosas” que corre a continuación (ley 357, artículo 2º). Valen entonces, los conceptos expuestos anteriormente sobre el punto.

Sin embargo –en mi opinión– este adjetivo calificativo “peligrosas” después de “drogas”, debe interpretarse como una intención re-marcatoria del legislador de la característica fundamental que tienen los delitos vinculados a los estupefacientes, es decir, que son delitos de “peligro común”. Lo contrario, implicaría la necesidad de admitir que tal adjetivo está de más en la norma general, pues si la sustancia “no” es peligrosa, en manera alguna se pone en riesgo la salud de la población y, en consecuencia, los efectos nocivos de la droga, v. gr. Dependencia, habituación, despersonalización, inconducta, deterioro orgánico-funcional, etc. De tal manera que, esta interpretación llevaría a la impunidad del hecho por ausencia de afectación del bien jurídico, circunstancia que se me ocurre como inaceptable.

V. Tenencia y consumo de estupefacientes. Estado actual del problema.

La tenencia de estupefacientes como tipo penal autónomo, está previsto en el ordenamiento jurídico argentino en el art. 6° de la Ley 20.771, al igual que en el art. 15 de la ley 357 que regula el problema de las drogas en el Paraguay.

Por el momento, me ocuparé del problema que el texto legal ha planteado en la Argentina y las distintas soluciones que se han propuesto.

Dice el art. 6° de la ley 20.771: “será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de pesos argentinos sesenta como mínimo y en pesos argentinos tres mil como máximo (según ley 23.077 art. 12, inc. 15 que actualizó los montos originarios) EL QUE TUVIERE EN SU PODER ESTUPEFACIENTES, AUNQUE ESTUVIEREN DESTINADOS A USO PERSONAL”.

Nada fácil ha sido el camino recorrido por la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales argentinos para determinar si la tenencia de estupefacientes destinados al uso personal es o no punible como delito. Muchas veces se han escuchado –y aún hoy siguen so-

nando- en favor de la desincriminación el toxicómano en ciertos casos, mientras que otros propugnan la delictuosidad de la tenencia cualquiera sea la circunstancia que el caso particular presente. Distintos, por supuesto, han sido los argumentos en uno u otro sentido.

Por mi parte, ya he adelantado la opinión favorable a la delictuosidad del acto.

En realidad, la cuestión se ha planteado en estos términos: la tenencia de estupefacientes destinados al uso personal, ¿es punible como delito, o es una conducta lícita?

Antes de entrar a considerar los diversos argumentos que se han expuesto sobre el tema, creo que debe dejarse en claro que es opinión pacífica de que lo que la ley contempla en el art. 6° es la “tenencia de estupefacientes”, es decir, que si el autor tiene en su poder “materia prima”, p. ej. Una planta de marihuana, o elementos destinados a su elaboración (acto preparatorio) no es punible por ausencia de tipo, pues el estupefaciente es –precisamente- la “materia prima ya elaborada”, o si se quiere, de la materia prima es de donde se obtiene el estupefaciente. Por lo tanto, “no” es estupefaciente. Esto claro, vayamos al tema de nuestro interés.

Toda esta cuestión sobre la delictuosidad de la tenencia de tóxicos no es novedosa en la República Argentina, toda vez que el primer antecedente en la materia ya lo encontramos en la ley 11.331 del año 1926, que reprimirá como delito autónomo a “los que, no estando autorizados para la venta, tuvieren en su poder las drogas a que se refiere esta ley y que no justifiquen la razón legítima de su posesión o tenencia”.

Es a partir de esta fecha en que aparecen los problemas.

La jurisprudencia tuvo oportunidad de pronunciarse por primera vez sobre el tema en el año 1930, fecha en que la Cámara del Crimen de la Capital federal en el fallo plenario “González Antonio” sostuvo la delictuosidad de la tenencia de alcaloides por personas no autorizadas para su venta o que no justifiquen la razón legítima de

su posesión, no admitiéndose –a su vez- la excusa de uso personal que fuera invocada en el caso. Por su parte, la minoría del tribunal sostuvo la desincriminación del hecho basándose en que la sanción para quienes posean alcaloides con fines de uso personal propio, y no de venta y difusión, importa un ataque a la libertad personal que la Constitución consagra y garantiza en el art. 19. Este último argumento se constituyó, con el tiempo, en el adalid de sus sostenedores, como luego veremos en detalle.

El citado fallo fue ratificado por la misma Cámara en el fallo plenario “Terán de Ibarra” del año 1966, en el cual se puso nuevamente en tela de juicio la constitucionalidad de la tenencia en tales condiciones.

Más adelante, precisamente en el año 1978 en la causa “Colavini Ariel O.”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se inclinó decididamente por la delictuosidad de la tenencia de estupefaciente para uso personal, declarando asimismo, que el art. 6º de la Ley 20771 no es violatorio del art. 19 de la Constitución Nacional.

Por su parte, en ese mismo año 1978, Zaffaroni siendo Juez de primera instancia de sentencia de la Capital Federal, en la causa “Yañez Álvarez” –que puede considerarse como el “leading case”- se pronunció en favor de la licitud de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, con argumentos que daremos cuenta más adelante, tesis seguida por el Juez Maier en el caso “González y otra” fallado en el año 1979. Esta misma posición fue sostenida recientemente por el Juez Olivieri de la Capital Federal (1ra. Instancia de sentencia), circunstancia que denota la constante preocupación de los tribunales argentinos por determinar correctamente el problema que nos ocupa en esta oportunidad.

En definitiva, los argumentos que sobre el tema se han expuesto, pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

a) argumentos en contra de la incriminación.

Son postulados por un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales argentinos, teniendo a Sebastián Soler como la cabeza más destacada del grupo. Este autor sostiene la licitud del tenedor de estupefacientes para uso personal, invocando para ello sus dos argumentos más importantes: la violación del “principio de reserva” que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional, el cual establece que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados”. A esta tesis agrega el argumento científico de la impunidad de la autolesión en el ordenamiento penal argentino, de la cual será un acto preparatorio impune la tenencia de estupefacientes para uso personal propio.

Otro argumento de Soler –también acompañado por un sector de la doctrina-, que en realidad atañe más a la criminología que al derecho penal, es que el drogadicto “es un enfermo” al que corresponde curar y no encerrar en una cárcel. En este sentido –decía Soler- castigar al tenedor en tales casos constituye una forma velada de castigar un vicio, procedimiento contra el cual se levanta la autoridad médica unánimemente.

A su turno, otros autores han dicho –siguiendo muy de cerca a Soler- que la tenencia en estas condiciones es impune frente a nuestro derecho, toda vez que no se encuentra reprimido el autoconsumo en lugar privado, y el hecho de tener para consumir representa un acto preparatorio impune, de una “consumación” impune también (Laje Anaya Justo).

Por su parte, también se ha sostenido que castigar la tenencia con estas características, significa apoyarse en una “presunción de autoría” que no se puede compartir en un derecho penal de culpabilidad, pues de tal manera se castiga al toxicómano por el hecho de que alguno o algunos de ellos “puedan” ser traficantes. Penando a

todos, no caben dudas de que se castiga también a los que solo son drogadictos, sin ser traficantes (Fontán Balestra, Carlos).

Finalmente, en el recordado caso “Yañez Alvarez”, Zaffaroni sostiene la licitud de la conducta del toxicómano y, consecuentemente, la constitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771 únicamente en los casos que la tenencia no ponga en peligro la salud de terceros. En otras palabras –sostiene Zaffaroni- el art. 6° solo castiga la tenencia de la cual pueda derivar un peligro de difusión del hábito al consumo, sea por ser aquella ostensible (peligro de imitación), sea por ser exagerada en su cantidad (peligro de distribución).

b) argumentos en favor de la incriminación.

Se ha dicho en favor de la delictuosidad de la tenencia de estupefacientes para uso personal propio que, por la altísima jerarquía del bien jurídico Salud Pública (cuya destrucción cala hondo en el sentir colectivo y conmueve profundamente el sentimiento de seguridad común), su protección mediante la previsión de acciones que pueden llevar una amenaza nunca puede ser arbitraria (Moras Mom Jorge). El interés particular cede –sin duda alguna- frente a la existencia del interés público que se halla en juego por el solo hecho de tener estupefacientes, es decir, que no se trata de reprimir al vicioso que tiene la droga para consumo personal, sino de proteger el interés general que se encuentra comprometido por este tipo de conductas.

También se ha dicho –y con sólidos argumentos- respecto del reparo constitucional que formula la tesis contraria, “que la tenencia de estupefacientes para uso personal en manera alguna conculca la garantía consagrada en el art. 19 de la Constitución Nacional, toda vez que el acto de consumo de estupefacientes por su tenedor para uso propio, no es en sí mismo un acto de implicancia de pura moral individual (como piensa Zaffaroni), sino un acto con trascendencia física para el consumidor por los daños que pueden derivar para su salud física y mental. La naturaleza de estos hechos exige que su consideración jurídica se haga desde el punto de vista del daño social,

como consumo para la comunidad, y no limitadamente al acto individual como puro acto vicioso. Se trata sin lugar a dudas, de un vicio directamente dañoso para la comunidad. Si de la mala costumbre del vicioso que tiene el estupefaciente en privado y que lo consume en privado en forma individual y aislada, podría hablarse de un acto exterior sin trascendencia social, esta se produce y en muy alto grado cuando el consumo se mira, según debe mirarse, como el hecho total correspondiente a los tenedores-consumidores en general; entonces es posible considerar el hecho como dañoso o peligroso para la salud pública, que es un bien que la ley debe resguardar (NUÑEZ Ricardo C., con transcripción fiel de su pensamiento).

De igual manera, el maestro Córdoba también nos enseña –refutando a Soler por el argumento de la autolesión impune- que esta interpretación desincriminadora parte de argumentos de valor solo aparentes, pues el castigo del vicioso que tiene el estupefaciente para uso personal, no se hace a título de delitos contra las personas (autolesión impune), sino a título de delito contra la salud pública, la cual no se lesiona por el hecho del vicio y sus malas consecuencias para ese consumidor particular, sino por las posibilidades de que ese vicioso sea, como suele suceder, un medio de difusión del vicio. Este peligro excede, evidentemente, el ámbito de las acciones privadas exentas de la autoridad de los magistrados.

En este orden de cosas, se afirma que el art. 204 del código penal (versión de la ley 17.567/68), que desincriminó el hecho de la tenencia para consumo propio, olvidó que el comercio minorista se efectúa en pequeñas cantidades y que el mismo detallista es generalmente un drogadicto que integra la cadena delictiva; la figura del art. 6° de la ley 20.771 contempla un acto preparatorio específicamente tipificado en razón de su univocidad (TERAN LOMAS, Roberto Z.). En una posición similar se ubica Alberto S. MILLAN cuando afirma que no es razón legítima el uso del vicioso porque la ley no puede considerar legítimo lo que es socialmente disvalioso. La reforma ha sido inconveniente –dice el profesor de Buenos Aires refiriéndose a la ley 17.657- porque no es lícito hablar de un consumo personal como

si se tratara del consumo de una sustancia alimenticia, suntuaria o placentera, sino de una ingestión degradante para la salud personal del vicioso y con gran poder de propagación entre personas inestables e inmaduras, pero muy especialmente porque bajo la capa de consumidores (ya no es necesario llamarlos viciosos) se esconden verdaderos traficantes.

Otros argumentos doctrinarios han expresado que el hábito de tomar alcaloides rebasa la esfera de las acciones privadas de los hombres, ofreciendo precisamente a la moral pública y constituyen un peligro evidente para terceros, cosa que nadie puede en el día de hoy poner en duda, después de la repetida y dolorosa experiencia cotidiana acerca de los toxicómanos (DEBENEDETTI Isidro y LAPLAZA Francisco).

En fin, sería largo continuar destacando los argumentos que se han expuesto en favor de la incriminación del tenedor de estupefacientes para consumo personal, por lo que creo que es hora de emitir opinión.

Antes, creo necesario recordar que, en los precedentes legislativos argentinos, fue precisamente la ley 17.567 del año 1968 la que desincriminó la tenencia de estupefacientes correspondiente a “uno” uso personal (no más de uno), reprimiendo únicamente el exceso de este límite. Esta disposición se inspiró en el Proyecto de Código Penal elaborado por Soler, que traía similar redacción. Por último, el Proyecto de Código Penal de José Peco del año 1941, solo reprimió la tenencia de sustancias estupefacientes que obedezca a algún propósito de destinarlas al comercio o de suministrarlas o procurarlas a otro; una forma indirecta de desincriminación.

Ahora sí, vayamos a lo nuestro.

c) Nuestra opinión.

Ya he adelantado mi inclinación por la tesis de la incriminación. Sin embargo, y más allá del respeto que merecen sin duda al-

guna los argumentos que se han expuesto en tal sentido, precisamente por el prestigio de sus sostenedores; creo posible llegar al mismo destino, pero por un camino diferente.

Veamos.

En principio, acompaño decididamente los argumentos que reducen todo el problema al análisis del bien jurídico tutelado en estos supuestos, al igual que la naturaleza de estas infracciones. Creo que Salud Pública y peligro común son conceptos inescindibles. Un análisis sistemático del plexo normativo nos señala esta conclusión, más aún, por la ubicación que hemos hecho de la ley 20.771 en el código penal: “Delitos contra la Seguridad Pública” –título VII-, capítulo de los “Delitos contra la Salud Pública”. Esta tesis desmorona –a mi modo de ver- el argumento de la autolesión impune de Soler. Sin duda alguna que no estamos frente a un delito contra las personas en el sentido de “atentado a la integridad corporal”, aunque mediante la ingestión del tóxico pueda llegarse –como a menudo sucede- a una lesión orgánica o funcional en el cuerpo del paciente, sino ante una verdadera infracción de peligro concreto contra la salud general.

Tampoco me seduce el argumento de que el toxicómano es un enfermo que merece tratamiento médico en vez de la cárcel, aunque en el caso particular deba ser curado de los efectos del vicio. Ello, por varias razones: en primer lugar, porque la ley no pune al toxicómano únicamente, sino también a aquel que aún no lo es, es decir, cuando aún “no” es enfermo. En segundo lugar, porque la ley no pune al tenedor por lo que “es” sino por lo que “hizo”. En este caso, se reprime la mera tenencia de estupefacientes, vale decir, una acción humana que produce una transformación en el mundo exterior, circunstancia que deja ver claramente la presencia de un derecho penal de culpabilidad y no, como pareciera ser un derecho penal de autor que pune al hombre por su modo de ser, por su especial calidad o situación. Reitero, al toxicómano se lo reprime por “tener estupefacientes” y no por el solo hecho de ser toxicómano. La acción punible es aquella, no esta.

Finalmente, y en lo que creo el argumento de mayor peso de la tesis contraria, el que cuestiona la constitucionalidad de la ilicitud, toda vez que este hecho –dicen- ubica al hombre en el ámbito de propia libertad y su incriminación invade lo que se ha dado en llamar las “acciones privadas” de que habla el texto constitucional, entiendo que también debe ser rechazado por ser un argumento falso. A esta conclusión llego luego de transitar inversamente el camino, es decir, no ocupándonos de si la tenencia de estupefacientes para propio consumo se adecua a lo preceptuado por el dogma del art. 19 de la Ley Fundamental, sino si el campo de las “acciones privadas” a que alude la constitución comprende o legitima la tenencia y consumo de drogas. Para arribar a destino, entiendo que debemos comenzar por analizar el texto constitucional.

Dice nuestro art. 19 C.N. (1ra. Parte): “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Conforme con el texto constitucional, puede afirmarse válidamente que en él descansa el núcleo central de garantías a la libertad del hombre. El artículo consagra una zona amplia y segura libertad para todos los actos humanos, tanto en el ámbito interno como en el externo; por ello, puede sostenerse que no puede ser reprochado penalmente un pensamiento, una idea, un sentimiento, e incluso un proyecto criminal sin su consecuente exteriorización. Estos actos pertenecen a la esfera íntima del ser humano. Sin embargo, existen otros actos que van más allá de la esfera interna del sujeto, que son precisamente los actos con proyección en el mundo exterior; algunos de estos carecen de toda significación para la vida social, no afectan ni al orden ni a la moral pública, mientras que con otros sucede todo lo contrario: tienen un gran significado para la comunidad donde se desarrollan, es decir, que interesan al “público” en forma indeterminada y general.

Así, algunos pensadores han distinguido claramente las características de las acciones que no salen del fuero íntimo del hombre,

vale decir, en la soledad del yo viviente, a la que nadie más que el mismo yo puede tener verdadero acceso (GARCIA MORENTE Manuel); de las acciones exteriores de los individuos en las que la injerencia del Estado no se justifica, por cuanto no afectan al orden social de la comunidad (SAMPAY Arturo); y en tal sentido se ha extendido la protección legal a ciertas conductas en salvaguarda del derecho a la intimidad o a la privacidad (RAMELLA Pablo A.).

Sin embargo, en esta dicotomía de las acciones humanas (aquellas interiores que quedan en la inminencia del operante, y aquellas otras exteriores no públicas, que aunque trascienden al sujeto actuante no interesan ni afectan al orden social), la idea de “comunidad” ha sido perfeccionada hasta el punto tal de extender la presencia de lo público (el interés público) a conductas que se protegían en salvaguarda de lo estrictamente privado, es decir, que esta perfección de la idea de comunidad ha introducido el concepto de lo “público” en esferas antiguamente privadas, v. gr. El consumo de drogas (SAGUES Néstor P.).

En síntesis, bajo la órbita del art. 19 de la Constitución Nacional, están comprendidas todas aquellas acciones internas y externas del sujeto que no tengan significación o proyección social, o sea, aquellas que no tengan ninguna relevancia para la comunidad por no causar consecuencias de ninguna naturaleza. En estas circunstancias, será el “bien común” el valor que deslindará los justos límites entre el acto humano exterior “privado” del acto humano exterior “público”. Aquel —en consecuencia— estará protegido por el ámbito de privacidad del art. 19, mientras que este, por ser “público” podrá ser reprochado penalmente. En este aspecto, se ha dicho que el art. 19 de la Constitución Nacional viene a integrar un reducto de gobierno personal, que rige con total independencia del poder político, impidiendo la intervención del Estado en la esfera de la vida privada, es decir, que no solamente debe ser protegida respecto de la actividad de la autoridad, sino también de la de terceros. En tanto la esfera de privacidad no tenga consecuencias sociales, no resultará posible la acción del Estado, quien deberá detenerse allí donde se encuentra la libertad

inofensiva, y desde entonces, legítima de los particulares (BIDART CAMPOS Germán).

De lo expuesto resulta a todas luces claro, que la tenencia de estupefacientes para consumo personal “no” es un acto de naturaleza interna, y menos aún de naturaleza externa “sin” significado social. Sin duda, se trata de un acto externo con una gran importancia social, de gran interés para la comunidad, o –como nos enseñara el maestro de Córdoba don Ricardo Nuñez- la tenencia es una actuación en el mundo exterior: es la actuación de la voluntad de tener el estupefaciente.

Si así no fuera, ¿qué sentido tendría que el legislador se preocupara en regular el tratamiento jurídico de las drogas en todas sus modalidades?, desde la siembra de la materia prima, pasando por el tráfico y concluyendo con el consumo y las medidas de seguridad de los toxicómanos.

En otras palabras, ¿qué sentido tendría que estemos charlando sobre los estupefacientes si nada nos importa sobre ellos?

Creo que existe otro argumento más que me ha convencido por acompañar la corriente doctrinaria que aboga por la incriminación de la tenencia de drogas para uso personal. Es el siguiente.

En un análisis histórico y sistemático de nuestros precedentes legislativos, se observa que algunas leyes y proyectos han desincriminado la tenencia de estupefacientes para un uso personal, en algunos casos en forma expresa mientras que en otros apelando al recurso de incorporarla tipo un elemento subjetivo especial que tornaba prácticamente imposible la adecuación típica de la conducta antijurídica, p. ej. El Proyecto Soler de 1960, el Proyecto Peco de 1941, la ley 17.567, etc.

Sin embargo, la ley 20.771 ha tipificado expresamente la conducta, destacando en la propia norma que el hecho es punible “aunque estuviere destinado al uso personal”, circunstancia que me in-

duce a pensar que, si el legislador hubiera querido la desincriminación de la tenencia en estos casos, lo hubiera hecho en forma expresa, como sugerían los precedentes indicados, más aún cuando –al momento de la sanción- no debió desconocer el arduo debate doctrinario y jurisprudencial sobre el tema.

Después de todo esto, creo verdaderamente que la tenencia de drogas para consumo propio es punible como delito en el ordenamiento penal argentino.

Panorama distinto ofrece –sin duda- la legislación del Paraguay sobre este tema. Brevemente a continuación reflexionaremos sobre este punto.

VI. La tenencia de estupefacientes y drogas peligrosas para consumo personal en el ordenamiento jurídico paraguayo.

En el derecho positivo del Paraguay la tenencia de estupefacientes está tratada no muy felizmente en el art. 15 de la Ley 357 del año 1972, en cuyo texto se prevé la simple tenencia de drogas peligrosas sin autorización legal (1er. Párrafo), una excusa absolutoria para el toxicómano que tuviere estas sustancias en cantidad mínima para su exclusivo uso personal (2do. Párrafo), la tenencia excesiva por parte del toxicómano (3er. Párrafo) y, finalmente, la consagración de una liberalidad para el toxicómano en tratamiento, facultándolo a tener drogas en su poder cuando el médico se las hubiera recetado (4to. Párrafo).

Como puede leerse a simple vista, la construcción normativa de este artículo no es de muy buena factura, y no responde a una buena dogmática ni sana política criminal, además de ser confuso en su redacción y peligroso en su interpretación irrestricta. De todas maneras, y teniendo en cuenta la cierta similitud que presenta con el texto argentino en algunos aspectos, entiendo que las explicaciones vertidas en su oportunidad pueden válidamente ser de aplicación aquí, por lo que creo podemos comenzar con su análisis.

En primer lugar, se advierte que el artículo castiga la simple tenencia de drogas peligrosas, o productos que las contengan, en cualquier persona, sin que se requieran calidades o condiciones especiales; menos aún que la tenencia responda al consumo particular o para darle un destino distinto. No interesa si se trata de una sola dosis o varias, en acopio o almacenamiento, pues la ley en nada distingue, y sí “*lex non distinguet non distinguet debemus*”.

Sin embargo, a esta parte cabe aclarar que, debido a que se contempla un caso de subsidiariedad penal (“siempre que el hecho no constituya delito más grave”), la concurrencia de algunas de las conductas previstas en los otros tipos penales, p. ej. El suministro al por mayor (que requiera la tenencia de drogas como presupuesto), dará lugar a la aplicación del delito de pena mayor. Por otra parte, tal vez que por un olvido del legislador, no está previsto como figura autónoma ni agravada el “acopio” o “almacenamiento” de estupefacientes, modalidades características del tráfico ilícito.

Se advierte también en el texto legal que no es punible a título de tenencia el “tener” materia prima de la cual pueda obtenerse el tóxico, pues las drogas o “productos” a los que alude la norma debe entenderse como las “sustancias ya elaboradas”.

Por otra parte, tampoco es punible el consumo de estupefacientes sin tenerlos, es decir, la “ingestión” del tóxico sin la concurrencia contemporánea de la acción típica, p. ej. Un toxicómano habido en la vía pública, bajo los efectos de la droga. Tal hecho no es punible porque ninguna disposición de la ley lo prevé, con excepción de la medida de seguridad curativa establecida en el art. 14.

El segundo párrafo del art. 15 prevé –a mi juicio- la disposición que más problemas puede acarrear en la correcta y ecuánime interpretación del texto legal. Esta norma, como puede apreciarse, exime de pena al toxicómano que tuviere en su poder una cantidad mínima de drogas para su exclusivo uso personal. La diferencia con el texto argentino salta a la vista; en este no se requiere calidad alguna en el sujeto activo, mientras que la redacción paraguaya exige la autoría

de un “toxicómano”, característica que impone necesariamente una definición de esta calidad, pues la punición del mismo dependerá en gran medida de la opinión médica que intervenga en el caso particular, lo que se me ocurre un poco peligroso. El juez deberá decir si corresponde el beneficio de la excusa absolutoria, mientras que el médico dará si el sujeto es o no toxicómano.

A mi modo de ver esta disposición ratifica la delictuosidad de la tenencia de estupefacientes para consumo particular, toda vez que sanciona una excusa absolutoria en favor del toxicómano, lo que nos está demostrando que el hecho es delictivo (hay acción típica, antijurídica y culpable), aunque no punible “ministerio legis”.

Por otra parte, la disposición carece de racionalidad respecto de la prevista en el 1 er. Párrafo, pues exime de la pena el hecho más grave, es decir el que posee mayor contenido de injusto, mientras que reprime severamente el hecho menos grave. Se pena lo menos y se absuelve lo más.

En este sentido, entonces, puede conceptuarse al “toxicómano” merced a la definición que da la Organización Mundial de la Salud (Ginebra 1957): “es la persona que ha adquirido un estado de intoxicación periódica o crónica, producido por el consumo repetido de una droga, natural o sintética”. Este estado se caracteriza: a) por un invencible deseo o necesidad (compulsión) de seguir tomando la droga y de obtenerla por todos los medios; b) una relación de dependencia psíquica (psicológica) y generalmente física respecto de los efectos de la droga; c) una tendencia a aumentar la dosis.

De acuerdo con esta disposición resulta, que conviene más a los efectos de la pena ser toxicómano que no serlo, pues, si se aplica la medida curativa del art. 14, por imperio de lo dispuesto en el art. 15 “in fine”, aquel podrá seguir consumiendo drogas si el médico que lo trata es persona benevolente o complaciente con su paciente, circunstancia que nos deja ver claramente el peligro de una disposición de estas características. Por otra parte, ninguna necesidad había de sancionar una disposición como la que nos ocupa, toda vez que el que

tiene que tener la droga –se me ocurre- no debe ser precisamente el drogadicto, sino por el contrario el médico que esté a cargo de su tratamiento, o en su caso, las autoridades del instituto especializado para tales fines. Liberalidad semejante no resulta admisible ni justificable bajo ningún punto de vista.

Otro aspecto de la norma que presenta insuperables dificultades al intérprete es la referida a la cantidad de droga que debe tener el toxicómano en su poder para favorecerse con la excusa, toda vez que –a reglón seguido el exceso está sancionado con pena privativa de libertad. En este sentido, la ley exige la tenencia de una “cantidad mínima” para hacer jugar la excusa, mientras que lo punible es “excederse” de esa cantidad mínima, sin que se nos aclare cómo debe entenderse la disposición, tarea que ha sido dejada –evidentemente- para la doctrina y jurisprudencia.

Así las cosas, entiendo que la cuestión deberá ser resuelta en cada caso en particular, tomando como puntos de partida las modalidades y características que presente el hecho y su autor, p. ej. El grado de toxicomanía del sujeto, el tipo de droga tenida o consumida, la receptividad orgánico funcional del mismo, etc. Al exigir la ley la calidad de “toxicómano”, es indudable que no puede ser esta “cantidad mínima” “una dosis” –como se propuso en la Argentina por un sector doctrinario al comentarse las leyes 17.567 y 20.771 teniendo en cuenta, sobre todo, la definición que hemos adoptado de la O.M.S. Entonces, ¿cuál será esa “cantidad mínima” a que alude la norma?; se me ocurre que puede ser aquella que, en el caso concreto, “el toxicómano necesite para satisfacer su especial estado de adicción”, para lo cual habrá que valorar el grado de tolerancia que respecto de la droga haya alcanzado. Esta inseguridad en la determinación de los conceptos de la norma, nos demuestra una vez más su construcción sobre bases harto endebles y peligrosas, atentatorias –sin duda- contra lo que debe ser un eficiente funcionamiento de la previsión penal con relación a la realidad de la vida que debe regular.

La dificultad de interpretación que presenta este art. 15 puede generar tremendas injusticias y abusos inaceptables en el marco de

un derecho penal que descansa sobre las bases de un viejo, pero aún vigente principio en materia penal: “no hay responsabilidad sin culpa”.

El principio de la tipicidad exige la correcta construcción de los tipos legales a fin de evitar formas veladas de violación del “nullum crimen nulla poena sine previa lege poenale”, baluarte del derecho penal de la culpabilidad.

No me cabe la más mínima duda que, el respeto a estos principios básicos del derecho penal liberal y humanista, y que los países del mundo occidental lo han insertado en las leyes fundamentales de sus ordenamientos jurídicos, colaborará en una importante medida para lograr los más altos fines del derecho penal: ser un instrumento garantizador de las libertades humanas, y así lograr una mejor y pacífica convivencia entre los hombres del mundo que nos ha tocado transitar.



Desarrollo y delincuencia

Dr. Guillermo Delmás Frescura¹

El presente título supone el análisis de algunas causas primigenias del aumento de la delincuencia. No es exactamente un estudio de carácter etiológico, pues, tal esfuerzo, rebasa los límites de este artículo. Lisa y llanamente, en un trazo o esbozo intentaremos señalar los fenómenos que gravitan en torno al aumento de la criminalidad.

Partimos de una premisa la que muy en boga se halla entre los especialistas, y que denota si se quiere una triste paradoja: “A MAYOR DESARROLLO AUMENTA LA CRIMINALIDAD”. Pero, antes que nada, comencemos con una interrogación: ¿Qué entendemos por desarrollo? ¿Es sinónimo de crecimiento? ¿Son vocablos o conceptos ambivalentes? ¿Son similares o disímiles?

El desarrollo implica una problemática muy diferente al del crecimiento. En otras palabras: puede hablarse de un crecimiento económico o de otra índole, pero este concepto solo afecta a un sector determinado, específico.

EL DESARROLLO en cambio, responde y obedece a su integridad, o sea, la expansión dialéctica, valga la expresión; abarca la totalidad, subsana todo atentado de mutilación o marginación. En síntesis: el desarrollo es el ropaje, la envoltura al que ínsitamente se adhiere el crecimiento. Por consecuencia, es dable QUE EXISTA CRECIMIENTO, PERO NO POR ELLO DESARROLLO.

Una definición aceptable de desarrollo es la de la UNESCO, la cual dice: “DESARROLLO es, en síntesis, un proceso integral e interactivo que demanda y precipita al mismo tiempo cambios que

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 10-1985.

abarcen lo social, político, cultural y económico. En modo alguno es un proceso lineal que se mueve en forma constante y pareja hacia alguna meta prefijada de moldes y valores..., es un proceso típicamente turbulento, a veces completamente desordenado y doloroso”.

Es un importante documento se alude a expresiones igualmente importantes, atribuidos a Pablo VI, atinentes al parangón entre Desarrollo y Crecimiento. Arguye: “La identificación del desarrollo con el crecimiento, por su parte, ha entrado en crisis definitiva y nadie la acepta, sino que se entiende a hablar hoy de un “desarrollo integral”. El desarrollo no se reduce al simple crecimiento económico. Para ser auténtico debe ser integral, es decir, **PROMOVER A TODOS LOS HOMBRES Y A TODO HOMBRE**”.

Trasuntados estos conceptos en la perspectiva delincencial podemos afirmar: que el marcado índice de delincuencia se suscita tanto en los países denominados **DESARROLLADOS** como en los que se califican de **SUB-DESARROLLADOS**. Ahora bien: ¿cómo se explica este fenómeno?

En primer lugar, digamos que existe una relación de causa a efecto entre los sistemas gubernamentales y la delincuencia. La precitada tesis puede bifurcarse en dos grandes fases: a) **EL SISTEMA CAPITALISTA**, el cual integra y comprende a los denominados regímenes democráticos; y, b) **EL SISTEMA COMUNISTA**, que comprende los regímenes totalitarios.

Pues bien; en los países en los cuales impera, ora el sistema capitalista, ora el comunista, se observan alarmantes tasas de criminalidad. Su aumento es progresivo. En el primero (sistema capitalista), la succión de las Transnacionales, el fraude masivo de los funcionarios públicos, la detentación del poder político, la libertad cercenada en diversos órdenes, especialmente en América Latina, constituyen causas generadoras de la implantación de **UNA GRAN INJUSTICIA SOCIAL**, y por ende, **LA PROLIFERACIÓN DELINCUENCIAL**.

En lo que al otro sistema respecta, (comunista), razones sobran para inferir los nefastos efectos de tal sistema, la propugnación de un lírico y utópico BIENESTAR GENERAL, y la praxis criminal, cobarde y destructora, de parte de sus mismos pregoneros.

A mayor abundamiento, se estima que el crecimiento económico periférico (la expresión o vocablo periférico atañe a los países en desarrollo), en lugar de provocar una mayor distribución, provoca UNA MAYOR CONCENTRACIÓN DE LA RIQUEZA.

Estadísticamente hablando: el crecimiento económico de la periferia agravó la pobreza, estimándose que el 40% de los hogares latinoamericanos vive en situación de pobreza, porque no puede adquirir la canasta de bienes mínimos para satisfacer sus necesidades básicas, y que el 20% de los hogares se encuentran en situación de indigencia, al no contar con medio ni aún para adquirir solo los alimentos que le proveería una diera mínima adecuada.

El censo brasileño de 1.980 demostró que el 1% de la población en 1970 participaba en el 14,7% del producto, y en 1.980 en el 16% en tanto que el 50% de la población participaba en el 14,9% del producto en 1970, y el 12,6% en 1980. Por tal razón, y a guisa de ejemplo, se ha dicho que en América Latina “LOS MARGINADOS NO VIVEN, SINO QUE SOBREVIVEN”.

Los países en desarrollo, que constituyen el 70% de la población mundial, reciben únicamente el 30% de los ingresos mundiales.

SOCIEDAD DE CONSUMO

Bajo este acápite, deseo significar las nefastas influencias de la problemática consumista y su gravitancia decisiva en el mundo de la criminalidad.

Solo por citar a uno de los múltiples fenómenos generadores de la delincuencia y, en el sistema capitalista, tenemos: LAS MULTINACIONALES, verdaderos centros de monopolio y poder, cuyos pre-

goneros, denominados “delincuentes de cuello blanco”, suscitan conductas antijurídicas, incurren en masivos fraudes contra una nación determinada y, las más de las veces, quedan impunes ora por la falta de tipicidad legal, ora por la colusión con ciertos detentadores del poder político.

Es innegable que los países en vías de desarrollo reciben ayuda económica de los países de capitalismo central, pero también resulta una verdadera inconcusa que las grandes empresas causan estragos de distinta índole, los cuales inciden notablemente en el aumento de la delincuencia. Es cierto que los países subdesarrollados de América Latina necesitan de la intervención del capital extranjero, pero no es menos cierto que por la intercesión de las grandes empresas multinacionales hace que el desarrollo tan anhelado por nuestros países se paralice por generar lazos de dependencia entre los países en desarrollo y los desarrollados. “Las corporaciones o compañías multinacionales han fomentado el problema del hambre en el mundo al contribuir a la concentración del ingreso y la eliminación de fuentes de trabajo”.

No en vano, un pensador, quizás el más actual, Erich From, en una de sus obras best seller-, “El miedo a la libertad”, adujo: “...las actividades económicas son necesarias, hasta los vicios pueden servir los propósitos diarios, pero toda actividad extrema solo adquiere significado y dignidad en la medida que fortalezca los fines de la vida. En el capitalismo, la actividad económica, el éxito, las ganancias materiales, se vuelven fines en sí mismo. El destino del hombre se transforma en el de contribuir al crecimiento del sistema económico, a la acumulación del capital, no ya para lograr la propia selinidad o salvación, sino como un fin último...el individuo se halla amenazado por fuerzas gigantescas. El factor más importante de este proceso es el crecimiento del capital monopolista. LA CONCENTRACIÓN DEL CAPITAL, NO DE LA RIQUEZA, en ciertos sectores de nuestro sistema económico, restringió las posibilidades del éxito para la iniciativa, el coraje individual. La independencia económica de muchas

personas ha resultado destruida en aquellas esferas en las que el capital monopolista se ha impuesto.”. Desde esta óptica pues, se infiere: “la sociedad de consumo lleva a despilfarrar el capital que se acumula, que se va a bienes de consumo en lugar de ir a dar en bienes de producción”.

Pues bien; en este contexto: ¿Cuáles son las alternativas que se nos presentan? ¿Qué replanteo u orientación auspiciaremos? ¿Se implantará definitivamente un NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL DE COOPERACIÓN DE LOS ESTADOS? Estas interrogantes y otros más demandan urgentes e imperiosas respuestas. En este orden, el eminente criminalista Raúl Zaffaroni advierte: “...en la medida en que con nueva tecnología se siga el “viejo” orden, la criminalidad de nuestros países se convertirá cada vez más en expresión de una mejoría marginada contenida, por una minoría cada vez menor y, por ende, más violenta. La industria nuclear y los residuos radioactivos generarían un peligro constante...Halaríamos de una ESTADO NUCLEAR en que el Derecho Penal pasaría si más a ser un simple capítulo del Derecho Administrativo...”

Para concluir, la mentalidad consumista de América Latina constituye uno de los mayores condicionamientos de la VIOLENCIA ESTRUCTURAL, haciéndose cada vez más difícil la subsanación de las múltiples falencias y, la posibilidad de encontrar las alternativas saludables y de bienestar general.



Concurso de delitos

Dr. Carlos Alberto Tibio Torrecilla¹

I

CONTENIDO E IMPORTANCIA DEL TEMA.

Cuando se estudia la teoría del delito, se lo hace tomando la forma más sencilla y frecuente en que se manifiesta el hecho punible, es decir el consumado por un solo autor y cuya acción se subsume en una sola figura penal

Sin embargo, esto no siempre es así y entonces no encontramos con uno de los más altos problemas en que se haya inmersa la doctrina penal; tal problema radica, precisamente, en ofrecer fórmulas precisas que nos indiquen la medida justa con que ha de reaccionar el derecho penal frente al delito, en orden a la cantidad de infracciones que ha cometido un sujeto. Dicho de otro modo, estriba en poder contar con exactitud la cantidad de delitos para determinar también con esa actitud la pena aplicar.

El problema al que me refiero y que no ocupa hoy la atención, es el que tradicionalmente se denomina unidad o pluralidad de delitos y que incluye: el concurso ideal, concurso real y el delito continuado.

Así planteado los términos de la cuestión, nuestro estudio se centrará en determinar cuando hay un delito y cuando una pluralidad de delitos.

La existencia de uno más delitos, depende de circunstancias de diversas naturalezas. De un lado está en juego el poder de absorción de determinada figura, pues como sabemos cierto tiempo describe en

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 11- 1985.

forma de conducta naturalmente complejas que contienen elementos que por sí solo constituyen tipos simples, pero que por la particularidad forma de comisión este tipo simple queda absorbido por la figura compleja que lo engloba.

En otras ocasiones puede suceder que la distinta figura en las cuales el hecho impacta, sean incompatibles entre sí, vale decir, que no se pueden aplicar al mismo hecho o multiplicidad de hechos, porque se excluyen entre sí. Esta hipótesis se reduce, en puridad de conceptos, a un problema de encuadramiento y que se resuelve por aplicación de los principios de alternatividad, consumación, especialidad y subsidiaridad.

Descarta esta hipótesis, queda por resolver la cuestión de hechos en que haya no sea una conducta vinculada con varias figuras, estas no se excluyen entre sí. Esta es la base para hablar de pluralidad de delitos, aunque aún en este supuesto no se forzó que el encuadramiento múltiple constituya una pluralidad delictiva, sino que aún así es factible de que haya una sola infracción.

La base de toda la teoría se apoya en dos principios, al decir de Soler, que debemos mantener intangibles:

1° Ningún delito debe quedar impune;

2° Nadie debe ser castigado dos veces por el mismo delito (no bis in impune). En rigor, podemos sostener que nadie debe ser castigado por dos delitos cuando en realidad solo cometió uno.

Las diversas situaciones que se nos presentan al tratar la apreciación cuantitativa de los delitos son las siguientes:

1°) Unidad de delito por efecto de la figura aplicada o de la relación entre varias figuras que recíprocamente se rechazan o excluyen y que es un problema de encuadramiento y por lo tanto escapan al propósito de esta exposición, pues son todos ellos casos de adecuación única.

2º) Unidad de delito por unidad de hecho no obstante el encuadramiento en más de una figura penal. (Concurso ideal).

3º) Pluralidad de hechos no independientes (delito continuado independiente).

4º) Pluralidad de hechos independientes (concurso real de delitos o realidad de delitos).

II

CONCURSO REAL

Vamos a considerar en primer término la cuestión atinente a la pluralidad de hechos independientes, es decir, al concurso real.

El presupuesto indispensable del concurso de delitos es una pluralidad de conducta por lo que se presenta como contrapartida de la unidad de conducta, pero este último, teniendo en cuenta la separabilidad de las lesiones jurídicas, o se trate únicamente de una unidad de acción, o de un hecho único, cómo lo veremos más adelante.

El concurso real es una pluralidad de hechos independientes y coma en consecuencia, una pluralidad de delitos. No importa qué se trate de una o varias acciones en sentido natural. Es perfectamente posible un concurso real simultáneo, cuando con una sola acción se realiza objetiva y subjetivamente hechos independientes.

Lo común, sin embargo, es que nos encontramos con una serie de hechos cometidos por el mismo sujeto a lo cual se le conoce como concurso real sucesivo o reiteración.

Para una cabal con presión del concurso real y distinguirlo en forma neta de otra forma de manifestaciones delictivas, es preciso señalar sus elementos constitutivos; y así tenemos en primer término que debe tratarse de una pluralidad de hechos, los cuales podrán ser homogéneos o heterogéneos, simultáneos o sucesivos.

El segundo elemento de la independencia de los hechos entre sí. Los hechos son independientes entre sí, cuando no están conectados por un mismo designio criminal, o como lo enseña el profesor Ricardo Núñez, cuándo no están vinculados como partes de una misma empresa criminal. También y a pesar de su independencia, han de ser considerados fuera del concepto, el caso de los denominados delitos habituales, cuya característica radica precisamente, en que para su configuración se requiere la reiteración de actos que, aisladamente considerados no constituyen infracción a la ley penal; el ejemplo clásico de esta forma delictiva es el delito de ejercicio ilegal de la medicina que la ley Argentina prevé en el artículo 208 inciso 1° del Código Penal, que expresa: "...El que sin título ni autorización para el ejercicio del arte de curar o excediéndose en los límites de su autorización, anunciarse, prescribirse, administrar o aplicar habitualmente medicamentos, agua, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de enfermedades de las personas como aún título gratuito.

Otro de los requisitos está dado por las circunstancias de que en la concurrencia de los hechos cometidos por el mismo autor no se hayan pronunciado sentencias condenatorias firmes; esto ha sido caracterizado como un presupuesto jurídico procesal. Sin embargo, creo correcto sostener, afinando el concepto, que más conviene decir que no debe existir ninguna condena previa, pues allí radica, precisamente, la diferencia con la reincidencia.

Por último y en orden de lo recaudado que deben hallarse presente en la concurrencia material, es que no se haya producido la prescripción en relación a alguno de los hechos, en cuyo caso este no entrará en el cómputo del concurso.

Los diversos elementos que se acaban de enunciar acerca del determinado concurso real ya a pesar de su aparente sencillez, lo que podemos tener por seguro en dónde termina su campo de aplicación, pero lo verdaderamente difícil es delinear con esa actitud donde comienza, ello es, su límite con el concurso ideal y con el delito continuado.

La desorientación de los tribunales argentinos en esta materia es notoria.

La multiplicidad de casos que podemos observar en los repertorios jurisprudenciales no muestra la aplicación de las reglas del concurso real en presencia de idénticas relaciones entre acciones que se solucionan con la aplicación de los principios del concurso ideal.

Las consecuencias del concurso real pueden resolverse conforme a tres sistemas de punición: el de la acumulación material; el de la absorción; y el de la acumulación jurídica.

El primero de estos sistemas, es de acumulación material o matemática (*quot delicta tot poenae*) consiste en la acumulación o suma de todas las penas correspondientes al concurso real en forma sucesiva o simultánea y que conlleva en sí mismo el signo de irracionalidad al darse caso que exceden de la extensión posible de la vida humana. Tal sistema tiene su origen en el derecho romano como a quienes entendían que así no había delito que quedara sin castigo. Sin embargo, si está allí ante una reacción totalmente primaria en la que la mera acumulación puede exceder y justificadamente los requerimientos de la prevención especial como uno de los fundamentos y fines de la pena.

El segundo de los sistemas enunciados, el de la absorción, tampoco puede admitirse en el caso del concurso real es decir, frente a una pluralidad de infracciones autónomas, pues no le asiste al autor razón plausible para ser castigado como si hubiera cometido un solo delito, cuando en realidad ha sido varios. Los dos primeros descritos llevan a resultados injustos: uno por El excesivo rigorismo e inequidad; el otro por su lenidad.

Frente a estos dos sistemas extremos, aparece, como suele ocurrir usualmente, una posición intermedia, que consiste en cuantificar separadamente cada pena y sumarla luego, pero sin sobrepasar determinado límite.

III

DELITO CONTINUADO

Después de haber tratado de delinear los contornos del concurso real, podemos observar otros fenómenos que, bajo la apariencia de una repetición de identidad o similar conducta dentro de igual o parecida circunstancias, escapan a la pluralidad de imputación delictiva para terminar en una unidad.

Esta circunstancia podrá verificarse únicamente en relación a algunos tipos penales y en las circunstancias que se acaban de señalar.

A través de los tipos penales es donde podremos encontrar la posibilidad de un concepto totalizador de esa pluralidad de conducta. En algunos casos la reiteración de la conducta no puede ser considerada como diversas conductas típicas independientes, sino como una mayor afectación del bien jurídico, que se traduce en una mayor afectación del bien jurídico, que se traduce en un mayor contenido de injusto de la conducta. Esto lo vemos con claridad cuando imaginamos en tales casos una pluralidad de conductas o delitos para advertir inmediatamente el resultado francamente aberrante de tal interpretación. El ejemplo clásico de lo que acabamos de decir, podemos verlo en el caso de lesiones, en que un individuo le inflige 10 lesiones en diversas partes del cuerpo tras otros tantos golpes de puño punto decir que allí se ha cometido el delito de lesiones tantas veces reiteradas choca contra el más elemental sentido común. Lo mismo sucederá en el supuesto de quien diariamente sustrae un documento y lo pasa a una espía durante tres meses, en qué cometería 90 violaciones de secretos militares; otro tanto en la hipótesis de que falsifica papel moneda durante 8 horas diarias, en qué cometería tantas falsificaciones como tandas de papel imprimía por turno.

En verdad, los elementos dados deben considerarse como un solo hecho. Conceptualmente el delito continuado constituye una pluralidad de hechos recíprocamente dependientes, de cuya dependencia se desprende la unidad de delito.

Tanto el origen como su sentido actual han sido objeto de controversia entre los autores; hasta el nombre se cuestiona pues la continuidad, en rigor, emana de acciones discontinuas.

El origen del instituto, siguiendo la opinión mayoritaria, se origina en un dictamen del práctico próspero farinaccio, quién para evitar la imposición de la pena de muerte prevista para el autor de tres hurtos, sostuvo la unidad en función de la vinculación cronológica y unidad de ímpetu.

El pasaje de Farinaccio es el siguiente: “En cuanto a la regla de que un ladrón puede ser ahorcado por tres hurtos, procede aplicarla cuando los tres bultos son distintos, ya por la cosa robada, ya por el tiempo. Esa regla no procede cuando el ladrón hurta varias cosas al mismo tiempo, porque se considera un solo hurto. Tampoco hay varios hurtos sino uno solo cuando alguien robare de un solo lugar y en distintos tiempos, pero continuada y sucesivamente unas más cosas, no puede decirse “varias veces” si los robos no se llevaron a cabo en especie y tiempos distintos, lo mismo hay que decir de aquel que en una sola noche y continuadamente comete diversos robos comas y en distintos lugares, aún de distintos objetos.... A ese ladrón no se le puede ahorcar, como se le ahorcaría si hubiese cometido tres bultos en tiempos distintos y no continuos”.

Esta fórmula fue acogida legislativamente en algunos países, mientras que, en otros como la Argentina, se lo haya en forma indirecta o tácita.

La doctrina italiana, con diversidad de matices y las discrepancias acerca de la realidad o ficción que constituye el delito continuado como es coincidente en cuanto a una fundamentación eminentemente subjetiva, sin despreciar los componentes objetivos, la reiteración de

varias acciones, cada una de las cuales representa una perfecta infracción, y la identidad unidad de la ley violada. Se habla así de la resolución única, el dolor único, que se caracteriza por su persistencia, ya que dura desde el momento de la resolución hasta el momento en que se ejecuta la última acción. Utilizando otra expresión cómo se habla del mismo designio criminoso, dirigido a lograr una misma finalidad, con los medios determinados. Los diversos episodios criminosos se hayan Unidos y y crimentados a través del coeficiente psicológico, que distingue, ontológicamente, el delito continuado del concurso real.

La doctrina alemana sin dejar de lado el criterio subjetivo se ha manifestado ostensiblemente partidaria en dar preminencia al aspecto objetivo; en ese sentido se destaca la violación del mismo bien jurídico y la similitud en el medio de comisión; el dolo, en cambio, debe existir en cada episodio.

Edmundo Mezger, en forma más extensa, destacó la unidad del tipo básico y del bien jurídico lesionado, la homogeneidad en la ejecución y una conexión temporal adecuada; en los ataques personales, la identidad de la persona ofendida coma luego, en forma complementaria, destacó el aspecto subjetivo.

Ese objetivo subsiste aún en los finalistas, para quién es el aspecto subjetivo, aunque he tenido en cuenta, niega el dolo unitario, refiriéndose en cambio al aprovechamiento semejante de la misma oportunidad o de la misma relación permanente.

Admite la continuidad en hipótesis de delitos culposos, partiendo de la idea de una unidad de conducción punible de vida que se apoya en el aprovechamiento reiterado de la misma oportunidad o de la misma situación permanente; no hay aquí, como quedó dicho, un dolo unitario. Welzel, fundamento de esta postura, asevera que la forma típica del delito continuado es el aprovechamiento de la misma oportunidad, mientras que el dolo común concreto es algo sumamente raro como a la mayoría de las veces algo ficticio. Argumenta

en apoyo de la tesis, la dificultad en la comprobación del dolo comunitario como elemento determinante de la unidad de delito.

En la dogmática y jurisprudencia Argentina, teniendo en cuenta la doctrina alemana e italiana, ha elaborado la teoría del delito continuado, a pesar de no figurar especialmente en la legislación. En su construcción se ha puesto el acento en el ámbito subjetivo, en una determinada relación de identidad o semejanza entre las partes subjetivas de cada una de las acciones.

La elaboración se ha hecho a partir del artículo 55 del código penal que coma al tratar el concurso real dice “cuando concurría en varios hechos independientes reprimidos...” De esa expresión y en contraste con la pluralidad de hechos independientes del concurso real, sube por argumento lo contrario, “la pluralidad de hechos dependientes”, o, dicho de otro modo, “probabilidad de hechos no independientes”.

La respuesta concreta depende de cada figura en particular, es decir que el problema consiste en establecer si la figura correspondiente acá hipótesis, sea de un modo expreso, sea por el sentido que en ellas tiene el bien jurídico protegido o por la forma de protección tienen o no el sentido y el poder de abarcar esa aparente pluralidad. Como ejemplo de ello tenemos las múltiples lesiones que una persona infiere a otra con varios golpes; el que sin dejar de ejercer violencia sobre la mujer tiene dos o mas accesos carnales con ella; si en lugar de llevarse cinco bolsas de azúcar de una sola vez, las sustrae de a una; el expendio en etapas de monedas falsas; la defraudación mediante pesas y medidas falsa.

El Profesor Ricardo Nuñez, que ha dedicado especial atención a este tipo de manifestación delictiva, señala sus caracteres esenciales diciendo que ellos son: la pluralidad de hechos dependientes, representativos de una sola y misma consumación delictiva, materialmente homogéneos: la unidad de culpabilidad o subsistencia en forma homogénea, aunque con soluciones de continuidad ejecutivas, de la misma determinación de voluntad o resolución originaria.

La unificación exterior de la delincuencia, apreciable jurídicamente se produce: a) si un mismo contexto de conducta delictiva aparece dividido en su ejecución, solo por razones de circunstanciales; b) si los hechos particulares no son más que una secuela de una situación delictiva que permanece; c) si entre los varios hechos media una relación de servidumbre.

Para dar un concepto del delito continuado, puede decirse que consiste en un delito único constituido por una pluralidad de hechos dependientes violatorio de una misma Norma penal (en su forma básica o calificada), con unidad de culpabilidad.

Para su posición sin perjuicio de considerarse lo como un delito único coma siempre habrá de tenerse en cuenta la naturaleza de la acción y los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y el peligro causados, así lo ordena el artículo 41 inciso 1º del Código Penal para la mensuralización o cuantificación de la pena con orden a cualquier delito.

IV

CONCURSO IDEAL

El concurso ideal se caracteriza porque una variedad de tipos penales pugna por atrapar el hecho; situación similar se produce en el concurso aparente; pero en este último caso, la situación es de mera apariencia, en tanto que en el caso del concurso ideal la pretensión es concreta. Ahora bien, y esto es preciso de destacarlo desde el principio, el concurso ideal, legislado en el código penal argentino, consiste en la existencia, no de una pluralidad de delitos, sino de una unidad delictiva, en virtud de la cual, a pesar de la apariencia, la imputación ha de ser unitaria y no plural; de allí que también se lo ha caracterizado como una concurrencia de tipos. La apariencia de la pluralidad delictiva surge de que el individuo con un hecho ha violado más de una disposición penal, a razón por la cual ese hecho merece más de una calificación delictuosa, sin que ninguna de ellas deba acceder, al contrario de lo que ocurre en el concurso aparente en que

un solo de los tipos tendrá aplicación desplazándole a los demás. por lo dicho, así en forma provisoria, será una cuestión previa a todos otros análisis descarta la existencia de un posible concurso aparente, cuyo problema se reduce como ya hemos dicho antes, a una mera cuestión de encuadramiento.

En consecuencia, habrá concurso ideal de delitos cuando un hecho caiga efectivamente bajo el imperio de diversas figuras penales que entre sí no se rechazan, determinando de ese modo el encuadramiento múltiple en los varios tipos concurrentes.

Esta materia tiene en la doctrina, legislación y jurisprudencia, las más encontradas posiciones como que son necesarias difundir a fin de tomar posición, por cuánto de ellos dependerá que, según el caso, en la práctica si puede llegar a soluciones francamente grotescas.

La teoría de carrara sostiene que el concurso ideal o formal existe una unidad real, un solo momento culpable, del cual emanan las violaciones de dos derechos, ambos protegidos por la ley penal como debiendo resolverse una cuestión por la doctrina de la prevalencia como aplicándose la pena del delito más grave, teniendo en cuenta, el delito de menor gravedad como agravante.

Carrera elaboracion la conexión de medio afin. Pero en este caso, cuando en un único contexto de acción criminal se viola más de un derecho, ella puede ocurrir que sea: a) para servir a varios fines del culpable, independientemente uno de otros, en cuyo caso se trata de dos agentes jurídicos, de dos delitos y b) que duele más de un derecho en ese único contexto de actuación criminal para servir un solo fin, siendo aquí necesario para que se dé la unidad delictiva, que si está anexo jurídico entre hecho y hecho, y que si también nexo biológico, conexión de medio afin.

Estate si así duramente atacada por Alimena como a quien no admite como racional que el delito medio desaparezca ante el delito fin, por qué, por el contrario, no solamente es necesario querer esto y

querer que yo, sino que muchas veces no se quiere el fin porque repugna el medio para lograrlo. Agrega en esta crítica que tanto el delito medio como el delito fin tiene su personalidad propia y son queridos individualmente, y cada uno tiene su objetividad por lo que no se comprende como de dos delitos quiere uno solo, por el mero hecho de que un medio lo una.

El finalismo, aunque sin decirlo expresamente, parece orientarse en esta dirección, especialmente al hacerse referencia a la unidad en el plan del autor, el factor final con finalidad unitaria. Esto queda de manifiesto en el ejemplo de Welzel, de quién penetra en una casa con el fin de consumar una violación; supuesto este que en realidad es un problema de concurso aparente y que se resuelve por el principio de subsidiariedad que, ben el derecho argentino se halla expresamente en el artículo 150 del Código Penal que establece: “será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años, si no resulte otro delito más severamente penado, en el que entra en morada o casa de negocio ajeno, en su dependencia o en recintos habitados por otro, con la voluntad de expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo”.

La teoría de la unidad de acción en la que ganó mayor cantidad de adictos en Alemania e Italia, habiendo suscrito la tesis en la Argentina, el profesor zaffaroni. Según esta posición cómoda cuando con una acción se produce varias violaciones de la ley, existe un solo delito. El término acción la equiparan al acto de comisión o de absorción del obrar.; la conducta humana en su aspecto subjetivo material.

Acorde con esta teoría, se ha llegado a admitir tanto en el concurso ideal heterogéneo como el homogéneo. Así Mezger considera que hiciste concurso ideal cuando le echo cae abajo distintos preceptos penales que no se excluyen entre sí y pueden producir: 1°) un solo resultado; 2°) varios resultados heterogéneos (muerte, lesiones, daños), 3°) varios resultados de la misma especie abrir el paréntesis muertes). Estate sí ha sido severamente criticada. Se ha sostenido, con razón a mi juicio, que hay casos de unidad de acción que no por ellos importan unidad de delito; por el contrario, hay situaciones en

que la acción no es naturalmente unitaria, y que no dan lugar al concurso real (homicidio cometido mediante varias puñaladas, disparo o dosis de veneno).

Otra la teoría que ha tenido cierta difusión como particularmente por la autoridad científica de quién es la propugnaron cómo fue la denominada de la unidad de culpabilidad como haciendo sus principales expositores, Von Buri, Impallomeni, y Masucci. La idea básica de esta doctrina se apoya en la unidad de resolución, que conduce a la unidad de elección jurídica, ya que cada lesión jurídica exige una causalidad distinta.

No es posible, se sostiene, abarcar con una resolución varias cualidades lesionadas del derecho, sin que cada una de las variables jurídicas homogéneas o heterogéneas exija su resolución particular. Las circunstancias de que varias lesiones jurídicas se produzcan por unas varias acciones, no pueden fundamentar una diferencia jurídica absoluta. Quien con el mismo disparo desea lesionar a dos personas debe haber concebido resoluciones. La mera circunstancia de que el autor decida llevarlas a cabo mediante una sola acción, esta resolución general no significa de ningún modo las dos resoluciones, sin que estas se encuentren una a la par de la otra en la resolución general. La unidad o pluralidad de la acción no modifican para nada la esencia del problema, pues de otro modo la unidad o pluralidad delictiva dependerá, en gran medida, de la inteligencia del autor en elegir el medio adecuado para acomodar su conducta a la unidad. Piénsese en el caso de quien desea lesionar a cinco personas y como no conoce o no dispone de los medios necesarios para hacerlo con una acción unitaria, efectúa cinco disparos; por el otro lado, un individuo familiarizado en el manejo de las armas o medios ofensivos, se provee de un fusil de gran potencia o de una pequeña bomba y cuando están las cinco futuras víctimas en el posición adecuada, les arroja la bomba o les efectúa el disparo que atraviesa a las cinco personas y así, mediante una sola acción, lesiona a cinco. En el primer caso el sujeto habría cometido cinco lesiones independientes, es decir, en concurso

real, mientras que en el segundo supuesto habría un solo delito. La consecuencia no puede ser mayor.

Se ha distinguido, dentro de esta teoría, la objetividad real del delito, de la objetividad final. La objetividad Jurídica se identifica con la real, en el sentido de que importa siempre una lesión del derecho, pero la unidad de la objetividad real no implica necesariamente la unidad de lesión jurídica, porque puede importar una pluralidad de violaciones de leyes. Como ejemplo, pueden darse el caso de la violación en el lugar público; la objetividad real es el ilícito acceso carnal, pero así seleccionan dos derechos (violación y exhibiciones obscenas). De otro lado, si con un golpe selecciona a una mujer embarazada y se provoca un aborto, aunque una sola sea la finalidad del sujeto, hay dos objetividades reales; la lesión corporal de la mujer y el aborto, la objetividad real es el efecto criminoso querido por el agente, la modificación que se propone provocar en el mundo exterior punto de este modo, obrándose con el propósito de conseguir un efecto como vale decir, con la conciencia del nexo de causalidad entre este y la acción propia, si tiene un número de intenciones igual al número de efectos representados en la conciencia de la gente, y por ello queridos por el punto se trata de la unidad de culpabilidad fundada en la unidad de efecto real.

Masucci, agrega como ingrediente de la teoría y como criterio discriminante del concurso de alcoma la “separabilidad o inseparabilidad de las lesiones ocasionadas por la acción única”. Cuando sea separable, es decir, que sean tales que no sea una necesidad absoluta producirlas a todas o no producir ninguna, puede concurrir la pluralidad de determinaciones criminosas que es indispensable para la pluralidad de delitos. Este criterio conduce a una mayor restricción de la unidad delictiva, no solo frente a la teoría de la unidad de la acción sino a la de la unidad de culpabilidad fundada en la unidad del efecto real del delito. Para este autor existía pluralidad de delitos en el supuesto de quién mata a varias personas arrojándoles una bomba, aún cuando su intención fuese matar una sola, lo que podría haber concretado utilizando otro método menos ofensivo o en otras

circunstancias. También se daría una pluralidad en el supuesto del que viola a una muchacha en la vía pública, en el cual el efecto era adquirido por el agente y que por sí mismo solo era capaz de producir la lesión del honor sexual, también produjo la lesión de la moralidad pública, porque la gente quiso cometerlo en circunstancias de producir el escándalo público.

Con este presupuesto, el concurso ideal comas según la tesis, con el agregado de la separabilidad o inseparabilidad, que ha reducido a los casos en que las distintas lesiones jurídicas se producen cuando la acción única las ha causado solo debido a las especiales cualidades personales de la víctima o del culpable, o por la naturaleza especial de las relaciones personales que existen entre el culpable y la víctima. Puede darse El ejemplo del homicidio por venganza cometido en la persona del jefe de estado, él estuvo de la parienta en los casos en que figura no estés precisamente prevista, sino en forma separada, es decir, cómo estupro por un lado y la figura del incesto por otro.

La teoría de la unidad de hecho ha tenido su origen en la jurisprudencia de la corte de casación de Florencia, que así limitó el alcance de desmesurado que tenía o se atribuía el artículo 81 del código toscano de 1853, que concebía al concurso ideal como una acción que puede constituir varios títulos de delitos. Esta jurisprudencia redujo el sentido de la norma al solo caso de una sola y única acción constituida en sí misma de varios títulos de delitos. Acción significaba “un solo y mismo hecho que tuviera en sí mismo el carácter jurídico de varios delitos. De aquí nació la orientación que sustituyó la unidad de acción por la unidad de hecho.

Es la que debe jugarse la más conforme con los principios generales del derecho penal, ya que no puede subsistir unidades de delito donde hay pluralidad de resoluciones delictivas, sino solamente donde varias lesiones jurídicas sean el producto de una sola resolución delictiva, ello es, acompañada por un solo elemento moral del delito.

Esto no es una cuestión formal o pluralmente terminológica, ya que con la expresión hecho se impide que se consideren como un solo delito varias intenciones delictivas ejecutadas mediante una sola opción y viceversa; tampoco la probabilidad de encuadramiento puede tener actitud para multiplicar los delitos.

El hecho debe ser único objetiva y subjetivamente; el objetivo, el hecho puede ser resultado de una o varias acciones; en lo subjetivo, quiere significarse que el fin delictivo ha de ser único, a pesar de la complejidad material del hecho.

La unidad de hecho alude a la unidad de resultado material de la conducta del delincuente; sea quien esté lo logra con unas varias acciones, sea que persiga una o varios fines.

Enseña Núñez que las expresiones “unidad de efecto”, “unidad de modificación del mundo exterior” y “unidad de hecho”, son diversas acepciones utilizadas en la teoría del concurso ideal para expresar la unidad de lo que el hombre ha hecho en el mundo externo material, vale decir, la unidad de hacer objetivo del delincuente o la unidad de su obra desde el punto de vista subjetivo material.

Ahora bien, lo que es decisivo para comprender el verdadero significado de esta teoría, es buscar un concepto satisfactorio acerca de la significación o alcance que debe darse a la expresión “un hecho caja bajo más de una sanción penal”.

Las aplicaciones han sido del más variado signo y así como se ha dicho que se da en el concurso ideal en los siguientes supuestos: a) si uno de los hechos cometidos por el autor ha sido el medio empleado para cometer el otro; b) cuando se trata de la unidad de acción y unidad de resolución criminal que hace determinada la unidad del reproche represivo que merece; c) si la conducta del autor causante de las varias lesiones jurídicas ha sido única; d) si las lesiones jurídicas causadas por un hecho son natural o jurídicamente inseparables.

Tales expresiones distorsionan el sentido de los términos utilizados por el precepto legal porque se parte de supuesto que no se

halla ni explícita ni implícitamente previstos punto en la hipótesis del llamado delito medio a fin, se parte de la base que el autor ha cometido dos hechos, siendo que la ley habla de un hecho. La misma distorsión produce la teoría que propicia como explicación, la unidad de conciencia de litia del autor porque a la cuestión puramente material de la base fatiga del concurso ideal (unidad de hecho) se le transforma en la cuestión de la base subjetiva de la responsabilidad penal, el caso de la unidad de conciencia delictiva del autor. Del mismo modo se produce la distorsión, cuando el caso de la teoría de la unidad de conducta del autor, el concepto de “un hecho”, se brindan explicaciones referida a otras cuestiones jurídicas penales. Finalmente, también se produce una distorsión del significado de los términos sí, como sucede con la teoría de la inseparabilidad de las relaciones jurídicas causadas por el hecho único del autor, trastocando la cuestión debatía en torno a la fórmula “un hecho” mencionado por el artículo 54 del código penal; convierte el problema de cuando existe esa realidad material unitaria, causante de más de una lesión jurídica delictiva, en el problema de cuando existe la indivisibilidad del efecto jurídico punto de otro modo, esta teoría de la inseparabilidad tampoco resulta políticamente justa. Si el criterio de la unidad de fin, o de medio a fin, conduce a resultados injustos porque castiga como autor de un solo hecho al que comete varios, la teoría del exceso de dolo también conduce a resultados injusto porque al restituir el ámbito del concurso y de la los casos de inseparabilidad de las lesiones producidas, permite el castigo como autores de varios hechos de lo que solo cometieron un hecho; amor de ejemplo podemos citar los siguientes, que nos mostrarán la verdad este acerto y no mostrará también que no son tan seccionales los supuestos en que se verifican el mundo de la realidad el concurso ideal al extremo de pretender hacerlo desaparecer de la legislación y considerarlo conjuntamente con el concurso real; dicho esto con la salvedad de que desechamos la teoría de la inseparabilidad de lesiones.

1) El pariente de una menor que la hace carnalmente, supuesto que el incesto esté castigado, incurre por su conducta en la previsión

del estupro, pero por la circunstancia de ser pariente de la víctima como también cae bajo la sanción del incesto.

2) En el que en la vía pública accede carnalmente en forma violenta a una mujer, por haberlo hecho en un sitio público también cae en la sanción de exhibición obscena.

3) El que, faltando a la verdad como testigo, le imputa otro una conducta deshonrosa, por declarar falsamente en juicio cae bajo la sanción del falso testimonio, pero también por la circunstancia de que la falsedad contiene una imputación deshonrosa, acá abajo la sanción de la injuria.

4) El que abona la mercadería con moneda falsificada cae bajo la sanción de la estafa, pero por la circunstancia de que el medio engañoso es la moneda falsa, también cae bajo la sanción de falsificación monetaria.

5) El que se apodera de un vehículo dejado en la vía pública, cae bajo la sanción de hurto calificado, pero también cae bajo el hurto simple si en el interior del vehículo había cosas muebles ajenas.

6) El depositario que sustrae las cosas en verdad a un tercero, cae bajo la sanción de malversación, pero por ser ajena de las cosas, también cae bajo la sanción del hurto.

7) El que le suministra un remedio a una persona y le daña la salud, comete lesiones, pero sí, careciendo de título o autorización para ejercer el arte de curar lo hacen ejercicio de su oficio ilegal como también comete el ejercicio ilegal de la medicina

8) Él me dijo que divulga el secreto del cual ha tenido noticia por razón de supresión, incurre en violación de secreto, pero además comete injurias y el secreto afecta a la honra de la víctima.

Lo discutible y que sea discutido en el ámbito del concurso ideal, ha sido la relativa saber cuándo esas varias lesiones delictivas independientes entre sí son efecto causado por uno o varios hechos.

Puede observarse que las diversas teorías que se han ido elaborando en torno a este instituto no han agotado las posibles explicaciones en torno al concepto de “un hecho” y de allí, el alcance del concurso ideal de delitos.

Es necesario aclarar debidamente el significado que el código penal asigna al vocablo “hecho”, antes que abandonar los esfuerzos por encontrar una fórmula satisfactoria.

En ese orden, la ley no menciona únicamente “el hecho”, en el artículo 54, al referirse al concurso ideal, sino que lo hace en esa misma forma en otras varias disposiciones; siendo ello así, convenimos en que lo primero que hay que indagar es su significado dentro de la ley en la que se encuentra.

Así, en el artículo 34 inciso primero al referirse a la imputabilidad, menciona el supuesto de que “...no haya podido en el momento del hecho... comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”. En el artículo 41 se establece que abrir “que tómense parte en la ejecución del hecho...”, el artículo 47 alude al cómplice que no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, el artículo 22 bis, alude al caso en que el hecho hubiese sido cometido con ánimo de lucro. Resulta obvio que todas estas menciones de la palabra “hecho” que figuran en la parte general del código se refieren a los delitos que se caigan en la parte especial, de modo que es a partir de allí, de ese significado que ha de tratarse la fórmula y no introduciendo conceptos distorsionados como los ya descritos o divagar en teorización sobre acto o acción única, cómo han hecho algunos.

Solo así podrá llegarse a una cuantificación justa de la pena, en orden a la real cantidad de delitos cometido, para lo cual deberá discernirse con claridad cuando se ha cometido un delito y cuando varios.

El código penal paraguayo prevé precisamente la pluralidad delictiva que hemos venido comentando, en su artículo 47 y 48. Sería una falta de cortesía no referirse a él, aunque también podría pecar

de osado atreverme a hacerlo; sin embargo, como lo de qué se trata es buscar soluciones a problemas que son comunes a ambas legislaciones, el esfuerzo mancomunado y el intercambio de ideas será el que no se podría guiar hacia la meta correcta.

En ese sentido observo que en los mentados artículos hay graves y deficiencias que pueden llevar a los jueces a soluciones injustas.

La primera observación que pude apuntarse es lo relativo al concurso ideal de delitos previsto en el artículo 48 inciso 1°. Esta fórmula parece más bien enunciada al principio de construcción en el que el delito más grave absorbe al más leve que constituyen fases de la acción que realiza el tipo más grave y, sigue en el hecho más leve es un delito tan perfecto como el otro, este último realiza cumplidamente la función punitiva no solo por cuenta propia, sino por cuenta de otro tipo. Dicho sucede cuando las figuras tienen una relación de menos a más, o de parte a todo, o de imperfección a perfección, o de medio o de fin conceptualmente necesarios a presupuestos.

En el caso más característico de la relación consultiva lo constituyen las infracciones progresivas, ello es, cuando a la violación de la ley principal se va llegando por grados sucesivos, que a su vez y de por sí mismo ya pueden ser delictuosos; pero esos hechos están vinculados de tal manera entre sí, que la etapa superior del delito va absorbiendo actualmente la menor; ejemplo clásico de las llamadas infracciones progresivas en el caso de las lesiones (leve-grave-gravísimas).

Lo dicho me parece que echa serias dudas sobre la posibilidad de aceptar como forma del concurso ideal a la norma el análisis, por lo cual resulta conveniente que en la oportunidad de encargarse una eventual reforma cómo se le considera una reacción más clara en el sentido de receptar convenientemente El concurso ideal con los lineamientos que hemos esforzado anteriormente.

En otro aspecto que he mencionado especial atención es la contenida en el artículo 48 inciso 2°, al considerar a la unidad de resolu-

ción criminal como el elemento unificante para considerar la existencia de un solo hecho punible en punto esta fórmula peca, a mi juicio por efecto y por exceso.

Por defecto, exigir la violación de la misma ley penal; hubiese sido preferible ampliar el campo a supuestos en que se verifiquen tipos básicos y calificados de un mismo tipo penal.

En una fórmula excesiva, por cuánto para esa vía se puede filtrar verdaderos casos de concurso real cobijados por la única resolución criminal y sin que entre ellos exista una relación de servidumbre y sin que sea entre sí una secuela de una situación delictiva que permanece. La complementación aclaratoria que emana del inciso 2° del artículo 47 me parece insuficiente; en efecto, este proceso, referido al concurso real, exige la independencia de los hechos lituosos, con la cual deja para el continuado el requisito de la dependencia, tal cual lo proponemos, pero eso solo no basta; es importante también que la acción criminal aparezca dividida en su ejecución por razones meramente circunstanciales. Es decir, que no bastaría que la unidad de resolución criminal esté referida a la violación de la misma ley penal, sino que no podrá tener como punto de referencia una pura cuestión de oportunidad u ocasión.

Vale suyo que esta observación es una pena hipótesis de trabajo que deberán discutirse hasta encontrar el punto de equilibrio que satisfaga el ideal de justicia como objetivo final de nuestras cavilaciones sobre la construcción de las normas jurídicas.



Victimologia – Víctima de delito

Clotildo Gimenez Benitez¹

A titulo introductorio, traigo a conocimiento, el dialogo mantenido con un maduro hombre de tierra adentro, en el despacho de la Fiscalía General, el que decía: H: “Aré tereíma nikó oí la che ra'y karcelpe. F.G... Mba'é oja'pó ra'é la nde r'ay. H: “Oporodesgracia”, F.G: Atendemená, oporojúká; maé karaí, la nde ra'y (hijo), oseta voite la kárcelgui; pero la omanovaekué, la “odesgraciá vaekué la nde ra'y katu ya no semoveíma la yvyguy gui”.

El Jefe Supremo de Estado, condición de estadista, siempre mencioná y se interesa como desde el punto de vista jurídico como por la falta de atención a las víctimas de delitos.

Para este comentario cómo hago especial mención a las Naciones Unidas (ILANUD) sus documentaciones en el abril “Prevención del delito y tratamiento del delincuente”.

La preocupación por las víctimas de delito, históricamente comandata de hace mucho tiempo, y aunque la indemnización de esas víctimas es un principio básico de muchas formas de justicia concepto urinarias como la suerte de las víctimas ha sido descuidada, en gran medida, por los criminólogos, los penalistas o los reformadores, cuyo interés principal se ha centrado sucesivamente en el delito, en el delincuente y en los procesos de control social, con una amalgama de estos aspectos en un intento de proteger simultáneamente los derechos del acusado, hace más eficaz el sistema de justicia penal y la humanizar el tratamiento de los delincuentes.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 11- 1985.
Fiscal General del Estado.

La aparición de la victimología como esfera especial de estudio, se retrotrae a más o menos dos decenios.

La justicia penal contemporánea al parecer se ha preocupado fundamentalmente de descubrir cómo capturar, juzgar, sentenciar, encarcelar y rehabilitar a los delincuentes coman siempre están mayor atención a las víctimas. Aún más, la exposición de las víctimas al proceso de justicia penal, a menudo aumenta el trauma que sufren y acrecientan sus sentimientos de desamparo y frustración como, así como el resentimiento porque no se le ha ofrecido protección contra la explotación o recursos adecuados. La justicia penal concentrada solamente en el delincuente, ha estimulado a los victimólogos a fortalecer la posibilidad que tiene el recibir la compensación por el daño.

La Victimología estudia los derechos básicos de la víctima (el derecho a la protección contra actos delictivo como a los derechos de reparación por daños, pérdida o perjuicios promovidos por el delito), incluso el trauma emocional y la angustia, y la posible pérdida de la capacidad de obtener ingresos.

¿Quién es la víctima?: cualquier persona, comunidad o institución lesionada por otra, así reconocido o potencialmente reconocible, para efectos de tratamiento o restitución por parte de entidades o individuos de tipo público, privado comunitario) punto para mayor comprensión como se entiende por lesión cualquier tipo de daño material, psicológico o físico, cuya característica sea su esencia particularmente lesiva perjudicial o gravosa.

La victimología proviene, no solo de los delitos convencionales comas sino también de los delitos económicos en otras conductas, al soborno, la corrupción, elevación fiscal, el fraude crediticio o aduanal, el contrabando, la malversación y el mal uso de los fondos públicos, sobre facturación o facturación excesiva como la evasión de divisas, la práctica comercial es restrictivas del comercio, el fraude al consumidor, la importación e importación de productos de calidad inferior, e incluso, peligrosa, alteración de alimentos y venta de medicamen-

tos dañinos o perimidos; delitos perpetrados no solamente por individuos como sino también por fuentes corporaciones nacionales otras nacionales.

Nuestro país enrola conforme su derecho positivo en la compensación por el daño emergente, llamada “responsabilidad civil”. Ya en el auto de prisión, el Juez en lo criminal dispone el embargo de bienes suficientes para garantizar la responsabilidad civil.

Posteriormente, en la sentencia condenatoria como a título accesorio como también condenan con la responsabilidad civil.

La particularidad es que, por ser civil, el aseguramiento y el consiguiente cobro de la compensación, debe ser una cuestión de acción civil interesada, “el interés de la medida de la acción”.

Resultando que no siempre, por no decir nunca, cinco pensé el daño infringido a la víctima o a los parientes de la víctima.

La ley se ocupa del delincuente, de sus derechos, de ofrecerle una cárcel limpia; alimento como trabajo y rehabilitación. La víctima o sus parientes merecen la compensación del daño, y el poder público deben ocuparse para que haga efectiva como antes de la libertad completa – ipso jure - por constar en la misma sentencia condenatoria, sin necesidad de la acción civil.



Medidas que puede aplicar el juez en lo correccional en el tratamiento de menores en situación irregular

Angel R. Campos¹

El 10 de Octubre de 1983, comenzaba una nueva etapa en la vida jurídica paraguaya. Ese día, prestaban juramento ante el más alto Tribunal de la República, los dos primeros jueces y los primeros Agentes Fiscales, poniéndose así en plena vigencia, el Código del Menor Ley N° 903 del 28 de Diciembre de 1981.

Hoy, a escasos dos años de ese memorable día, los jueces de menores ya son tres y está constituido el Tribunal de Apelación de Menores, quienes tienen a su cargo la protección judicial de los menores.

El carácter tutelar de la legislación de menores y de su adecuada implementación, exige ante todo el exacto sentido de la protección del menor en toda intervención de la autoridad judicial y de la administrativa. La finalidad esencial de toda medida precautelar o de tendencia correctiva, deberá ser tenida en cuenta, so pena de desvirtuar su naturaleza.

La protección del menor es el faro que ilumina las decisiones del Juez, la norma que debe inspirar toda acción judicial o administrativa. Sin la enseña de la protección, fallaría cualquier sistema en el juzgamiento o en la aplicación de las medidas de rehabilitación y reeducación.

Los mismo cuando se trate de medidas directas con el menor, como cuando se impongan determinadas obligaciones a los padres o

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 12 -1985.

a los guardadores, la necesidad de proteger al menor está por sobre toda otra consideración.

Así lo ha entendido nuestra legislación especial al resaltar en sus disposiciones el ideal de protección del menor, desde su concepción en el seno materno hasta la edad de 20 años cumplidos, alcanzando dicha protección tanto a los hijos matrimoniales como a los extra matrimoniales.

El Juez de menores en lo Correccional, podrá aplicar medidas a los menores en situación irregular, han sido víctimas de maltratos, se hallaren en situación de peligro o sean pasibles de corrección disciplinaria.

Las medidas pueden ser provisionales o definitivas. Las primeras las toma el Juez para obtener una información, la más completa posible, sobre la personalidad, conducta, ambiente familiar y social del menor; esa información es indispensable para la planificación del tratamiento.

Las medidas definitivas consisten en la reeducación propiamente dicha. El Juez las aplica después de obtener un conocimiento completo sobre el menor y sus problemas y de acuerdo a las características de cada caso. A diferencia del Juez Penal Ordinario cuya intervención en el caso termina al dictar sentencia, pasando luego este a la jurisdicción penitenciaria para el cumplimiento de la pena, el Juez de Menores puede y debe seguir interviniendo aún durante el periodo reeducativo, ya que puede modificar la medida si las circunstancias lo aconsejan. Esta intervención pos-sentencia del Juez es particularmente visible en los sistemas de libertad vigilada y colocación familiar de los que hablaremos más tarde.

En la investigación del hecho o de la situación y en la declaratoria que los siguen, el Juez había actuado solo y tomado a solas la responsabilidad de la decisión. En lo sucesivo, actuará en cooperación con el equipo técnico con el que compartirá responsabilidades en el tratamiento.

MEDIDAS QUE PUEDE APLICAR EL JUEZ EN LO CORRECCIONAL EN EL TRATAMIENTO DE MENORES EN SITUACIÓN IRREGULAR

Pasaremos seguidamente a analizar las distintas medidas que podrá aplicar el Juez, conforme a las facultades que le acuerda el Código del menor paraguayo Ley N° 903 del 18 de Diciembre de 1981.

El Art. 232 del citado Código determina las medidas que podrá aplicar el Juez en lo Correccional del Menor.

A) La primera medida se refiere a la de devolver el menor a sus padres, tutores, guardadores o encargados, previa amonestación.

Existen casos en que un menor de 14 años, al que nuestro Código considera inimputable, comete un hecho ilícito que no reviste mayor gravedad o que no sitúa al menor en estado de peligro físico o moral; el Juez puede resolver devolver al menor a sus padres, tutores, guardadores o encargados, previa amonestación. En ese sentido, el Juez podrá disponer dicha medida, cuando el ambiente de esos hogares es sano, básicamente hay una buena educación y no se constata ninguna situación de peligro material o moral, ni abandono, sino que el delito aparece como manifestación episódica u ocasional de un desarrollo juvenil, en etapa evolutiva. No se descarta que el Juez pueda imponer determinadas instrucciones, mandato o condiciones a los encargados de la educación; ni que complete la medida con una libertad vigilada. Naturalmente que el Juez puede negar el regreso del menor al hogar de sus padres y confiarle a un tutor y muchas veces, no solo porque el hogar resulte inadecuado, sino el lugar o enclave del mismo, en determinado barrio, grupo o área delincuencia. Esta segunda alternativa, me refiero a que el menor no regrese a su hogar original, se produce cuando a criterio del Juez, los padres, guardadores o encargados sean inhábiles o incapacitados para darles educación adecuada. El Art. 234 del Código del Menor, es bien claro al respecto al señalar que se considerará que existe inhabilidad de parte de los padres, cuando: estuvieren afectados de incapacidad mental; padecieron de alcoholismo crónico o fueran drogadictos; no velaren por la buena crianza, el cuidado personal y la educación del hijo; consistieren que el menor se entregue a la vagancia o la mendicidad, aunque estuviere encubierta bajo la forma de un oficio o profesión; hubieren sido condenados por vagancia, secuestro o abandono

de menores o trata de personas; maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de estos en el hogar constituyera un peligro moral o físico para el menor. Al respecto, el vocabulario publicado por el Instituto Interamericano del Niño distingue la situación de peligro físico o moral, entendiéndose por la primera como “situación del menor que vive con personas que padecen de graves enfermedades contagiosas de las cuales puede contaminarse o se encuentran en lugares insalubres o expuestos a situaciones que puedan menoscabar su salud, y por la segunda, es decir situación de peligro moral al “Conjunto de condiciones objetivas y subjetivas por influjo de las cuales es probable que un menor cometan un hecho socialmente dañoso”.

Con respecto a la amonestación del que nos habla la ley, el Juez lo realiza en audiencia especial, que generalmente no es pública, por el que este echa en cara al menor, el ilícito del acto que ha cometido y trata de que el menor tome conciencia de su inconducta buscando que el mismo manifieste un sincero arrepentimiento.

El Juez debe estar cerca del menor, no debe dirigírsele como un reo, debe saber acercarse y conversar con el menor. Esto es fundamental. Estas conversaciones deben tener incluso un carácter de cierta reserva, no intimidad, aunque siempre se ha sostenido que el ser bueno no implica no ser enérgico, puesto que para ser bueno es necesario saber ser enérgico cuando las circunstancias lo requieran. Tampoco hay que perder la posición de objetividad. No se necesita emplear demasiada intimidad con el menor.

Se puede conseguir cualquier manifestación de él sin perder cierta objetividad, que exige el respeto de la función que cumple el Juez. El menor debe sentir que está frente al representante de la sociedad. Pero eso lo debe sentir como una emanación de la persona del Juez, no como resultado de un ceremonial, de un boato, de vestimentas ni de cosas externas.

El Juez debe tomar sin embargo especial cuidado de evitar humillaciones que vayan más allá de lo estrictamente necesario y tratar

MEDIDAS QUE PUEDE APLICAR EL JUEZ EN LO CORRECCIONAL EN EL TRATAMIENTO DE MENORES EN SITUACIÓN IRREGULAR

de ejercer un benéfico efecto sobre la psiquis del menor, para que él se pueda dar cuenta del mal paso dado. Ya decía el maestro Carne-lutti: “La base y punto de partida de recuperación del hombre caído en el delito arranca de la asunción humilde de sus yerros, el íntimo rechazo de sus fallos, la reconquista de su libertad moral”.

B) Otra medida que podrá adoptar el Juez de menores, en lo Correccional, se refiere a que puede disponer la entrega a sus padres, tutores, guardadores, encargados o a terceros, bajo la vigilancia de un inspector auxiliar.

Aquí analizaremos la figura de la libertad vigilada que el Código del menor consagra en sus Arts. 244 al 250.

La libertad vigilada (*libertée surveillée* para los franceses; *probation* para los sajones) es un método de tratamiento individual y social que combina la posibilidad de dejar en el medio natural a los menores delincuentes que son más o menos socialmente inadaptados, con la vigilancia de ciertos funcionarios y durante un determinado espacio de tiempo.

Nos dice el Dr. Ali Lasser que “la libertad vigilada es un acto de confianza del Juez en el sujeto, en su responsabilidad, en su capacidad de superarse. Supone que el sujeto sabrá hacerse digno de esa confianza. Es la más audaz de las medidas de reeducación, ya que el sujeto, a quien generalmente se le imputa tu delito, va a quedar libre. Lo normal a que el delincuente vaya a la cárcel. Juez compromete su responsabilidad ante la sociedad. Si el sometido a la libertad vigilada incurre en otro hecho anti-social, a quien la sociedad le pide cuentas es al Juez. De ahí que la adopción de esta medida sea muy delicada y que no se la debe decretar sino previo un estudio concienzudo del caso y de sus posibilidades”.

Pero los riesgos que envuelve la libertad vigilada -se reducen al mínimo si es bien aplicada - los compensa con creces sus beneficios. Hay un número muy elevado de casos en los que la reclusión del niño que no ha cometido un hecho antisocial grave, que no posee una personalidad peligrosa y que dispone de un hogar normal, constituye un

serio mal, a veces un desastre. En efecto, ese menor que delinquiró en un momento dado, acaso sin medir las consecuencias de su acto o bajo el influjo de poderosos factores que anularon su voluntad, es separado del seno de su familia de la comunidad, de la escuela, de su grupo, para recluirlo en un intermedio donde sus problemas, aun pequeños, pueden agravarse. Es fácil que se convierta entonces en un verdadero delincuente. En estos casos, una actitud comprensiva del Juez hacia el menor beneficiaría más a este y a la sociedad. Lo razonable es que el Juez le dé al menor una oportunidad para que se corrija, y aún dos.

Pero, la eficacia de esta medida está íntimamente ligada a la capacidad y dedicación del inspector designado por la Dirección General de Protección del Menor, encargado de la coordinación de sus tareas con las directivas y contralor del magistrado; de las posibilidades medio-ambientales que permitan hallar ubicación al menor, apuntarlo con algún tratamiento, brindarle oportunidades de estudio, acceso a trabajo, ayuda económica; conectarlo con grupos juveniles o asociaciones de jóvenes; estimular la práctica de deportes y competencias, etc.

La reeducación y reambientación del menor dependen fundamentalmente del Inspector, eje sobre el cual se mueve todo el sistema. El Inspector ideal, sabe captarse la confianza y la simpatía del menor, provoca sus confidencias, conoce sus problemas. El menor, en sus momentos difíciles, se vuelve hacia él como a un guía, en busca de ayuda moral. No debe esperar el inspector a que el menor venga a buscarlo, sino que debe estar pronto para acudir a su lado. Mientras más frecuentemente sean sus contactos con el muchacho, mayor será su influencia sobre esta y más grande la confianza que la inspire. No debe olvidar el inspector, que se le ha encomendado la vigilancia de una criatura débil que puede volver a extraviarse al menor descuido suyo. Ojalá pudiera hacerse querer y admirar por su protegido. Su acción sería entonces más eficaz. Este efecto y esta admiración no son difíciles de ganar. El menor y particularmente el que ha sido descuidado en su hogar corresponde de modo positivo al interés

MEDIDAS QUE PUEDE APLICAR EL JUEZ EN LO CORRECCIONAL EN EL TRATAMIENTO DE MENORES EN SITUACIÓN IRREGULAR

que se le demuestra. Por otra parte, es conocida de toda esa admiración natural que el niño siente por el hombre, al que imagina dueño de las virtudes que él ama: la fuerza, el valor, la libertad. La acción inteligente del inspector y del tutor puede transformar poco a poco el alma del niño, despertando sus mejores impulsos. A veces, sin embargo, toda la buena voluntad que despliegue no podrá evitar que se produzcan fracasos, debidos en ocasiones, al carácter difícil del menor o la falta imprevista del medio familiar.

Al mismo tiempo que sobre el menor, la acción del Juez y del inspector debe ejercerse sobre la familia. De nada vale que se hagan los mejores esfuerzos para reeducar al menor, si el ambiente familiar de este adolece de graves fallas educativas y morales. Esos esfuerzos se verán frustrados. Estudiar y corregir las deficiencias del hogar, comprender las causas de los problemas que surgen entre el menor y los padres, esforzarse por resolverlos, ganarse igualmente la confianza y la estimulación de la familia, inducirla a cooperar, orientarla, he ahí objetivos paralelos propuestos a la acción del Juez y del Inspector-auxiliar.

Con respecto a esta medida, el Código del Menor paraguayo establece que “cuando el Juez en lo Correccional considere conveniente, podrá disponer la libertad vigilada de los menores sometidos a su competencia por la comisión de hechos previstos y penados por la ley”.

Durante el régimen de la libertad vigilada, el Juez, por resolución que no admite recurso, tomará las medidas necesarias e instruirá a los inspectores para que controlen la conducta del menor sin perjuicio de la obligación de aquellos de obrar por propia iniciativa.

Entre las instrucciones que podrán recibir los inspectores por parte del Juez están las de efectuar visitas periódicas a los menores, con la frecuencia conveniente para informarse de su conducta y educación de las características del medio ambiente en que viven, y del cumplimiento de los deberes de asistencia y protección por parte de los padres, tutores o guardadores; la de realizar las averiguaciones

necesarias para obtener informaciones sobre la conducta del menor y respecto de su familia; comprobar la existencia de cualquier circunstancia que pudiese causar peligro moral o físico al menor, y cuando sea necesaria la adopción de medidas urgentes, informar de inmediato al Juzgado.

Como ya dijimos anteriormente, la eficacia de esta medida depende en grado sumo de la capacidad y dedicación del Inspector-auxiliar. Porque detrás de su trabajo bien ejecutado, con responsabilidad y cariño hacia el menor, quizás esté gran parte de la rehabilitación del joven. De ahí que nuestro Código establece como requisito al desempeñar dicho cargo el de ser de nacionalidad paraguaya, tener 25 años de edad, poseer los idiomas nacionales, el de tener título de abogado, sociólogo, pedagogo, asistente social y otro título de nivel universitario y tener notoria buena reputación y conducta.

C) Otra medida que puede adoptar el Juez en lo Correccional es el de confiar al cuidado de una persona con el objeto de que siga haciendo vida de familia. Esto se refiere a lo que el Código llama colocación familiar de menores.

Se le ha ponderado como medida adecuada para la liviana y medianamente grave criminalidad juvenil. Aquí a de más lo utilizamos como medida de protección de menores en estado de abandono, de peligro o en los casos de menores mal tratados o cuyos padres no ofrezcan suficientes garantías de vigilancia, cuidado y corrección.

Chazal ha calificado la colocación familiar de fórmula valiosa a condición que se respete la idiosincrasia de la familia y el ambiente donde el menor ha crecido y se ha educado (estima no útil colocar en zona agrícola a un menor de la ciudad o vice-versa; disímiles condiciones económicas, culturales, etc.).

Asimismo, recomienda que la colocación se realice en la zona de influencias de algún centro sicopedagógico, para que su personal calificado pueda efectuar un control asiduo a las familias acogedoras y evitar conflictos intercaracterológicos, fuentes de agresivas reaccio-

MEDIDAS QUE PUEDE APLICAR EL JUEZ EN LO CORRECCIONAL EN EL TRATAMIENTO DE MENORES EN SITUACIÓN IRREGULAR

nes o fugas. Otros autores consideran que debe hacerse una cuidadosa selección de la familia acogedora; fundamentalmente, que tenga capacidad pedagógica y amor a los niños.

Nuestro Código del menor lo ubica como una “institución de protección por la cual una familia admite un menor con la obligación de alimentarlo, educarlo y asistirlo como si fuera su propio hijo”. Esa colocación familiar podrá ser gratuita o remunerada. En el segundo caso la familia que admite al menor recibirá un subsidio de los parientes de este, de una institución pública o privada o de otras personas.

Esta institución llamada colocación familiar, es de un objetivo muy noble y altruista, por cuanto que una familia admite al hijo de otros y se hace cargo del mismo como si fuere su propio hijo. Y como estos, menores admitidos en la familia acogedora son menores en situación irregular, en la mayoría de los casos, ello implica una enorme responsabilidad, un gran compromiso y por qué no decirlo, un gran riesgo.

Generalmente el menor viene de un hogar deteriorado, con graves e insolubles problemas de relacionamiento entre sus miembros, por lo que el trabajo que pueda hacer la “nueva” familia del menor, será gravitante para una posible rehabilitación del mismo. En efecto, será importante inculcar al menor nuevamente la confianza, la seguridad, el respeto y el amor hacia la familia. De ahí que una de las condiciones básicas para disponer la colocación familiar es que la familia candidata reúna los requisitos de honestidad, buenas costumbres y capacidad para dirigir la educación de un menor.

Un estudio socio-económico de la familia candidata por parte de una Asistente Social comisionada por el Juez, cuyo informe será determinante para la resolución de la colocación familiar, es el paso previo que necesariamente debe adoptarse; pero cuando el caso necesita de una urgente solución y debe darse al menor el auxilio que su situación demanda -y esto ocurre generalmente con los menores

maltratados- se podrá disponer la colocación familiar provisoria, hasta tanto se realice el estudio anteriormente mencionado.

El Código del Menor asigna un derecho preferencial con respecto a la colocación familiar, cuando los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad u otras personas que se crean con derecho reclamaren la tenencia del menor en colocación; el Juzgado resolverá sobre el reclamo, previo estudio de las razones aducidas, teniendo siempre en consideración el bienestar del menor.

Por otra parte, es oportuno señalar que las medidas que adopta el Juez con respecto a los menores en situación irregular, no tendrán carácter de definitivas, pudiendo ser modificadas y aún dejadas sin efecto, de oficio o a instancia de parte, toda vez que a criterio del Juez hayan cesado las condiciones que las motivaron.

D) La medida extrema que puede adoptar el Juez en lo Correccional guarda relación con la internación del menor que haya cumplido 12 años por un lapso no mayor de 2 años en un establecimiento especial de reeducación.

El derecho a castigar que tiene el Estado deviene de la finalidad de garantizar la paz social como esencia misma del Estado. El acto anti-jurídico cometido por un menor provoca la alteración de esa paz y el Estado se siente obligado a restablecerla.

El castigo como elemento del Derecho Penal ha sido cuestionado desde la antigüedad misma de la humanidad. Montesquieu en su obra "El espíritu de las leyes" se refirió a la inútil crueldad de las penas. Beccaria (1764) expone en su obra "De los delitos y de las penas" la necesidad de humanizarlas, moderarlas, adecuarlas al delito y con sentido humano. Muchos años han pasado y todavía se está tratando de transformar la idea del castigo del Derecho Penal y de la Penología clásica.

En relación al menor infractor, se ha mantenido a nivel mundial el interés del menor quien requiere de una atención integral, organizada científicamente y atendiendo a las características de la

MEDIDAS QUE PUEDE APLICAR EL JUEZ EN LO CORRECCIONAL EN EL TRATAMIENTO DE MENORES EN SITUACIÓN IRREGULAR

juventud, del dinamismo que este encierra, su creatividad y capacidad para asimilar los caminos actuales, así como la necesidad de identificación propia del menor.

Es lógico que todos experimentemos una espontánea resistencia a la detención de los menores, porque supone siempre el fracaso de medidas preventivas de carácter general y otras más leves, porque duele que un menor sean tan difícil que necesite este tipo de impacto o escarmiento, porque puede comportar todos los riesgos de una mayor rebeldía, de un embotamiento, de un acostumbamiento al ambiente del delito, al contagio con otros delincuentes más peligrosos y por último que, ausente de toda perspectiva implementación pedagógica, los arrestos se convierten en un deplorable “depósito de menores”, sin ningún pronóstico.

Estos riesgos y aspectos negativos son reales, pero para no caer tampoco en utopías o ilusiones educativas, cabe reflexionar que las manifestaciones delictivas contemporáneas de los menores, incluyen hechos de singular fealdad, que las víctimas de esos hechos tienen derecho a esperar una reacción reparatoria, que la sociedad conmovida ante los mismos, espera una seguridad jurídica, un restablecimiento del orden conculcado por el delito. Por ende, si la pena o el arresto nunca son directamente queridos, se imponen como remedios necesarios (aún: males necesarios) no solo al delincuente, a la sociedad misma.

No puede olvidarse tampoco, como lo ha señalado un autor, que es real la insatisfacción del público y de las víctimas, que es manifiesto el excesivo rechazo manifestado respecto a ciertos jóvenes delincuentes y expresa afirmar la primacía de la vía educativa sobre la vía penal, es erigir en principio una cierta irresponsabilidad de los menores, que no es del gusto de todo el mundo”.

De todas maneras, nuestros legisladores, buscando humanizar al máximo las penas que pudieran aplicarse a un menor infractor, han facultado al Juez en lo Correccional a ordenar la internación por un plazo máximo de hasta 2 años a los menores que hayan cumplido

12 años, y la misma debe llevarse a cabo en un establecimiento especial de reeducación.

Ciertamente que los doctrinarios, criminólogos, legisladores, pedagogos y minoristas de todo el mundo, se esfuerzan cada vez más para quitar a la pena juvenil el carácter de desnudo medio represivo, para trocársela en útil instrumento de rescate, de pedagógico medio para lograr la resocialización, la readaptación del menor al medio que lo recibirá luego en libertad, como miembro útil de una comunidad.

En ese sentido, el Código del Menor paraguayo, recogiendo la experiencia de otras legislaciones, congreso y encuentros de minoristas se adecuan a esa filosofía del derecho penal del menor y establece que “En los institutos de reeducación seguirán tratamiento los menores que hayan cometido hechos ilícitos o incurrido en desórdenes de conducta cuando a criterio del Juez fuere necesario su intervención y tratamiento”.

Asimismo, con la puesta en vigencia del Código se crean las llamadas Casas de Observación que son instituciones de régimen familiar dirigidas por un matrimonio y destinada a la internación de menores en estado de peligro abandono y de aquellos provenientes de familias que no llenaren las condiciones de seguridad necesarias para su educación durante la instrucción del procedimiento investigatorio.

De acuerdo a nuestro Código, tanto las Casas de Observación como los Institutos de Reeducación de los menores, están a cargo de la Dirección General de Protección de Menores, institución dependiente del Ministerio de Justicia y Trabajo.

La Dirección General de Protección de menores está facultada a elaborar el reglamento interno de las mencionadas instituciones que deberán fundarse en los siguientes principios: tratamiento familiar y educación integral de los menores, incluyendo la enseñanza religiosa, la que estará equiparada a la de las instituciones oficiales de enseñanza; enseñanza de los oficios más convenientes, inclusive

MEDIDAS QUE PUEDE APLICAR EL JUEZ EN LO CORRECCIONAL EN EL TRATAMIENTO DE MENORES EN SITUACIÓN IRREGULAR

agropecuarios, dotándose para ello a la Institución de los establecimientos y medios adecuados; cuidado de la salud física y mental de los menores y exclusión de todo tipo de castigo corporal, confinamiento celular y reducción de alimentos.

Ya nos hemos referido muy sintéticamente a las otras dos instituciones de gran importancia para la búsqueda de la rehabilitación y readaptación de los menores en situación irregular: la libertad vigilada y la colocación familiar. De la buena utilización de dichas instituciones, con un trabajo responsable e idóneo por parte de los organismos auxiliares con que se cuenta y se podrá contar en el futuro (psicólogos, médicos-pediatras, sociólogos, pedagogos, religiosos, asistentes sociales, inspectores, etc.) podremos conseguir resultados altamente positivos en un futuro no muy lejano. Con ello, la llamada delincuencia juvenil, que en otros países es una bola de nieve que crece día a día y avanza peligrosamente, aquí no podrá crecer y desarrollarse.

La sociedad paraguaya, sin distinción de ninguna clase, tiene el deber y la obligación moral y material de prestar toda ayuda, y así poder brindar a nuestros jóvenes y niños la posibilidad de desarrollarse y crecer dignamente, como les corresponde como seres humanos que piensan, sienten, aman y necesitan ser amados.

No pensemos que con nuestro castigo vamos a corregir a los jóvenes. Nadie se corrige por castigo, la gente se corrige por amor.

La revolución más grande que se hizo en la humanidad, se hizo por amor. La revolución más grande del género humano, desde que el hombre existe, es una revolución de amor. Y cambió los 10 mandamientos por 2 que dicen: "Amar a Dios por sobre todas las cosas y amarse los unos a los otros". ¡Debemos aprender a amarnos! Solo así podremos lograr una sociedad más humana y más cristiana. ¡Y así, nuestros jóvenes y niños podrán ver cada mañana el sol de la libertad de los hijos de Dios!

BIBLIOGRAFÍA

DR. MIGUEL BERNAL MEDINA

Alcance de la legislación especial sobre menores.

DR. JOSÉ PEDRO ACHAR

El menor de conducta antisocial. Medidas a adoptarse.

DR. JOSÉ PEDRO ACHAR

El menor que es víctima de delito y aquel sujeto a malos tratos.
Las medidas provisionales de seguridad

DR. JOSÉ PEDRO ACHAR

Organización de los Tribunales de Menores.

DR. RAÚL HORACIO VIÑAS

Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores.

DR. JOSÉ PEDRO ACHAR

La colocación familiar - La libertad vigilada.

DR. ALI LASSER

La protección del menor abandonado y en situación de peligro.

DR. JEAN CHAZAL

L' enfance de lin quante.

R. PADRE DR. MANUEL SEGURA MORALES

La delincuencia juvenil.

DR. CARLOS A. ELBERT

La situación del menor sometido a proceso.

DR. OSVALDO TEODORO HEPP

La internación de menores y sus problemas sociales.

DR. LUIS MENDIZABAL OSES

MEDIDAS QUE PUEDE APLICAR EL JUEZ EN LO CORRECCIONAL EN EL
TRATAMIENTO DE MENORES EN SITUACIÓN IRREGULAR

Introducción al Derecho Correccional de Menores.

DRA. DORA ZERPA B.

La inimputabilidad del menor y el derecho a castigar.

DR. UBALDINO CALVENTO SOLARI

Lineamientos del Derecho de Menores Latinoamericanos.



Delito económico; doctrina y legislación

Manuel Peña Villamil¹

Unos de los problemas del derecho moderno es implementar los aspectos estructurales y dogmáticos de las distintas ramas que integran el árbol jurídico, dentro del esquema fundamental de la unidad del derecho.

La situación puede ser analizada en el ámbito de la doctrina, jurisprudencia, como de la legislación positiva y producirse corrientes encontradas ante la necesidad de dictar normas legales para regular instituciones financieras económicas o sociales.

El derecho tributario es un ejemplo, en este sentido, al modelar institutos propios de orden jurídico para convertir el tributo en un fenómeno económico sujeto a una relación de derecho de nómina da: “relación jurídica tributaria” ¿Esta tipicidad no significa crear una institución ajena a la Ciencia del Derecho, responde más bien a un proceso de adaptación normativa de acuerdo con la técnica jurídica, en el caso específico de los tributos como fuente de recursos del Estado?

El concepto de Actividad Financiera se ha ido ampliando con institutos más complejos, en razón de la creciente intervención del Estado en el mundo financiero, haciendo necesaria su regulación normativa. Así como el derecho tributario era incluido antes como parte de la dogmática del derecho administrativo, por causas parecidas se estructuran actualmente nuevas ramas del derecho, sin significar un apartamiento sustancial del orden jurídico. Se habla así de derecho monetario, derecho aduanero, derecho económico o derecho tributario internacional.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 12 -1985.

El denominado “Derecho Económico” es una consecuencia de la mayor intervención de organismos del Estado en la actividad económica privada. Es un hecho evidente que aún en aquellos países que se proclaman ser seguidores de la ortodoxia liberal económica del siglo pasado, tienen cada vez más injerencia por medio del llamado 'planeamiento económico'.

La caracterización dogmática de un derecho económico no implica darle credencial de autonomía absoluta. Al respecto con buen criterio pone de resalto E. Aftalión lo siguiente: “Estas reflexiones nos parecen perfectamente aplicables al flamante Derecho Económico, pues fácilmente advertiremos que sus heterogéneas instituciones, coaligadas por contingentes axiológico-dogmáticos, están afinadas en las viejas ramas del derecho civil, comercial, administrativo y el penal”².

Lo precedentemente señalado es suficiente para evidenciar la necesidad de una legislación reguladora de lo que conceptualmente puede denominarse Derecho Económico como sistema normativo especial, cuya caracterización corresponde hacer siguiendo la fórmula clásica: establecer el género próximo y la diferencia específica. La diferencia específica que se debe individualizar dentro del género Derecho es la materia económica, como el bien jurídico a proteger. La sola referencia “económica” no es precisa en razón de su amplitud, al abarcar derechos de índole exclusivamente privados como el de propiedad, hasta aspectos de regulación financiera ligados a la moneda, el crédito, bancos, control de precios, agio, control de cambios etc.

Existe una simbiosis entre lo que hasta hace poco estaba separado con aparente precisión normativa: derecho público y privado. Se comprueba así mismo que esa frontera de separación entre las dos grandes divisiones del derecho ha perdido vigencia de acuerdo con lo que hace tiempo había señalado Hans Kelsen: “esta antítesis constituye la médula de la sistemática teórico-jurídica, es sencillamente

² Enrique Aftalión. Derecho Penal Especial. Bs As. Pag. 85.

imposible de determinar con cierta fijeza lo que quiere decirse en concreto cuando se distingue entre el Derecho Público y el Privado³.

Centrada la problemática del derecho económico en la naturaleza del bien jurídico que debe tutelarse, se observa “prima facie” que las lesiones que pueden provocar la violación de sus normas desbordan la economía puramente privada, para invadir sectores importantes del orden público y social, difícil de medir en muchos casos. Surge de este modo el “delito económico” cuya tipificación debe ser conforme a normas constitucionales expresas en base al principio de la legalidad. El delito económico al ser considerado como el quebrantamiento por acción u omisión de preceptos financieros regulados por el derecho económico, su tipificación debe estar de acuerdo con el bien jurídico que se busca proteger.

Los juristas al hacer el análisis del sistema represivo adecuado para proteger los derechos económicos lesionados, se inclinan a favor de dos teorías fundamentales, de las que surgen otras como resultado de corrientes antagónicas; penalista y administrativista. Adoptar una u otra no es lo esencial, considerando el carácter unívoco del derecho sin perjuicio que los respectivos ilícitos sean tributarios, administrativos o de esencial calidad económica tengan perfiles propios. En cuanto a la jurisdicción a aplicar para entender y calificar el caso concreto el sistema llamado judicialista es el que mayor adhesión tiene. En nuestro sistema legal corresponde al Poder Judicial entender en las causas una vez cumplidos los requisitos que la Ley 1462/35 previene -Art. 3º inc. a- “que causen estado y no haya por consiguiente recurso administrativo contra ellas”:

Fanrouge sostiene que los llamados delitos económicos, entre los que incluyen las infracciones a las normas reguladoras del mercado cambiario, han sido equiparados a los delitos tributarios. Este criterio no deja de ser aceptable, por estimar que el ilícito tributario

³ Teoría del Estado, H. Kelsen, pág. 105.

por la naturaleza del agravio inferido a la economía pública admite ser calificado como tal.

Sin entrar en la problemática planteada por los juristas partidarios unos, de aplicar en forma exclusiva el derecho penal común y los otros inclina dos a un sistema represivo autónomo llámese derecho tributario penal, administrativo penal, penal económico o penal especial, conviene revisar los criterios legislativos aplicados para la regulación represiva del delito económico, en especial en materia cambiaria, considérese infracción, contravención o delito, teniendo en cuenta que el aspecto terminológico es secundario.

Cada estado según el tipo de economía existente o la política económica aplicada, crea su propio sistema represivo graduado de acuerdo con el valor del bien jurídico a proteger. En los Estados Unidos de América y en general en países de economía evolucionada las fuentes de recursos tributarios tienen mayor prevalencia y significado, consecuentemente el quebrantamiento de sus normas es de mayor gravedad y la sanción aplicada es la pena corporal o prisión. Por otra parte, países de economía similar a la nuestra dependiente en gran parte del comercio exterior -importación y exportación- el quebrantamiento de las normas cambiarias, mercado de divisas oficial o paralelo o el contra-bando, la lesión económica es más grave y consecuentemente el grado de represión mayor. En este sentido es el contrabando, delito aduanero, el que más se aproxima en la legislación positiva al delito de tipo económico.

Se llega de este modo a la conclusión que los diversos aspectos de la regulación cambiaria en el mercado nacional como internacional deben ser considerados como materia propia del derecho económico y se hace necesario precautelar como un bien jurídico de alto valor en la economía del país.

El interrogante que se plantea es si dentro de la legislación positiva vigente están suficientemente protegidos estos derechos económicos, en base a las disposiciones bancarias que regulan la materia y si cabe la aplicación del código penal que nos rige, para dar

cauce legal a cualquier quebrantamiento por acción u omisión de las normas cambiarias.

No es temerario afirmar que se carece de la legislación adecuada y en materia represiva, el código penal vigente no es el apropiado para castigar o sancionar violaciones a normas cambiarias de naturaleza muy particular. Por ello se hace difícil encasillar una transgresión a las normas de cambios dentro de figuras delictivas del código penal. No se admite la interpretación por analogía.

El contrabando como ilícito aduanero es tipificado con casuismo en el código aduanero (Art. 259) y el Decreto-Ley 71/53. Este último complementa el primero, al establecer la infracción aduanera como delito penal común y al mismo tiempo como ilícito tributario.

Este criterio de termina una doble competencia simultánea. Ser juzgado por el mismo hecho delictivo, al mismo tiempo por dos tribunales in dependientes dentro del Poder Judicial, pudiendo llegar a decisiones contradictorias, no precisamente antagónicas al calificar la infracción como contrabando, por el Tribunal de Cuentas y no ocurrir lo mismo en el Juzgado del Crimen o vice versa. Son situaciones imprevisibles y jurídicamente cuestionables.

Las consecuencias de esta dualidad sancionatoria pueden resultar violatorias de disposiciones constitucionales expresas, como de principios del derecho. (Argumento del Art. 57. de la C.N. y vigencia del principio “non bis in idem”).

El contrabando por su tipicidad es un ilícito grave, cuyo agravio va más lejos del perjuicio dinerario del tributo a pagar, por sus implicancias económicas y sociales. Este es un argumento válido para su calificación como delito económico.

El contrabando conforme describe el Decreto Ley 71/53 es una infracción de carácter formal en base a la culpa objetiva, diferente del delito penal que se lo califica en mérito de la culpa subjetiva o dolo.

Con respecto a la calificación de las infracciones que pueden producirse por quebrantamiento de normas relativas al mercado de cambios y compra de divisas con tipos preferenciales ligados al comercio exterior, antes del análisis y comentario respecto a la legislación nacional, es conveniente pasar revista a la doctrina y la legislación extranjeras.

Se debe acudir al derecho argentino sobre la materia, por tener semejanza con nuestra legislación y sus autores como la jurisprudencia pueden orientar nuestro criterio jurídico. La jurisprudencia del más alto tribunal de la República Argentina se ha pronunciado sobre aspectos del control de cambios, en diversas ocasiones. El caso caratulado “Gobierno Nacional c/ Goldaracena Hnos” es considerado como el 'leading case' mereciendo un comentario del Profesor Carlos G. Fonrouge, reputado autor de Derecho Financiero.

La decisión adoptada por el alto Tribunal no satisface plenamente, como comenta Fonrouge, por la falta de precisión conceptual respecto a la materia cambiaria, la calificación del ilícito y el procedimiento a seguir. Se debe esto, en parte, a las fallas de la legislación. Comenta el autor citado respecto al fallo dictado: 'Lo que ocurre en realidad, es que frente a la magnitud del problema y a la conveniencia de aplicar sanciones ejemplarizadoras, la Corte se ha visto obligada a adoptar soluciones más políticas que jurídicas'. Tal justificativo no es válido bajo ningún concepto ante la rigidez constitucional.

En otra parte agrega Fonrouge: “es inobjetable la parte referente a la calificación jurídica de la sanción. Las infracciones al régimen del control no encuadran estrictamente en los moldes del derecho penal común; de aquí las dificultades y contradicciones al hablar de las sanciones penales y al mismo tiempo negar la aplicabilidad de una serie de normas del derecho penal...”. En otra parte el comentarista haciendo un paralelo con otro fallo de un Tribunal inferior a la Corte expresa: “La Corte no va más lejos como la cámara federal, pues no hace mención de ningún derecho penal administrativo y menos de una autonomía doctrinal: Se limita a establecer el

carácter administrativo de la multa por infracciones al régimen de cambios...”.

Posteriormente el mismo autor en su obra Derecho Financiero, al ocuparse de “Infracciones Cambiarias” reflejaba igualmente las dudas de la legislación, como una jurisprudencia vacilante para encuadrar adecuadamente las violaciones al régimen de cambios. El autor considera necesario un apartamiento con respecto a la normativa del derecho penal común, poniendo como ejemplo la legislación Suiza que equipara las infracciones cambiarias a los delitos fiscales.

Deducimos en consecuencia no ser necesario encasillar la normativa cambiaria dentro de un esquema doctrinal específico, sea derecho penal común, administrativo o económico especial. La naturaleza del instituto derivará de la precisión y claridad de la norma enunciada conforme a la técnica jurídica. Esta ley debe llenar ciertos requisitos considerados básicos, a saber; a) Su previsión en la ley; b) tipificación de la materia cambiaria en sus diversas modalidades; c) Infracciones y Sanciones; d) Procedimiento en sede administrativa y judicial. Con estos elementos la función del Juez no ofrecería dudas con relación a la firmeza de sus fallos.

En oposición de la corriente administrativista penal o penal especial debe mencionarse, en la Argentina, a los seguidores del criterio penalista en materia cambiaria, aunque con la tipificación adecuada de sus ilícitos. Entre estos autores se destacan Enrique Aftalión y Carlos Jauregui. Este último sostiene, aunque con cierta vacilación no obstante su firme posición penalista: “Dado el carácter administrativo de la mayoría de las normas jurídicas protegidas, podría sostenerse la tesis de la naturaleza eminentemente administrativa de la legislación represiva de cambios. Pero, a mi juicio, lo que puede tener la misma de administrativa, no desvirtúa la finalidad represiva e intimidatoria, esto es, punitivo. Ahora bien -agrega- cualquiera sea la calificación que se dé a esta legislación (penal, penal administrativo o simplemente administrativa) la importancia y naturaleza de las sanciones aconsejan no apartarse demasiado de los principios del derecho penal común”.

En nuestro derecho positivo la materia de cambios, divisas etc. y sus violaciones se incluyen en el Decreto Ley N° 18/52 de creación del Banco Central del Paraguay, completanse con otras leyes, decretos y resoluciones.

El Banco Central del Paraguay es un ente autárquico, cuyas funciones son múltiples en relación a la moneda, comercio de divisas y control de la banca privada, es al mismo tiempo agente financiero del Estado paraguayo. La función cambiaría no es en consecuencia la única ni la más significativa.

En todos los países cual quiera sea el sistema económico aplicado, el Banco Central es el responsable financiero en todo lo relativo al control y manejo del sistema monetario nacional, por ello es la imagen de la seguridad y credibilidad del Estado en función de la economía pública y privada. Por el control que ejerce sobre la banca privada regula toda la economía monetaria del país como del comercio internacional, y por tanto obliga al Banco Central estar alejado de toda contingencia y relación directa con el público. Su autoridad se basa precisamente en esta posición.

TÍTULO VII. Sanciones. Con este título del Decreto Ley N° 180 se regula las infracciones previstas y las sanciones correspondientes con relación a las funciones del Banco Central en “materia de cambios”, taxativamente citada. No se prevén otros tipos de infracciones.

Es de observar esta imprecisión conceptual de lo que se denomina “Cambios” en este caso. Es evidente que bajo la denominación genérica pueden caber muchas figuras relativas a las múltiples actividades y funciones que desempeña el Banco Central. La laguna legislativa sobre esta materia de infracciones en general en la jurisdicción del Banco Central, le ha creado serios problemas en el mercado cambiario en sus múltiples aspectos. Veamos como pueden ser manejados dentro del marco de la ley vigente.

La tipificación de las infracciones, sus sanciones y procedimiento a seguir en sede bancaria y judicial están enunciados en los

Arts. 123, 124 y 125 del Decreto Ley 18. Consideremos el significado de estas disposiciones.

Art. 123. “Toda violación a las leyes en materia de cambios y sus reglamentaciones será sancionada con una multa, graduada según la gravedad de la infracción y su reincidencia, pero que no excederá en ningún caso del cien por ciento del importe real de las divisas, los valores y mercaderías implicadas; además se podrá decomisar tales divisas, valores y mercaderías implicadas; Si el infractor careciese de bienes para satisfacer la multa o no pudiese hacer efectivo el comiso, sufrirá por vía de sustitución la pena de penitenciaría que no excederá de dos años sin perjuicio de las penas establecidas en el código penal...”.

La redacción del artículo es genérica por no decir ambigua e imprecisa. El criterio adoptado es calificar la infracción conforme a la sanción que se impone y no a la inversa como sería más correcto. Por la imprecisión normativa puede ser calificada como “ley en blanco”, aparente eufemismo admitido como licencia en literatura, pero no en el marco de la ley.

Las leyes “penales en blanco” son las que tipifican infracciones en forma genérica y con sanciones graduables discrecionalmente conforme el caso concreto.

La amplitud conceptual del ilícito económico, en este caso el manejo de divisas, control de cambios en el mercado interno como internacional, podría ser una dificultad para una tipificación casuística, pero aún así podrían enunciarse ciertos elementos generales que permitirían al juez un margen de discrecionalidad interpretativa, al fin de cuentas la ley siempre debe tener un contenido abstracto. Al respecto cabe transcribir el comentario siguiente: “A mi modo de ver, el tecnicismo, complejidad y variabilidad de ciertas legislaciones de tipo administrativo, justifican en alguna medida las leyes penales en blanco, pero el problema está quizás en la extensión de la abertura, o, si se permite, en la blancura de lo blanco. Creo imprescindible que

una ley de esta clase, además de determinar el máximo de la sanción debe contener una descripción genérica de las conductas punibles”.

Por todo lo enunciado precedentemente admitamos que técnicamente el Art. 123 consagra una “norma en blanco” en que la “extensión de la abertura” ha ido más allá de lo razonable, dando la posibilidad de sancionar situaciones atípicas.

El Art. 124 establece en forma taxativa el procedimiento para la instrucción del sumario con el objeto de establecer todas las circunstancias que permitan tipificar..., la violación de las leyes en materia de cambios..., con las garantías necesarias para asegurar la defensa en juicio del imputado, personas física o jurídica dándole intervención para defenderse. Este aspecto es esencial como garantía constitucional, como asimismo la concesión de los recursos que la ley otorga al denunciado. (Ley 1462/35 y Decreto N° 8723/41; Art. 4°).

Por otra parte, el ilícito cambiario puede dar lugar a delitos del fuero penal. El Art. 125 expresa: “No se aplicará la pena de penitenciaría hasta que, por el procedimiento señalado precedentemente, no es tuviese ejecutoriada o consentida la pena aplicada por la autoridad administrativa. En tal caso, el Banco Central pasará los antecedentes correspondientes a la justicia ordinaria” Conviene precisar el sentido de la norma: No se aplicará la pena de penitenciaría. “hasta estar ejecutoriada la pena aplicada por la autoridad administrativa. La pena corporal cabe como sanción substitutiva para el supuesto establecido en el Art. 124, “Sin perjuicio de las penas del código penal”.

Aplicando un criterio de lógica jurídica en materia procesal, el Tribunal de Cuentas tiene facultad para aplicar penas corporales como sanción siempre que no exceda de dos años. Ejecutoriada la Sentencia del Tribunal de Cuentas se pasará a la jurisdicción penal si hubiere lugar.

Debe considerarse como cuestión prejudicial o prejurisdiccional la sentencia en sede judicial administrativa, sin que necesariamente influya en la calificación estrictamente penal en fuero correspondiente.

La prejudicialidad administrativa por, “Toda violación a las leyes a materia cambiaria”, levita la acumulación de acciones paralelas ante jueces de distintas competencias que deben juzgar delitos conexos como se ha hecho notar en materia de contrabando.

Sin embargo, no deja de llamar la atención, el silencio de la ley para tomar medidas precautorias para asegurar los intereses en juego. Su explicación debe estar, razonablemente, es el hecho que el Banco Central por su posición, carta orgánica y función debe actuar a través de los bancos oficiales y privados que operan en el comercio internacional directamente. Teóricamente el Banco Central no tiene contacto directo con el cliente comercial privado, su función es de control operacional de la Banca privada. Por su parte, los Bancos privados actúan directamente en el comercio internacional y lo que es lo más importante su relación con el exportador o importador.



La detención preventiva y el diagnóstico médico

Guillermo Delmás Frescura¹

En nuestros tribunales de la jurisdicción criminal es práctica constante que, en base o función a un diagnóstico médico, en el que conste lesión corporal, se decrete ab initio la medida cautelar de detención preventiva y, prisión de igual carácter, después.

Nada más anómalo. Nada más injusto.

Es de público conocimiento la proliferación endémica y dañosa de aquella actitud. ¿Qué nos dice un diagnóstico médico? ¿Qué viso de legalidad comporta? ¿Debe considerársele irrefutable, indiscutible e indubitable?

HIPÓTESIS DELICTUAL

Es cierto que para la apertura del sumario en materia criminal se parte de una hipótesis delictual, pero, no resulta menos cierto, que con un simple diagnóstico médico en el que conste la más mínima lesión al cuerpo secunda el pánico, el pavor, contra toda garantía ciudadana, pues sabemos que el detentador del mismo puede generará la detención preventiva de una persona y su correspondiente prisión. En este contexto el aludido instrumento puede tornarse en arma mortífera, por decirlo así, emitido las más de las veces de favor por facultativos inescrupulosos.

No existe razón alguna para que en función a un simple instrumento el cual puede estar plagado de una falsedad ideológica, se restrinja la libertad de las personas.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 16- 1986.

Abogado en ejercicio y Profesor Auxiliar de Derecho Procesal Penal (UNA).

La hipótesis delictual supone, lisa y llanamente, la concurrencia de los elementos componentes de una figura tipo penal. En otras palabras: la tipicidad debe hallarse inserta y contemplada en la ley substantiva penal. Por consiguiente, y, en mérito a ello, se dispondrá la instrucción del sumario para esclarecimiento del hecho y se imprimirá los trámites para la producción de las respectivas diligencias tendientes al descubrimiento y castigo de su autor/res, cómplices y/o encubridores. De ahí en más decretar derechamente la detención preventiva del supuesto inculpado es incurrir no solo en prisa y desatino, sino en la más aviesa arbitrariedad atentatorio contra los claros principios de raigambre constitucional atinentes a las garantías individuales.

INSTRUMENTO PÚBLICO

Se argüirá que, cuando el diagnóstico médico fuera expedido por facultativos que desempeñan una función pública y son remunerados por el Estado, o sea por funcionarios públicos, v. gr.: los provenientes de los “Primeros Auxilios”, constituyen instrumento público a tenor de la disposición del Art. N° 979, inc. 2° C.C., en vigencia, que dice: “SON INSTRUMENTOS PÚBLICOS RESPECTO DE LOS ACTOS JURÍDICOS: 1°)...; 2°) Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado”.

Es hora de concientizar la falacia y utopía de la inmaculidad de los médicos en estos menesteres. ¡¡¡ Nos basta ya su impunidad en cuantiosos casos de negligencia culposa..., y, hay veces, dolosa...!!!.

¡¡¡ Cuántas querellas y denuncias descabelladas han sido admitidas generando la consabida orden de detención preventiva todo porque conllevaba “el sello de lo indubitable: EL DIAGNÓSTICO MÉDICO”!!!.

Si se realiza un balance del dispendio enorme del mecanismo judicial por causa del precitado instrumento corroboraremos verda-

deros actos de extorsión y fraude. Quien menos por un simple accidente de tránsito, sin desgracia personal, ha tenido que recurrir a un falso diagnóstico médico como “arma de presión e intimidación”, para así provocar la jurisdicción criminal, y obtener el consabido procesamiento por lesión corporal, no obstante, tener derecho a la acción resarcitoria por daños y perjuicios.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Si la medida cautelar de detención preventiva y prisión de igual carácter en sí mismo atentan contra el principio constitucional de presunción de inocencia, más aún se agrava el predicho atentado cuando tiene lugar aquella cautela sin los requisitos exigidos por la ley los cuáles son interpretados distorsionadamente, todo en detrimento y perjuicio de quien lo sufre sin posibilidades inmediatas, ni remotas, de ser resarcidos por el irreparable perjuicio que ha causado a su honra y dignidad personales.

Detención preventiva: El art. N° 333 del Cód. PP.PP. refiere cuáles son los supuestos exigidos para el decreto de esta medida cautelar pudiéndose afirmar, sin embargo, la inexistencia absoluta de entre ellos algo que pueda concordar con un documento o instrumento indubitable equipara al certificado o diagnóstico médico. En otras palabras, el referido instrumento no denota ni indica carácter de delito que lo haga presumir inc. 1°), menos aún concuerda con lo inserto y contemplado en los incisos Nos. 2,3 y 4, respectivamente, del precitado artículo.

Carácter de delito y presunción: El inciso primero del art. N° 333 del Cód. PP.PP. constituye la única disposición legal la cual puede generar criterios equívocos en lo atinente al diagnóstico médico en el que se “constata una supuesta lesión”. En efecto, reza aquel inciso: “Cuando ocurriere un hecho que presente los caracteres de delito o que lo haga presumir, no fuera posible, en el primer momento, individualizar cuando menos por sospechas o indicios directos, persona de su autor, y hubiere dos o más sobre quienes pueda recaer la responsabilidad penal”.

Pues bien, es de público conocimiento que el único elemento de apoyo al documento o instrumento constitutivo de un certificado o diagnóstico médico es la relación de hechos de la formulación de la denuncia y/o querrela criminal de parte de la víctima o persona particularmente ofendida por el delito; también el consabido parte policial, y nada más. Por consiguiente, referir hechos o circunstancias los cuales comporten manifestaciones unilaterales, por provenir de parte interesada, por más certificado o diagnóstico médico que se adjunte no podrá comportar seriamente caracteres de un delito en concreto ni menos una presunción.

Como se puede notar el texto de la ley condiciona la presencia de caracteres de delito lo cual supone la constatación de los elementos del delito, los que en el caso de cualquier lesión corporal sería: EL DAÑO.

Para la ley el delito de lesiones consiste en cualquier daño causado en el cuerpo o en la salud. El delito se consuma en el momento de ejecutarse la agresión, que constituye la acción propiamente dicha, cualquiera sea el resultado típico.

Luego exige –cuando menos- una presunción, lo cual supone, como sabemos, una inferencia lógica que nos haga converger a una síntesis cierta a partir de un indicio, extremo estos nunca dados en el caso de marras.

PRUEBA DOCUMENTAL

¿En el contexto de los documentos escritos es posible considerar al certificado o diagnóstico médico como prueba documental? ¿En este orden cabe preguntarse si el diagnóstico médico es o no un título o acto auténtico?, en lo que a la forma atañe. Y, ¿en cuanto a su contenido es un documento extrajudicial?, un instrumento que representa el testimonio de un tercero?, ¿una pieza instrumental que constituye materia del delito de lesión o daño al cuerpo?

Como es dable observar el origen generador de los precitados interrogantes es una prueba fragmentaria como la constituida por el

certificado o diagnóstico médico, el cual, a mi leal saber y entender, es un vestigio de indicio fragmentario.

En efecto, sabemos que, “los escritos de cuya fuerza probatoria son los actos llamados auténticos, celebrados por un Oficial público competente bajo ciertas formalidades esenciales, y que hacen fe hasta la impugnación por falsedad: SON LAS ACTAS NOTARIALES, LAS ACTAS DEL ESTADO CIVIL, LAS CELEBRADAS POR UN ACTUARIO, UN OFICIAL DE JUSTICIA O UN CONSUL. Su autoridad recae al mismo tiempo sobre la escritura y el contenido. Por una parte, se presumen auténticos, es decir emanados del oficial público que los ha firmado, solo por el hecho de presentarse con las apariencias externas de regularidad: OMNIA PRESUMUNTUR RITE AC SOLEMNITER ESSE ACTA, todos los actos se presumen cumplidos en buena forma, se debe al título, acta probant se ipsa. Por otra parte, estos autos dan fe de la sinceridad de las declaraciones y enunciaciones precedentes del propio oficial público, ex propriss sensibus”.

Por consiguiente, es dable anotar que el denominado documento, instrumentos, certificado o diagnóstico médico no reúne los requisitos antes dicho para su admisibilidad como prueba documental, ni como semi-plena prueba documental, ni como semi-plena prueba instrumental, menos como elemento de convicción idóneo para generar una cautela de tanta gravitancia como es la atinente a la restricción de libertad de las personas: la detención preventiva y la prisión de igual carácter.

CONCLUSIONES:

En la actualidad se alberga ya la convicción de LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y DE SU DESTIPIFICACIÓN, respondiendo a la moderna concepción penológica. De ahí entonces, decretar la detención preventiva de una persona, y la prisión de igual carácter después, resulta asaz arbitrario. Es más, seguir adoptando este temperamento es identificarse no solo

con el más superlativo arcaísmo, sino también con una actitud promiscua, dañosa y atentatoria de los más caros principios constitucionales como aquellos atinentes a las garantías individuales, y, por sobre todo, al de presunción de inocencia.

El mentado diagnóstico médico apenas representa un indicio fragmentario, un documento inexacto, dudoso, en su forma y contenido, comportando las más de las veces, a lo sumo UNA FALSEDAD IDEOLÓGICA. Por tanto, si el susodicho documento no se halla previamente robustecido y confirmado por otras pruebas, incluyendo la declaración informativa del facultativo emisor del documento, nunca debe generar la aludida cautela, so pena de alterar aquel proverbio: “IL NE FAUT PAS PRENDRE LA PAILLE DES MOTS POUR LE GRAIN DES CHOSES: NO SE DEBE CONFUNDIR LA PAJA DE LAS PALABRAS CON EL GRANO DE LAS COSAS”.



Panorámica para una reforma

Benigno Rojas Vía¹

El Código de Procedimientos Penales paraguayo vigente fue sancionado por el Congreso en fecha 12 de noviembre de 1890 y promulgado el día 15 de noviembre del mismo año, siendo Presidente de la República el Gral. Patricio Escobar.

Empezó a regir desde el 1° de enero de 1891.

La redacción del proyecto fue encomendada a la Comisión Especial nombrada por el Poder Ejecutivo e integrada por el Dr. Ramón Zubizarreta y Don Ricardo Brugada.

Su principal fuente ha sido la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882 y el Proyecto del Dr. Manuel Obarrio que contiene decidida influencia de la citada legislación española.

El Código contiene cuatro libros y uno complementario, precediendo al primer libro, el preliminar. El Libro Primero trata sobre la justicia en lo Criminal. El Libro Segundo se refiere al proceso. El Libro Tercero regula los Juicios Especiales. Y, por último, el Libro Cuarto establecía las normas aplicables al Tribunal del Jurado, que fuera derogado con fundamentos que no convencen y que debieran ser motivo de un estudio menos ligero y más prudente.

A través del tiempo y de acuerdo a las necesidades perentorias de práctico, se han introducido modificaciones tanto en el aspecto dinámico como en lo concerniente al estático.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 18-1987.

Reconocemos que algunas de las recomendaciones se hallan nuestras leyes vigentes, pero, en ellas por cuanto constituyen los pilares fundamentales para el debido proceso penal. Empero, propugnamos una reforma substancial de la legislación procesal penal.

“Conscientes del deber de consagrar los Derechos Humanos y de asegurar la libertad, la igualdad, la justicia, y el orden, la paz interior, la defensa nacional, el desarrollo económico y el progreso social (Preámbulo de la Constitución Nacional de 1967) ..., es necesario estudiar profunda y doctrinariamente los aspectos jurídicos en torno a la medida en que la vigencia inmediata de la ley procesal puede afectar los derechos consagrados en el DOGMA CONSTITUCIONAL.

Es oportuno establecer legislativamente la prohibición de consignar en las actuaciones administrativas o policiales cualquier manifestación de cargo de la persona presuntamente imputada, sin suficientes indicios.

Consignar que la única confesión procedente sea la rendida ante el Juez y en presencia del defensor, y que tampoco tiene valor probatorio de indicio ni de testimonio, la declaración de funcionarios administrativos acerca de los dichos del prevenido consignados en actuaciones no judiciales.

Declarar carente de valor probatorio de cargo cualquier manifestación o declaración judicial de contenido incriminatorio, que fuese presenciada u oída por personal administrativo de seguridad o cuando el detenido, después de su declaración, fuese puesto nuevamente bajo custodial de la autoridad que procedió a su detención y custodia preliminares.

Igualmente, considerar carente de valor probatorio de cargo toda declaración efectuada por un detenido sometido a medios físicos de seguridad, tales como esposas, grilletes o análogos.

Considerar violatorio a los DOGMAS CONSTITUCIONALES toda delegación de la función de recibir declaraciones o confesiones a la autoridad policial o administrativa.

Prescribir la necesidad que al declarante se le imponga previamente del contenido de la imputación que se le formula o pretender formular, y del derecho al silencio que la asiste, sin que esto implique presunción alguna en su contra.

Negar cualquier valor de cargo a pruebas a las que se hubieren obtenido mediante información por medio de torturas, apremios ilegales, amenazas o cualquier otro delito.

Descalificar el uso de detector de mentiras o polígrafos como mecanismo probatorio de cargo, al igual que la declaración obtenida mediante ardid o engaño y prohibir por atentatorio a la dignidad humana el narco-interrogatorio.

Recomendar que el procesamiento de una persona solo por excepción fundada en la finalidad del proceso puede acarrear la prisión preventiva de la misma.

También es conveniente recomendar que el procesamiento sin prisión o detención preventiva sea previsto con carácter general en la legislación procesal penal, sin excluir indiferenciadamente los delitos dolosos, preterintencionales y culposos.

Establecer, que en ningún caso la detención o prisión preventiva o provisional pueda prolongarse más de dos años o según la gravedad del hecho, sin que haya perspectiva más o menos inmediata de sentencia, si ésta demora no es imputable al procesado. Si sobrepasa el límite de tiempo de referencia, deberá ser favorecido con el beneficio de la excarcelación provisoria hasta que se dicte sentencia que establecerá el monto de la pena.

Otro aspecto fundamental que deberá legislarse es no mantener en prisión de carácter eminentemente formal cuando surgen probabilidades relevantes de un resultado absolutorio en la causa en ra-

zón de evidencias respecto de cualquier eximente por causas de justificación donde se entiende que no hay delito, por causas de inimputabilidad porque no existe delincuente, y en caso de que no existe pena.

Tampoco que no se imponga a nadie una caución real o fianza cuando por sus medios sea claro que no pueda prestarla.

Debemos advertir que para dictar o no la prisión preventiva de una persona se hará siempre y únicamente por la necesidad de asegurar la presencia de la misma en juicio, y en base a indicios suficientes EXISTENTES y no mera POSIBILIDAD y que en modo alguno se tomen en cuenta criterios punitivos tales como la conducta anterior del imputado o similares.

Deberá también evitarse que en modo alguno se haga discriminaciones privilegiantes para funcionarios públicos.

Establecer la comunicación de cualquier persona privada de su libertad con su defensor, garantizándole la libre comunicación, desde el primer momento de su detención.

Fomentar la creación de juicio o plenario oral y público con concentración de toda la producción de pruebas, alegatos y sentencia en una única audiencia o en sucesivas audiencias continuadas. Debiendo registrarse magnetofónicamente las audiencias del juicio oral y se guarden los registros. Ello contribuirá a cumplir el anhelo de los principios de celeridad y economía procesal, pues, el procedimiento escrito es una pieza de museo en este siglo en razón de su evidente obsolescencia.

Es indispensable crear la Policía Judicial y distinguirla de la policía de seguridad haciendo depender a la primera tanto funcional como administrativamente del Poder Judicial.

Reimplantación del Tribunal de Jurados, estableciéndolos para los delitos que la ley determine, buscando integrarlo con personas provenientes de todos los sectores sociales y no únicamente con profesionales rentistas o propietarios de clase media o alta.

En varios países del área latinoamericana existe jurado de conciencia para algunos delitos. Tal acontece en diferente medida en Brasil, Colombia, Nicaragua, Ecuador, San Salvador, México.

La Constitución argentina lo impone, pero nunca se reglamentó. Nosotros la hemos suprimido. No corresponde abrir juicio sobre la conveniencia o nó del Jurado popular problema que se halla sumamente debatido, sino destacar la necesidad de que su composición debe ser sumamente vigilada en nuestro país, para que no concluya en el juicio de una élite o clase social minoritaria, que imponga ilimitadamente su criterio valorativo. Téngase en cuenta que el Jurado de conciencia resuelve las cuestiones de prueba sobre la base de las libres convicciones, es decir sin fundar con lógica jurídica legislativa la valoración, lo cual le otorga apreciación enorme que, en sociedades con diferencias de clase y culturales tan marcadas como es la nuestra no puede quedar librado a cualquier arbitrio perjuicios de clase. Si el Jurado pretende ser representación popular, solo puede serlo en la medida en que lo integren personas de diferentes sectores sociales y no únicamente profesionales y comerciantes de clase media o alta. No es cuestión de describir los métodos para lograr esta integración, que pueden ser diferentes y es una cuestión práctica discriminar el preferible conforme a las características de nuestro país.

Sostenemos la necesidad del Tribunal de Jurados para ciertos delitos por razones culturales, sociales, y morales, pues somos del pensamiento que la ciudadanía debe saber que: los pueblos tienen los jueces que se merecen, ello descansa sobre una razón de profunda ideología socio-anthro-filosófica que no es el momento de desarrollarla.

En el convencimiento de que no RESUCITARA en nuestro país el Tribunal de Jurados, trataremos sobre los tribunales de derecho, que se impone ampliar el principio y afirmar que toda sentencia penal debe ser racionalmente motivada en cuanto a la valoración de la prueba, a diferencia del Tribunal de Jurado. Una de las razones de la motivación tiene como consecuencia la necesidad de que cualquier autoridad republicana delegada, debe ejercer sus funciones racionalmente para posibilitar el control público.

Sin embargo, pese al reconocimiento expreso de este requisito de las sentencias en la práctica judicial no siempre se halla una motivación racional o adecuada de las sentencias. Reconocemos que existen honrosas excepciones. Frecuentemente hay fórmulas que denominaremos “sellos”, “planchas”, “modelos”, es decir, repeticiones estereotipadas que sirven para eludir la motivación o para encubrir bajo unos pocos para eludir la motivación o para encubrir bajo unas pocas líneas reiterativas una auténtica falta de motivación.

Este fenómeno lo encontramos en Primera Instancia en los autos de prisión, calificación provisoria, con el reiterativo “modelo”, “sello” o “plancha”: “Que a juicio del proveyente existen suficientes indicios de culpabilidad en contra del procesado...” La redacción consignada de manera genérica establece en forma específica cuáles son los indicios suficientes, violando el principio de defensa en juicio, pues el no procesado no sabe cuál es indicios lo están incriminando.

Otra muletilla conocida es: “analizadas exhaustivamente las constancias de autos...”, sin embargo, ninguna de dichas constancias es analizada de conformidad a las reglas de la sana crítica. Por supuesto que no es necesario que una sentencia reitere lo que es perfectamente identificable, lo que constituiría un formalismo absurdo y contrario a la economía procesal, pero de lo que se trata es del reconocimiento del curso del razonamiento acerca de los aspectos fácticos y jurídicos que, en forma directa o en función de remisiones accesibles pueda hacerse efectivo.

Cabe en este momento advertir de un peligro de caos jurídico debido a los “modelos”, “sellos”, o “planchas”, paradójicamente encontramos la causa en la Acordada N°7 de fecha 4 de julio de 1953, dictada por la Corte suprema de Justicia a manera de recomendaciones y formularios para la indagación sumaria de los delitos de acción penal pública ante los juzgados de Paz”. Dicha Acordada fue concebida con muy buena intención para jueces inferiores (de Paz), y lastimosamente la han adoptado también los jueces de 1ª Instancia.

En la mencionada Acordada se omite toda referencia a la necesidad de calificar el supuesto delito cuando se ha dictado auto de prisión contra el procesado. En efecto, el auto de prisión se hará constar en resolución especial del Juez de Instrucción, estableciendo las causas que la motivan (art. 338 del C.P.P.).

Entendemos que el citado artículo se halla en concordancia con el art. 347 del C.P.P., (Vicente Brunetti sin embargo, ha omitido consignarlo en razón de haber aplicado el método de interpretación exegético, desconociendo el método dogmático por razones históricas).

El art. 347 del C.P.P. prescribe: la orden de prisión contendrá: 1. El nombre del Juez Instructor que la ordena, 2. La persona o autoridad a quien se somete la prisión, 3. EL DELITO PORQUE SE PROCEDE, 4. El nombre, apellido o sobrenombre del presuntamente reo, su empleo, profesión o clase, nacionalidad, domicilio y demás señas generales particulares que consten o se hubieren adquirido para designarlo clara y distintamente, 5. El lugar a que se ha conducir al reo, y 6. Si ha de estar o nó incomunicado.

De las disposiciones legales citadas se infiere que, tanto la prisión preventiva y la calificación deberán ser resueltas por razones de carácter un mismo auto interlocutorio por estrictamente procesal que pasaremos a enunciar:

1. Evitar el caos procesal,
2. Cumplimiento de las normas procesales respecto del recurso de apelación.

El caos procesal surgirá en el caso de dictarse el auto de prisión y en grado de apelación entendería una Sala. Posteriormente, el auto de calificación lo entendería otra Sala. Supongamos que la 1ª revocara el auto de prisión y la 2ª Sala confirmara el auto de calificación. Esta última resolución quedaría sin sustento jurídico, pues el auto que revoca la prisión considera que no existen indicios suficientes para creerlo al procesado como responsable del hecho. Tampoco que

esté justificada, cuando menos por una prueba semiplena la existencia de un hecho que merezca pena corporal.

La calificación, sin prisión, en los delitos que conminan con penas privativas de libertad es meramente literaria, inocua, pues, carece de la determinación precisa del supuesto inculpado.

Nuestra legislación procesal penal carece también del acta de acusación al concluir el sumario que constituye la calificación del delito que ha de formar el trámite inicial del plenario, viniendo a ser en el procedimiento penal lo que la demanda en el juicio civil. Esta ausencia constituye una amputación de los proyectistas, que la ley de enjuiciamiento criminal española contiene y que sirviera de fuente a nuestra ley ritual, que constituye una innegable violación del derecho de defensa que debe ser respetado por nuestras leyes. Incomprendiblemente, la acusación en nuestra ley se halla confundida en la etapa de alegatos. Nosotros iniciamos el plenario con el periodo de pruebas, luego en un mismo acto, la acusación o alegato o demanda. Realmente es un verdadero absurdo que no puede sostenerse la más leve crítica de neófito.

El segundo punto se refiere al recurso de apelación. El art. 350 del C.P.P. establece: El auto de prisión es apelable en efecto devolutivo. Interpuesta la apelación, el Juez elevará en el día el incidente con un informe al Superior, QUIEN LO RESOLVERÁ SIN MAS TRÁMITES, dentro del de 24 horas.

La práctica común habíamos señalado, es separar los autos de prisión y los autos de calificación, tramitándose estos últimos como incidentes en los plazos de seis días prorrogables por otros seis días. Respecto del apelante, este deberá presentar un escrito sintetizando los fundamentos del recurso deducido en el término perentorio de tres días, contados desde la notificación de la providencia de autos. De dicho escrito se correrá traslado a la otra parte, quien lo evacuará dentro del mismo término.

El trámite del traslado en ambas instancias suma 18 días a los cuales pueden sumarse 15 días más, si el Fiscal agota los plazos establecidos, es decir, una calificación puede llegar a estudiarse por las partes en 33 días a los cuales debe agregarse el término en que los jueces deberán resolver el incidente que son de 5 días en Primera Instancia y 8 días en los Tribunales. En total, 46 días. Dichos trámites retardatarios constituyen toda una condena sin sentencia definitiva, no requiere mayores explicaciones para convencer que el trámite es totalmente inadecuado y antijurídico. Lo más grave es que toda enfermiza tradición debe atribuirse a una errónea interpretación y aplicación de la ley ritual que debemos enmendarla con toda la urgencia necesaria, pues, nos hallamos ante el más degradante abuso del derecho.

Si fuéramos sensibles y aplicáramos correctamente la ley procesal conseguiríamos al fin dejar de violar el art. 371 del C.P.P. que prescribe: Las peticiones sobre excarcelación, así como de los autos de prisión, tendrán prelación sobre todas las causas de cualquier clase que sean y su curso no podrá interrumpirse por ningún motivo.

El mencionado precepto se halla en concordancia con el art. 367 que establece: “Las peticiones de libertad provisoria bajo caución, se despacharán en el día por el Juez de la causa, notificándose en el acto, a los interesados; pero, el auto del Juez no quedará ejecutoriado, sino a las 48 horas de haberlo pronunciado”.

Esta respuesta proviene de una interpretación dogmática sobre un instituto procesal que ha motivado contradicciones, vacilaciones y enormes dudas referentes a la aplicación de los términos en las “vistas” para las peticiones de calificación y excarcelación provisoria.

A este breve ensayo sobre las bases ideológicas para la reforma de nuestra ley procesal penal se unirán otros, donde analizaremos también la dogmática jurídica y la política criminal.



Pagar cheques post-datados ¿Es Delito?

Prof. Dr. Jorge H. Escobar¹

Nos parece equivocado el razonamiento hecho por una colega y mal enfocada la aplicación de la ley.

Sobre el tema del cheque postdatado ya nos hemos expedido en anteriores oportunidades, en las que hemos analizado exhaustivamente el problema, llegando a la conclusión que siendo todo cheque pagadero a la vista, lo es también el cheque postdatado. Así desde luego, lo abonan antecedentes de la Ley Uniforme de Ginebra, seguida por Paraguay, y la doctrina y legislación universal.

En realidad, la colega no ha enfocado con exactitud el problema del cheque postdatado.

Afirma que un “código por más que esté encima de las leyes, jamás puede derogar una ley especial de otra jurisdicción y por tanto la ley que reprime la emisión del cheque sin fondos en su artículo 5to. que prohíbe la aceptación de cheque adelantado y sin fondos tipificándolo como delito, no queda extinguida”

En las oraciones precedentemente reproducidas se nota una gran confusión.

En efecto: la ley 941, castiga la emisión de cheques sin fondos, de darse las circunstancias previstas en sus artículos 1° y 4°.

El hecho castigado es la emisión de cheques sin fondos, no la emisión de cheques postdatados.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 20-1987.

Señala el gran comerciante Zavala Rodríguez: “Se vuelve así a confundir la situación de los deudores que dan cheques sin fondos, con la de los deudores que entregan cheques de pago diferido”.

Ninguno de los hechos señalados por la ley 941 como presupuestos del delito de emisión de cheques sin fondos podría ser imputado a un Banco, ni guarda relación con el pago de cheques postdatados, pues si estos se pagan es porque tienen fondos. En resumen: la ley 941 tiene como objeto el castigo de la emisión de cheques sin fondos, sea que los cheques se emitan con fecha adelantada o no: No se propone la sanción de la emisión de un cheque con fecha adelantada; ítem más: esta sanción recae –lógico- en el emisor del cheque, no en el Banco.



El delito de supresión de la vida humana

Dr. Sixto Milciades Rivas Soler¹

Entre los derechos personales, es la vida el bien jurídico por excelencia, el centro, como dice Litz, de los bienes individuales que la ley ampara. Así se explica que la ley la protege en toda su integridad, desde el más leve daño a la salud, hasta su destrucción completa, desde su manifestación embrionaria en el seno materno hasta la vejez más avanzada; ya se encuentre en peligro de modo directo o indirecto; se trate de un acto intencional o simplemente culposos o sea en el resultado mediato o inmediato de la acción.

El hombre tiene derecho a su vida, como condición indispensable de su personalidad. El derecho a la vida, es el primero y más importante de todos los derechos humanos, como que sin él no podrían existir los demás. Por eso es el homicidio, de todos los delitos, el más grave y más antiguo, el que jamás ha dejado de figurar en las leyes penales de todas las épocas y de todos los pueblos. Por eso la legislación positiva es unánime en poner la supresión de la vida humana, como el hecho de más alta criminalidad.

En los tiempos primitivos, la sociedad no se preocupaba del castigo del homicidio, que dejaba sujeto venganza individual de los miembros de la familia la tribu; pero con los primeros pasos de la civiliza surgió otro criterio a tal respecto, y ya la sociedad se considera lesionada con la muerte violenta de sus miembros y se encarga ella misma de imponer el castigo.

En principio, la pena de todo homicidio, sin distinción de circunstancias, fue la del talió: el derramamiento de Sangre humana pedía la sangre del que la hizo verter. La ley de las Doce Tablas, distinguía el homicidio voluntario del involuntario, para el efecto de la

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 28-1989.

pena y la ley Cornelia graduaba las penas por la calidad de los delinquentes, castigando con destierro o la deportación a los de las alas clases, con la muerte por decapitación a los de clase media, y con crucifixión o entrega a las fieras a los de la clase ínfima.

No distinguían las leyes a las diferentes clases de homicidio voluntario, aunque si preveían algunos casos de excusa.

La irrupción de los Bárbaros volvió a poner en manos de los ofendidos particularmente la sanción del homicidio. En el tiempo de Carlomagno, la ley adopto de nuevo el sistema del talión; pero la vindicta privada no desaparece de las costumbres hasta el siglo XII. Desde entonces hasta fines del siglo XVIII, no hay en las leyes, como castigo del homicidio masque la pena de muerte, aplicada en diversas formas y con mayores o menores torturas, según las circunstancias.

Todas las legislaciones modernas desde la revolución francesa en adelante, al mismo tiempo que suavizaron las penas del homicidio, introdujeron en este delito las distinciones que corresponden para graduar su gravedad, proveniente, ya sea de los medios empleados para su ejecución ya sea de la etapa de la vida humana, en que la supresión de esta tuvo lugar, que dividió en tres etapas separadas: 1) antes del nacimiento, es decir cuando el ser humano, todavía encerrada en el claustro materno, tiene la existencia confundida con la madre. 2) en el nacimiento, o sea durante el parto y algunos días después en que la madre y el hijo, de un solo ser, se convierten en dos y 3) después del nacimiento, en que el nuevo ser, ya separado definitivamente de la madre, adopta su forma propia y asume su vida distinta de la madre.

Nuestra legislación penal, de acuerdo con este criterio, hace estas distinciones y considera homicidio, la privación de la vida de un ser humano que tiene tres días cumplidos, infanticidio, la muerte de un párvulo en el acto del nacimiento o dentro de los tres del alumbramiento y, aborto o feticidio, la supresión de la vida intrauterina del ser humano. Y también de acuerdo con la legislación universal, considera el homicidio, más grave que las otras formas de supresión

de la vida humana. Véase derecho penal. Teodosio González, Tomo III, pág. 55/56.

No obstante, la protección que la ley concede a hombres, los delitos se suceden con relativa facilidad. La supresión de la vida del ser humano en sus diversos aspectos se vuelve hasta rutinarias. Las causas o móviles, a veces son confesados, en otros casos apenas presuntidos y otros casos totalmente desconocidos. Y hay también casos en el que el hecho delictual muy grave y se da en una relación familiar entre víctimas y victimario, los móviles que se pueden suponer escapan a todo razonamiento móviles y justificaciones posibles.

En el caso de un homicidio ocurrido, entre otros, en la ciudad de Encarnación en fecha reciente donde una criatura de apenas seis años de edad, del sexo femenino fue encontrada muerta en las aguas del río Paraná. El cuerpo flotante fue hallado aproximadamente tres o cuatro días después del hecho o la desaparición de la niña denunciada por las madres. La víctima fue examinada por médicos por del Centro de Salud Regional y arrojó el diagnóstico: Causa de la muerte: asfixia por inmersión. Al examen del cuerpo se registra: hematoma en la región hipogástrica, desgarró, equimosis en la región himeneal, perforación del himen y en región anal. Concluyendo los médicos que la víctima fue previamente violada y luego muerta por inmersión en el agua. No se sabe aún por ningún medio de información las circunstancias que rodearon al hecho.

Surgen, por de pronto, serios indicios de que el autor del crimen haya sido el padre natural; la madre lo acusa formalmente. Horrendo el delito cometido y de ser el autor una persona distinta al padre, pues la ley le dará el castigo que se merece. Pero, si fuera el padre es altamente preocupando, por el grado de peligrosidad que significa unos crímenes de esa naturaleza. Tras todos los valores humanos y exterioriza un desprecio total a la vida. Matar a un hijo es tan igual a matar a un padre o una madre, teniendo en cuenta al decir de Teodosio González, el criminalizó ha respetado los vínculos sagrados de la familia”. Es el mismo autor al comentar precisamente el art. 338 del código penal relativo al parricidio, vale también el artículo 337

expresa: “No hay delito más horrendo dice Groizar, máximum inter mortales judicantes scelus. El parricida niega, a un tiempo de la ley natural, la divina, No es extraño que en su rededor levante el mundo un grito de extraordinaria reprobación.

Orestes, errante sobre la tierra, perseguido por las furias, atormentando por los remordimientos afligidos porque la antigüedad clásica, condenó a los hijos que levantaban la mano sacrílega contra los autores de su existencia.

Los antiguos egipcios quemaban sobre un montón de espinas a los parricidas. Entre los persas cuando se presentaban casos de parricidio, los tribunales declaraban supuesta la filiación o adulterina la prole, para evitar que el pueblo se persuadiese de que había personas de índole tan infame, que, hollando las leyes divinas y humanas, atentasen contra sus progenitores.

Solón no incluyó el parricidio y el talión de los delitos porque le pareció imposible que fuese cometido. Pero pronto la experiencia le demostró, que tal presunción era más retorica que real. Con más sentido práctico pidió Platón para el parricida, que se le dicte muerte que con su cadáver desnudo fuese conducido fuera de la ciudad y apedreado por tres magistrados a nombre del pueblo y después transportado a los confines de la republica permaneciendo insepulto.

Rómulo padeció de la misma ilusión que Solón, pero pronto vio reproducirse el espectáculo de los hijos que como Lucio Ostilio y Publio Matteolo, manchaban sus manos en la sangre de sus ascendientes. Las leyes presentaron entonces al parricida como al más monstruoso de los criminales y les condenaron a suplicios extraordinarios. La ley de las doce tablas prescribió que, si un hijo mata a su padre se le vendaran los ojos y envuelto y cosido dentro de un saco de cuero, se le arrojara al Tíber o al mar.

Comentando esta ley exclamo Cicerón sabiduría incomparable de nuestros antepasados, no parece, sino que quisieron excluir de la naturaleza entera al culpable a quien arrebatában a la vez el cielo, el sol, la tierra y el agua, de tal suerte que, el miserable que dio la

muerte a aquí por quien había visto la luz, se encontraban fuera del contacto de los elementos que sirven para la existencia de todos los seres. Durante los cortos instantes de la vida que se le dejaban, al parricida no podría respirar el aire del cielo; moría y la tierra no tocara sus huesos, convirtiéndose en juguete de las olas que no llegaban sin embargo a humedecer su cuerpo. Por último, arrojado la orilla después de muerto, ni siquiera podría encontrar sepultar entre las rocas.

La ley Pompeya aumento todavía el horror de ese suplicio, ordenando que en el caso fueran metidos con el parricida, un perro, un mono, un gallo y una víbora. El parricida simboliza la rabia, el mono el hombre privado de razón, el gallo porque se resuelve muchas veces contra su madre, y la víbora porque viene al mundo desgarrando el vientre en la que ha nacido.

En el último recinto del infierno, colo el Dante a los parricidas como traidores de su propia sangre.

Las legislaciones modernas, invariable y uniformemente no han abandonado ni el concepto de derecho antiguo ni la severidad de las penas respecto de este delito, aunque conformando sus castigos a los adelantos traídos por la humanidad y la ciencia a la penalidad. En todas las legislaciones modernas se coloca al parricidio en las cúspides de la criminalidad y se le castiga con la más severa de las penas que figuran en los códigos penales respectivos. Ver aut. Cit. Pág. 63/64

Traigo estas referencias históricas con relación al parricidio, para darnos cuenta de cómo se castigaban los delitos cometidos en contra de ascendientes. Nuestra ley positiva habla de ascendientes y descendiente, solo que al delito de parricidio se le concede mayor pena que o ser considerado como el más grave: Pero en esencia no tiene ninguna diferencia de cuando los padres matan a sus hijos. Para ambos delitos se requieren perversidad, la misma intensidad del dolo. Quiero pensar que estas clases de criminales tan feroces tienen caracteres propios, aquellas enseñadas por Lombroso, seres deformados física y moralmente sea capaz de cometer un crimen por

la sola fuerza de las circunstancias exteriores. Si entre cien personas que se encuentran en las mismas circunstancias dice, no hay sino una tan sola que se deja arrastrar hasta el crimen, es preciso reconocer que esa persona ha experimentado de muy distinta manera la influencia de estas circunstancias, luego entonces hay en ella algo exclusivo, una diátesis, un módulo de ser muy particular. Ni la criminalidad endémica, ni la que parece provenir de las variedades del clima y de la temperatura, o del uso de las bebidas alcohólicas, puede excluir la armonía individual del agente. Estas diversas causas no han sido sino ocasionales, han podido de relieve los primeros síntomas de una criminalidad original latente.

Nuestro código penal castiga el hecho delictivo que hemos comentado anteriormente art. 337 con la pena de quine a veinticinco años sin atenuante, dado el parentesco. Claro está, hubiéramos querido que la misma pena que para el parricidio. Pues, la sociedad no merece tener un seno a hombres que desprecia la naturaleza humana.



La Casación y la Apelación Especial. Aspectos fundamentales

María Carolina Llanes Ocampos.¹

De conformidad al diseño constitucional, la Ley N° 1286/98 instituye el juicio oral y público con base acusatoria. Una de las características fundamentales de la nueva legislación es la incorporación del juicio oral en única instancia, en el cual el tribunal de sentencia pronuncia la decisión definitiva, en cuanto a la existencia del hecho y la responsabilidad del imputado, es decir la “sentencia de mérito”. Esta decisión es dictada luego de un debate oral en que el tribunal y las partes han apreciado la prueba y discutido las cuestiones bajo la vigencia de los principios de inmediación y concentración. La identidad física del juzgador es preponderante para asegurar la legitimidad de la sentencia. No es posible entonces admitir ninguna clase de recurso en cuanto al “mérito”. El tribunal de alzada está impedido para revalorar las pruebas o modificar los hechos en cuya producción y discusión no ha participado. Si se admitiera nuevamente la revisión de los hechos, lo valioso de la inmediación perdería sentido. El tribunal de alzada (Cámara o Corte) debe limitarse a examinar la corrección jurídica del fallo, en cuanto a la observancia de la ley sustantiva y a las formas esenciales del proceso, absteniéndose de incursionar en la parte histórica, es decir la relación fáctica que ha sido definitivamente fijada por el tribunal de sentencia.

Antes de abordar el tema, es necesario señalar por qué el Código Procesal ha “desdoblado” el recurso de casación en el sistema recursivo paraguayo. En efecto, a fin de mantener la estructura constitucional de la doble instancia representada por los tribunales de

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2000.

apelación, se ha considerado importante a los efectos de la racionalización de la tarea recursiva, otorgar también competencia casacional (además de su competencia tradicional en el conocimiento de los recursos de apelación general) a los tribunales de apelación, al revisar cómo los jueces de primera instancia han aplicado la ley penal o procesal penal en el juzgamiento de los hechos.

Por otro lado, tratándose del máximo tribunal de la República, el legislador concede a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el control de la aplicación de la Constitución en los procesos penales, sin perjuicio del control constitucional ejercido por la Sala Constitucional sobre las leyes y las decisiones emanadas de cualquier otro tribunal de la República, que atenten contra dicha ley; conforme lo establecen los Arts. 259 inciso 6º y 260 de la C.N.

De esta manera en consideración a la complejidad del recurso de casación propiamente dicho, a lo que se agrega la especificidad de la materia penal la ley procesal ha establecido el desdoblamiento del recurso tradicional de casación, en los recursos de apelación especial y casación penal en la forma descripta y la competencia exclusiva en esta última, a la Sala de la Corte especializada en materia penal.

El origen de este tipo de recursos debe buscarse en el Derecho Francés y particularmente en el llamado *Conseil des Parties*, aparecido como una subdivisión del antiguo *Conseil du Roi*. En la lucha librada en Francia entre el poder real y los parlamentos, un arma frecuentemente utilizada por el soberano para paralizar los intentos de injerencias de estos, fue la de anular los actos llevados a cabo por tales parlamentos en ocasión de ejercer sus funciones jurisdiccionales y que en cualquier forma pareciesen contrarios a su voluntad; y especialmente *annuler, casser*, sus sentencias cuando siendo contrarias a las ordenanzas, edictos y declaraciones regias, debían ser consideradas nulas.

Lo cierto es que a la vez de las funciones políticas que cumplía en interés del Rey, el *Conseil des Parties* actuaba como un verdadero y propio órgano jurisdiccional. Para entenderlo así, no debe olvidarse

LA CASACIÓN Y LA APELACIÓN ESPECIAL.
ASPECTOS FUNDAMENTALES

que en ese entonces, las funciones políticas, legislativas y judiciales coincidían en el soberano.

Al producirse el advenimiento de la Revolución Francesa, los legisladores proclamaron la total desvinculación de sus creaciones con respecto al régimen derrocado. Y suprimieron desde luego el *Conseil des Parties*. Pero no obstante su intención, y aunque el espíritu del instituto varió, se amplió su alcance y se reemplazó su nombre, pero continuó siendo el mismo, transformándose en un medio para defender la ley de las transgresiones de los jueces. Es así que como expresión de esa desconfianza, y para prevenir las desviaciones de los jueces respecto al texto de la ley, lo que era considerado como una intromisión en la esfera del poder legislativo capaz de quebrantar la separación de los poderes, nace el *Tribunal de Casación*, creado en 1790. El Tribunal de Casación representa así, la suprema garantía de justicia frente a la violación de la ley.

En el proceso penal la decisión jurisdiccional que concluye un caso justiciable, constituye a la vez un hecho jurídico y un hecho político. El Estado al haber monopolizado la función de dirimir conflictos concretos de intereses con relevancia jurídica, para evitar la justicia por mano propia, ha contraído la obligación institucional de resolverlos legal y lógicamente. El Poder Judicial, es el que de una forma u otra *dice el derecho*. Por tanto, la decisión de un tribunal de mérito es un acto de poder en su esencia y administrativo en su formulación, de allí su revisabilidad legal ajena a las decisiones políticas. Pero claro, la revisabilidad permanente, de la sentencia como acto humano, debería ser siempre perfectible. Aunque a este aspecto se opone otro de valor axiológico: La seguridad jurídica. En consecuencia, desde el punto de vista de la revisabilidad casatoria, lo que debe analizarse no es el acto en sí, sino cómo se ejerció la función jurisdiccional para llegar a él. Por ello se ha dicho que los tribunales de méritos son *jueces de juicios*, en cambio los de casación son *jueces de jueces*. Es lo que distingue a los tribunales de instancia única de los de casación. Los primeros se mueven en el campo del *Ius litigationis*, los segundos en el del *Ius constitutionis*.

Sentada la premisa de que la sentencia constituye un acto de poder, la apelación especial y la casación constituyen medios de control del ejercicio de ese poder, para garantizar la regularidad en la prestación del servicio de justicia. Los tribunales como parte de la administración de justicia no escapan a conceptos como exceso, desviación o abuso de poder.

La doctrina consagra... *El derecho es único pero su unicidad resulta de una integración entre las normas que consagran los imperativos y las otras que permiten realizarlos efectivamente cuando media infracción, haciendo posible la aplicación de la sanción o de la coacción que los resguarda. Los imperativos regulan el fondo del asunto, y constituyen la ley sustantiva; las normas que establecen el modo de llegar a la aplicación de la sanción o de ejercer materialmente la coacción, son las leyes procesales. Estas se cumplen más que aplicarse, aquéllas se aplican a los casos concretos. Por eso cuando la infracción jurídica versa sobre la actividad procesal, el error es **in procedendo**, cuando versa sobre la determinación del hecho y su inserción en la norma, es **in iudicando**, y si es sobre el hecho por haber sido fijado en la sentencia con error sobre la verdad histórica será **in factum**; en cambio, si es sobre la inteligencia de la norma que a ese hecho debe aplicarse, será **in iuris**. La infracción a la ley procesal no configura un vicio in iudicando, porque ella se ejecuta, se cumple y señala el proceder de la actividad realizadora, del mismo modo que nunca la infracción a la ley sustantiva será error in procedendo, porque su aplicación supone siempre **un iuditio** de subsunción del hecho al derecho².*

En el régimen recursivo vigente, tanto la apelación especial de la sentencia de primera instancia como la casación son medios de impugnación con “motivos tasados”, con los que se pretende la nulidad de la sentencia (casación por infracción de la ley sustantiva) o del proceso y, consiguientemente de la sentencia (casación por quebrantamiento de forma). Estos recursos, encuentran su fuente en el

² Fernando de la Rúa. La Casación Penal, pp. 31/2.

LA CASACIÓN Y LA APELACIÓN ESPECIAL. ASPECTOS FUNDAMENTALES

principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional. La uniformidad de la jurisprudencia de los tribunales asegura un tratamiento similar frente a la ley penal por parte de los jueces, favoreciendo así la vigencia de dicho principio. Asimismo, la libertad como garantía constitucional primaria, no puede ser coartada sino en los casos precisamente establecidos y nadie puede ser condenado sin juicio previo. Para efectivizar estas normas constitucionales, las leyes procesales establecen las formas que deben necesariamente ser observadas para llegar a una sentencia justa. Establecida la única instancia en el proceso penal moderno, el legislador ha querido que la sentencia sea un instrumento eficaz para la obtención de la justicia, haciendo efectiva la verdadera y amplia interpretación de la regla *juicio no solo previo sino también legal*.

La apelación especial y la casación penal tienden a defender los intereses y derechos de las partes procesales, revistiendo una función de preservación de las normas del ordenamiento jurídico (conocida en la doctrina como “función nomofiláctica”) y unificación de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. En este sentido la función de carácter político que el legislador ha instituido con estos recursos, aparece reflejada en ellos. Estos recursos viven y se desarrollan únicamente en el campo procesal, como instrumento que depende de la voluntad de la parte afectada por el resultado de la sentencia. Pero aquella finalidad se muestra en la especialización de dichos recursos en la función del control jurídico realizado a través del examen del derecho sustantivo o procesal, mientras que los hechos están excluidos de su alcance.

La apelación especial se halla prevista en el Capítulo II del Título III del C.P.P. y se caracteriza por:

Es un recurso ordinario.

Se plantea contra sentencias definitivas del tribunal de sentencia o aquellas que pongan fin al proceso.

Se aplica por la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal de fondo o de forma.

Se interpone fundadamente ante el mismo órgano que dictó el fallo impugnado y se sustancia y resuelve ante el tribunal de apelaciones.

El trámite: 10 días para interponer, 10 días para contestar, audiencia de prueba o fundamentación dentro de los 15 días y se resuelve inmediatamente si ha convocado a la audiencia de pruebas o dentro de los quince días si no se ha convocado a dicha audiencia.

El Capítulo III del mismo Título prescribe la casación penal presentando las siguientes características:

Es un recurso extraordinario.

Se plantea contra sentencias definitivas del tribunal de apelaciones, o que pongan fin al proceso.

Se aplica por la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional en sentencias de condenas mayores de diez (10) años, arbitrarias o infundadas.

Se interpone y se sustancia ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El trámite: 10 días para interponer, 10 días para contestar, audiencia de prueba o fundamentación dentro de los 15 días y se resuelve en un plazo máximo de un mes.

Como se ve en ambos recursos, la inobservancia o error se puede dar directamente en la arbitrariedad del fallo o en la decisión sin fundamento, como una desviación del ejercicio del poder jurisdiccional. Ello permite que ante la arbitrariedad que presenta la sentencia de primera instancia o de cualquier auto que ponga fin al proceso, se pueda recurrir directamente a la casación *per saltum* para la restauración del quebrantamiento.

Estos recursos se caracterizan porque no permiten que los hechos, sean objeto de un nuevo examen por el tribunal de alzada, que trata únicamente de los errores de derecho que hacen a la existencia o al significado de la norma jurídica o a los que contenga el fallo al

LA CASACIÓN Y LA APELACIÓN ESPECIAL.
ASPECTOS FUNDAMENTALES

aplicar el derecho. La sentencia que debe ser revisada fija los hechos en forma definitiva, por lo que el tribunal de casación (en nuestro caso la Cámara de Apelación o la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia) se debe limitar exclusivamente al análisis de la aplicación del derecho sobre esos hechos. La actividad del tribunal al pronunciarse sobre este recurso debe circunscribirse principalmente a determinar la existencia de errores de juzgamiento, vale decir, a establecer concretamente las normas legales sustantivas que se han aplicado, cuáles son las que realmente corresponden para resolver el caso y si ellas han sido debidamente interpretadas por el juzgador.

No cabe confundir la apelación especial y la casación con el recurso de apelación general, pues en este se gestiona la reparación de cualquier defecto, sea de hecho o de derecho, mientras que en el ámbito de aquéllos, solo se examina si la ley ha sido bien aplicada a los hechos declarados en la instancia ordinaria. La apelación especial o la casación, no constituyen una nueva instancia sobre los hechos, al igual que la apelación general donde el tribunal *aquem* está facultado legalmente a reexaminar de nuevo todo el material probatorio.

“Dentro de un sistema acusatorio los recursos casacionarios obedecen a razones técnicas, el juicio oral y público, no concibe otro tipo de recursos (cabe recordar que en el C.P.P. paraguayo la apelación especial de la sentencia de primera instancia es en esencia una “casación encubierta”, precisamente por este motivo) porque ello representaría ineludiblemente, duplicar el juicio, en relación al hecho sobre el que versa. Y esto es así por en virtud del principio de inmediación que rige el juicio oral, solo los jueces que presenciaron el debate están habilitados para deliberar y votar la sentencia. Y por ese mismo principio un tribunal posterior que no ha presenciado el desarrollo de la prueba y el debate carece de legitimidad para dictar el fallo, pues aun apelando a métodos modernos de reproducción (grabaciones, videos) la ausencia de los jueces de sentencia al debate provocaría la pérdida de toda sustancia y razón de ser del juicio oral, significando un regreso a la *delegación*.

Los **motivos casacionales** pueden ser clasificados en vicios de actividad o vicios de juicio o *errores in procedendo* y *errores in iudicando*. Esta distinción parte de la diferente posición en que se halla el juez frente al derecho, según sea sustantivo o procesal. Si bien en ambos casos se configura una infracción jurídica, el ángulo bajo el cual es examinada la sentencia resulta totalmente diverso. Es preciso aclarar que en todos los casos existe una violación de la ley, como genérica desobediencia al mandato del legislador, pero esa violación se refiere en unos casos a la ley que regula el fondo (ley sustantiva) y en otros a la ley que regula la actividad del juez y de las partes (ley procesal).

En la casación paraguaya esta inobservancia formal o sustancial debe referirse a un precepto constitucional, en una sentencia que disponga la pena de diez años, sea arbitraria o infundada.

La **motivación** es una operación lógica fundada en la certeza y el juez debe observar los principios lógicos supremos que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base cierta para determinar cuáles son verdaderos o falsos. A estas reglas está sometido el juicio del tribunal de mérito, si ellas resultan violadas, el razonamiento no existe, la fundamentación de la sentencia, aunque aparezca como acto escrito, no tendrá vida como pensamiento y desde el punto de vista del sistema procesal vigente será nula por falta de motivación.

En la sentencia, por ejemplo: La actividad valorativa, volitiva y crítica que realiza el juez se cumple con un juicio lógico, pero el error en que incurra puede traducirse en un **vicio del procedimiento** en la motivación de la sentencia, o en un **vicio del juzgamiento** cuando no obstante la corrección formal del fallo existe error en la decisión del fondo del asunto. Por eso es necesario captar claramente el sentido de la diferencia. Toda norma jurídica, por el solo hecho de serlo, necesita que se explique su significado, precisando el sentido de su mandato tanto para juzgar como para actuar, tanto para examinar cómo se ha juzgado como para examinar cómo se ha actuado. Se interpreta la ley sustantiva para aplicarla y decidir, conforme al mandato que se traduce en su texto, la controversia que constituye

LA CASACIÓN Y LA APELACIÓN ESPECIAL.
ASPECTOS FUNDAMENTALES

el objeto del proceso; se interpreta también la ley procesal para cumplirla y se la aplica cumpliéndola, conforme al imperativo que contiene. En el primer caso se interpreta para decidir sobre el fondo del asunto y en el segundo para ajustar la conducta procesal a la norma. En ambas situaciones la ley se interpreta para aplicarla, la ley sustantiva para aplicarla al juzgar; la ley procesal para aplicarla en el proceder.

Aplicar una norma jurídica a un caso que reclama la aplicación de otra norma, implica siempre una inobservancia de esta última, y tanto la *inobservancia* como la *aplicación errónea* configuran violaciones a la voluntad del legislador. De ahí que este motivo se halla genéricamente contemplado en la *violación de la ley o infracción jurídica*.

La doctrina sistematiza dentro del concepto genérico de *infracción jurídica* los siguientes casos:

- a) Falta de aplicación de la norma jurídica que corresponde al caso.
- b) Aplicación de una norma a una hipótesis no contemplada en ella.
- c) Abierta desobediencia o transgresión a la norma.
- d) Todos los errores de derecho que constituyan desconocimiento de una norma jurídica en su alcance general y abstracto, sea que el error verse sobre su existencia, sobre su validez o sobre su significado.

Desde otra perspectiva se ha afirmado que la fórmula puede comprender:

El error acerca de la existencia de la norma.

El error en la interpretación de la norma.

El error en la aplicación, cuando se aplica a un hecho no correspondiente con la norma.

El error en la deducción de las consecuencias de la norma, cuando no obstante ser correcta la interpretación y la subsunción del hecho, se proclaman consecuencias no correspondientes con la norma interpretada³.

La **violación de la ley** se presenta cuando el juez ignora la existencia o se resiste a reconocer la existencia de una norma jurídica vigente, o considera como norma jurídica una que ya no está o que no ha estado nunca vigente, o cuando incurre en un error en la interpretación o en la elección de la norma, aplicando a los hechos una distinta a la que corresponde. La violación puede ser entonces, atinente a la ley como norma jurídica de carácter abstracto (en cuanto a su existencia o contenido) o bien puede referirse al juicio individual relativo al caso concreto, por aplicación incorrecta del precepto a los hechos establecidos. En el primer caso se trata de una errónea inteligencia de la ley; en el segundo, de una errónea apreciación jurídica del caso resuelto.

Dentro de la terminología del Código Procesal Penal, *inobservancia* significa desconocimiento, desobediencia o falta de aplicación de la norma jurídica. No se trata de un error en el modo de aplicarla, sino de una omisión de cumplirla. *Errónea aplicación* es la inadecuación o falta de correspondencia de la norma aplicada con el caso concreto, es decir, una norma es observada o cumplida, pero no es la que debía aplicarse, o es aplicada con una mala interpretación de su mandato.

La *arbitrariedad* consiste en un exceso de poder o ejercicio abusivo del mismo, en los casos en que el juez se excede en los límites jurídicos de la función asumiendo el papel de legislador sustituyendo la voluntad objetiva de la ley por la propia, ya sea que lo haga con la ley sustantiva o procesal. Esta arbitrariedad afecta el principio de división y equilibrio de poderes y eso es lo que descalifica la decisión.

³ El Juicio Civil de Casación, p. 74.

LA CASACIÓN Y LA APELACIÓN ESPECIAL.
ASPECTOS FUNDAMENTALES

Otro tanto ocurre cuando el juzgador falla sin ajustarse a los hechos probados.

Si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, está a cambio sujeto a control el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento. La sentencia *infundada*, corresponde a aquella que carece de motivación porque no expone los motivos que justifican la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de la norma a ese hecho, comprendiendo todas las cuestiones sometidas a decisión. También resulta infundada aquella que no ha sido razonada lógicamente, porque carece de coherencia y congruencia en cuanto a la acusación o los hechos probados o resulta contradictoria en cuanto a los motivos que se aducen y la parte resolutive, de modo que, oponiéndose, se destruyen recíprocamente y nada queda de la idea que se quiso expresar, resultando la sentencia privada de motivación o con una *motivación contradictoria*.

El tribunal de casación realiza bajo este aspecto un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, verificando si en ella se han observado las reglas fundamentales de la lógica, la sicología y la experiencia.

La doctrina jurisprudencial española incluye como motivos de **infracción de la ley**, no solamente la infracción propiamente dicha, sino también el error en la apreciación de la prueba. Ellos podrían sintetizarse de la siguiente manera:

a) *Cuando conforme a los hechos probados en juicio se hubiera infringido un precepto legal de carácter sustantivo*. Esto significa que lo que se decide en la casación es si el juicio penal se ha llevado a cabo en razón al resultado del juicio histórico que contiene la sentencia. No se puede fundar la sentencia sin respetar escrupulosamente los hechos que se han probado en juicio. Lo que se discute en estos casos es sencillamente si el tribunal de sentencia, desde el punto de vista jurídico, ha valorado los hechos correctamente.

b) Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho, si este resulta de documentos que muestran la equivocación evidente del juzgador y no estuvieren desvirtuados por otras pruebas. Este motivo permite, controlar la racionalidad del juicio histórico o fáctico que ha realizado el tribunal. La libre valoración de la prueba no significa que el tribunal pueda hacer una valoración arbitraria, ilógica o irrazonable. El tribunal debe hacer un juicio histórico fundándose en la razón, las pautas normales del comportamiento humano y el manejo de las máximas de experiencia (sana crítica).

c) Que se ponga de manifiesto un error sufrido en la narración de los hechos que se declaren probados, haciendo constar entre estos, supuestos no acaecidos en realidad. Esto puede manifestarse a través de lo que se conoce como *error positivo*, es decir la inclusión en la narración del hecho de algo que está en abierta contradicción con lo que expresa el documento; o bien como *error negativo* al incluir en el relato del hecho un acontecimiento fáctico que no tiene base probatoria alguna o que se basa en una prueba ilegal. Igualmente, la valoración como prueba de lo que legalmente no puede tener carácter de tal, es considerado el mayor error de hecho que en la apreciación de las pruebas pueda imaginarse.

d) Que el error esté basado en la prueba documental per se; no en otra prueba que se documente a través del proceso o fuera del mismo en forma preconstituida. En este sentido no son documentos la documentación de actos procesales y tampoco lo son las pruebas preconstituidas en forma documental que podrían haberse practicado en el juicio oral. El error o equivocación puestos de manifiesto en el documento debe ser indubitado y evidente.

e) Que la prueba alegada para demostrar el error no se desvirtúe por otros medios probatorios. Esto significa que solo deberá prevalecer la fuerza del documento en los supuestos y extremos en que realmente tenga fuerza probatoria para cualquiera de las partes, según el caso concreto. En definitiva, esto no quiere decir que en materia penal los documentos carezcan de cualquier fuerza probatoria, la tienen, la fuerza legal. Por ejemplo, las manifestaciones contenidas

LA CASACIÓN Y LA APELACIÓN ESPECIAL.
ASPECTOS FUNDAMENTALES

en un documento firmado por una de las partes, podrán tener la trascendencia penal que se quiera, pero es indudable que en la valoración de la prueba, se debe partir de que han sido hechas por su autor, a no ser que se hayan realizado pruebas en el proceso que demuestren la falsedad de la firma o el error material cometido en el momento de hacerlas o la violencia, etc.

En cuanto al **quebrantamiento de la forma** generalmente se plantean los siguientes motivos:

a) *Que se haya denegado alguna diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente.* En este sentido la jurisprudencia establece los requisitos: 1.- Que la diligencia concreta de prueba cuya práctica no se realizó se hubiere propuesto anteriormente en tiempo y forma oportunos. 2.- Que la misma hubiese merecido la declaración de pertinencia y estuviese programada procesalmente su realización. 3.- Que ante la decisión judicial negativa de la solicitud de suspensión del juicio para la realización de la diligencia, se hubiese dejado constancia de la correspondiente protesta y reserva de recurrir. 4.- Que tratándose de prueba testifical propuesta y no practicada, se hubiese consignado en su oportunidad el interrogatorio a ser formulado a fin de que el tribunal quede debidamente informado del contenido de la prueba fallida. 5.- Igualmente se exige que la prueba propuesta y no realizada sea de carácter ineludible, insustituible, fundamental y de posible realización.

b) *Cuando el presidente del tribunal se niegue a que un testigo conteste en juicio o en una diligencia probatoria practicada fuera de la audiencia, preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa.* El motivo se refiere exclusivamente a la prueba testifical, admitida y practicada, en la que el presidente del tribunal deniega alguna pregunta o preguntas, siendo pertinentes y de manifiesta influencia para la causa. Se debe tratar por consiguiente de preguntas que hagan referencia al objeto del proceso y de cuya respuesta dependa la decisión que se tome en la sentencia, de modo tal que se puede afirmar que la respuesta del testigo hubiera

cambiado lógicamente el sentido de la sentencia. Para que este motivo pueda dar lugar a la anulación de la sentencia se requiere que en la causa no existan pruebas que desvirtúen la posible e hipotética versión de los hechos que se presume podría haber referido el testigo, pues de otra manera la respuesta no tendría una manifiesta influencia en la causa.

c) Cuando se desestime cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviera verdadera importancia para el resultado del juicio. Una pregunta capciosa es aquella que está formulada en forma artificiosa o que lleva al engaño, una respuesta sugestiva es la que sugiere la respuesta, una pregunta impertinente es la que no guarda relación alguna con el objeto del proceso. En todos los supuestos son preguntas que se hacen no solo al testigo sino también a peritos o al propio imputado. Este motivo tiene que ver con las modalidades o finalidades en cuanto a la formulación de las preguntas. Se puede denunciar a través de este motivo no solamente que la pregunta estuvo mal formulada sino también que la respuesta tenía verdadera importancia en el resultado final del proceso.

d) Cuando se haya omitido la citación de las partes al juicio oral, salvo que hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas. El motivo tiene incidencia directa en los derechos constitucionales de defensa y del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. Sin embargo, la comparecencia del interesado convalida la citación mal efectuada, desapareciendo en este caso el motivo de indefensión.

e) Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente los hechos que se consideran probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como probados conceptos que, por su carácter impliquen la predeterminación del fallo. En este motivo cabe distinguir tres submotivos que tienen fundamento y naturaleza diferentes como: 1.- La falta de indicación clara y terminante de los hechos probados: Esto viene dado por la simple razón de que sobre esos hechos habrá que hacer la valoración jurídica que conduce inexorablemente a la condena o absolución. Lo que se exige en

LA CASACIÓN Y LA APELACIÓN ESPECIAL.
ASPECTOS FUNDAMENTALES

este caso es que la sentencia no adolezca de una ausencia de hechos probados y sobre todo que contenga aseveraciones puntuales y básicas que debe estar en perfecta conexión con la valoración jurídica que posteriormente se realicen pero al mismo tiempo es necesario que existiendo relato de hechos probados, este no se haga en forma vaga, ambigua, oscura, ininteligible o inasequible en el sentido de que se sepa que es lo que se ha querido manifestar. La falta de claridad siempre tiene que ser gramatical o conceptual. 2.- La manifiesta contradicción entre los hechos, la que se produce cuando existen afirmaciones dentro de los hechos probados, que por ser antitéticas son absolutamente incompatibles entre sí, por lo que se destruyen recíprocamente, produciéndose en estas circunstancias un vacío fáctico esencial en la sentencia, al afirmar como probado algo que conceptualmente no puede estar probado; y 3.- La predeterminación del fallo. Este motivo requiere que las palabras que se empleen en la narración histórica de los hechos estén en la tipología penal con carácter normativo y jurídico, además que la supresión de las mismas, si no pueden sustituirse por otras, originen un fallo sin base histórica.

f) Cuando en la sentencia solo se expresa que los hechos alegados por la acusación no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados. Caben señalar que no basta afirmar que los hechos relatados han sido probados, como asimismo no basta la afirmación de que no lo han sido, lo que realmente se requiere es que en cualquiera de los dos casos se expresen las razones que llevan al tribunal a cualquiera de las dos soluciones, por consiguiente, debería permitirse la posibilidad de recurrir en casación y por este motivo, aquellas sentencias que no expresen mínimamente las razones que ha tenido el juzgador para dar como probados o no los hechos objeto de acusación.

g) Cuando no se resuelva en la sentencia todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa. Este motivo se refiere a lo que en doctrina jurisprudencial se denomina “incongruencia omisiva” Por este motivo se podrá denunciar la violación del principio de correlación entre acusación y sentencia, en el sentido de que se esté

condenando por unos hechos distintos de los que han sido acusados. El principio de congruencia no impone que el tribunal conceda lo que se pide, sino que decida en todo caso sobre lo que se le pide; y esta petición se refiere como es lógico no solo a los hechos sino a una determinada calificación de esos hechos. Sin embargo, no existe incongruencia cuando el tribunal acepta una calificación, pero supone la exclusión de la tesis sostenida por la parte afectada y por consiguiente la eliminación implícita de esta. Por otra parte, se halla en juego el principio de conservación de los actos procesales cuando se entiende que la falta de respuesta en el fallo a la pretensión punitiva, equivale a una desestimación implícita, siempre que no se rompa el equilibrio y la correlación entre lo pedido y el fallo.

h) *Cuando se condene por un hecho punible más grave que el que haya sido objeto de la acusación.* Este motivo permite la condena por delito más grave del calificado por las partes, siempre que se haya preservado el principio de derecho a la defensa, igualmente permite partes siempre que tenga señalada una pena inferior a la solicitada calificación alegada por las partes. Calificar de manera más gravosa o menos gravosa no es incongruencia, si se toma en consideración lo que las partes ha propuesto como objeto del juicio y si se califica todo lo que han propuesto. Lo que la ley preserva es el derecho de que nadie pueda ser condenado sin ser oído y por hechos distintos a los que conforman el objeto del juicio.

i) *Cuando La sentencia haya sido dictada por menor número de magistrados que lo previsto en la ley o sin la concurrencia de votos conformes exigidos por la ley.* Este motivo se encuentra relacionado con el principio de inmediación que debe existir entre el tribunal que juzga la causa y todo el desarrollo del juicio desde el inicio hasta la deliberación y elaboración de la sentencia definitiva. Es nula la sentencia que ha sido deliberada por dos jueces y no tres como establece la ley. En los casos de imposibilidad material de conformación de tribunal no se inicia el juicio hasta que el órgano esté integrado; y si la desintegración surge posteriormente, es causal de suspensión del juicio.

LA CASACIÓN Y LA APELACIÓN ESPECIAL.
ASPECTOS FUNDAMENTALES

Todos estos motivos, según el caso, pueden ser alegados como causales de nulidad tanto en la apelación especial de la sentencia de primera instancia como en la casación propiamente dicha, ya que ambos recursos son en esencia la misma cosa, al establecerse como motivo para su interposición la inobservancia en la aplicación del derecho de fondo o de forma. Lo único que los distingue es que en la casación las normas infringidas deben ser de origen constitucional y la pena aplicada debe ser mayor a diez años de privación de libertad.

En conclusión, en lo que hace referencia a la estructura recursiva prevista en la ley procesal, la apelación especial y la casación han sido instituidas por el legislador con la finalidad de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución, asegurando el respeto de los derechos individuales y las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como el mantenimiento del orden jurídico en cuanto a la uniformidad en la aplicación de la ley penal.



Reglas generales de los medios de impugnación en el nuevo Proceso Penal

Marcos A. Köhn Gallardo¹

1. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 1.286/98, ha organizado estructuralmente al nuevo proceso penal adhiriendo al sistema acusatorio y dialógico, donde el conflicto penal de dos o más personas es acercado al poder jurisdiccional que lo resolverá en el marco de un juicio oral y público (garantía del juicio previo). Se respetarán estrictamente los principios de inmediación y concentración, las pruebas serán producidas en la misma audiencia en presencia del tribunal de sentencia, las partes y la ciudadanía. En medio de todos estos principios y garantías solo pueden ser concebidos medios de impugnación que respeten tales normas.

Así, los medios de impugnación regulados son: El recurso de reposición, el recurso de apelación general, el recurso de apelación especial de la sentencia de primera instancia, el recurso extraordinario de casación y el recurso extraordinario de revisión. El repaso de los nuevos medios de impugnación no debe llamarnos a equívocos. Si bien es cierto, la denominación de los recursos puede ser criticable, -por responder a otros sistemas de enjuiciamiento penal- el desarrollo de las instituciones es perfectamente adecuada a las necesidades del sistema acusatorio de juicio penal.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2000.

Juez de Liquidación y Sentencia de la Sede de Coronel Oviedo. Miembro de la Oficina Técnica para la Implementación de la Reforma del Sistema Penal. Co-redactor del Proyecto de Código Procesal Penal para la República del Paraguay. Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional de Asunción y de la Universidad Católica Ntra. Sra. de la Asunción.

REGLAS GENERALES DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN EL NUEVO PROCESO PENAL

En general, los juzgados o tribunales al momento de entender en los recursos, solo podrán conocer sobre cuestiones de derecho, de lo que se desprende que sus atribuciones son limitadas. Excepcionalmente, podrán convocar a audiencias de producción de pruebas, cuando las partes la soliciten.

2. REGLAS GENERALES.

La ley procesal trata el régimen de las impugnaciones en el libro tercero de la segunda parte, bajo el nombre de Recursos. Precisamente, el título primero regla las normas generales, desde el Art. 449 al 457, inclusive. Este conjunto de reglas preliminares, como su nombre lo indica, son de aplicación común a todos los medios de impugnación. Para una mejor comprensión, reordenaremos los artículos de la ley formal para presentar a las normas generales según un criterio más funcional. Las reglas reflejan principios y normas de aplicación general a todo el sistema de recursos; así, en primer lugar, puede ser referido. el principio dispositivo, las reglas de impugnabilidad objetiva y subjetiva, las condiciones de interposición, el régimen de la adhesión, los medios durante las audiencias orales, los efectos de la interposición, y el principio de la reformatio in peius. Fuera de este título también se encuentra una norma general: La supletoriedad de las reglas del juicio oral y público en las audiencias de producción de pruebas o de fundamentación. En este breve trabajo haremos solo mención de algunos de ellos, por considerarlos los más interesantes.

2.1. PRINCIPIO DISPOSITIVO.

Este principio regula de toda la actividad de los magistrados que conocerán por impugnación de los sujetos procesales alguna resolución judicial. Víctor De Santo², al referir sobre este principio expresa:

² De Santo, Víctor. Diccionario de Derecho Procesal, voz Principio Dispositivo, pág. 283 y sgte., Edit. Universidad, B. Aires, 1991.

“Es aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la acción judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del juez. ... El principio dispositivo tiene dos aspectos: 1) Por el primero, corresponde a las partes iniciar el proceso entablando la demanda y en ella sus peticiones y desistir de ella; 2) Por el segundo, corresponde a las partes solicitar las pruebas, sin que el juez pueda ordenarlas de oficio. Tomando en ambos aspectos significa que corresponde a las partes la iniciativa en general, y que el magistrado debe atenerse exclusivamente a la actividad de estas, sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni a establecer la verdad para saber cuál de ella tiene la razón en la afirmación de los hechos...”.

Este principio trasiega todo el sistema general de los medios, de impugnación, en especial la competencia del tribunal. La regla también es conocida por su formulación latina de *tantum devolutum quantum appellatum*. El órgano jurisdiccional que atenderá el recurso solo tiene competencia según las partes le hayan atribuido, puesto que las partes con su decisión de impugnar (aspecto volitivo: la demanda) el agravio producido por una resolución judicial debe establecer con toda precisión cuales son los puntos³ agraviantes, que finalmente son el límite de la competencia material.

Esta regla no es absoluta, puesto que el tribunal puede transponer este límite formal cuando corresponda la declaración de una nulidad absoluta en el procedimiento, aunque la vía impugnativa no haya sido motivada en aquella, siempre que esté abierta la vía del recurso, pues es conocido que pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado del proceso (Art. 167 CPP).

³ No debe confundirse la exigencia de la formulación de los puntos agraviantes con fundamentación del recurso, puesto que la enunciación de los puntos exige tan solo la motivación del acto. Para mayor ilustración puede ser revisada la obra *Actividad Impugnativa en el Proceso Penal*, de Manuel N. Ayán, pág. 43 y sgtes., Edit. Advocatus, Córdoba, 1999.

REGLAS GENERALES DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN EL NUEVO PROCESO PENAL

La regla se vuelve infranqueable cuando la declaración de la nulidad absoluta solo tendrá como consecuencia un perjuicio contra el imputado, como por ejemplo se podría dar que un imputado haya sido beneficiado con la absolución y el Ministerio Público recurre en apelación especial, sin advertir entre sus puntos de agravio una nulidad absoluta. En este caso, el tribunal con el pretexto de purgar la nulidad absoluta del proceso no puede declarar la nulidad de la absolución y ordenar el reenvío, puesto que estaría violentando la garantía del Art. 12 del CPP.

2.2. IMPUGNABILIDAD.

El nuevo Código Procesal Penal se caracteriza por la taxatividad de sus reglas en materia de impugnación objetiva y subjetiva. La taxatividad objetiva, limita la posibilidad de recurrir únicamente por los medios dispuestos y en los casos expresamente esables en el nuevo Código Procesal Penal. Los medios son los recursos previstos, como el de reposición, y los casos son los supuestos previstos por la ley de forma. Por ejemplo, el sobreseimiento definitivo es recurrible por apelación general (Art. 461, inc. 1º CPP).

La impugnabilidad subjetiva es también taxativa, y se refiere a que la capacidad para recurrir se otorga exclusivamente a determinados sujetos procesales. Esto tampoco es absoluto, puesto que cuando la ley no distinga se entenderá que cualquiera de los sujetos procesales podrá interponer el recurso (Art. 449 CPP).

2.3. ADHESIÓN.

Entre las novedades técnicas de las reglas generales de los medios de impugnación se destaca la institución de la adhesión⁴ (Art. 451 CPP), por la cual se podrá interponer el recurso propio cuando la otra parte lo ha interpuesto, pero de un modo accesorio, ya que el

⁴ Particular interés reviste el artículo de Manuel N. Ayán, El Régimen de la adhesión en el Código Procesal Penal de Córdoba, en Actividad Impugnativa en el Proceso Penal, Edit. Advocatus, Córdoba, 1999.

desistimiento del principal hace caer la adhesión, a partir de la cual se podrá evitar las impugnaciones automáticas, pudiendo observar la conducta de la contraparte para decidirnos conforme a ella.

2.4. EFECTO EXTENSIVO.

A menos que se fundamente en motivos exclusivamente personales, el recurso interpuesto por un coimputado, favorecerá también a los demás. Esto es lo que se denomina efecto extensivo del recurso (Art. 453 CPP). Dicho efecto, en palabras de Jorge L. Arce Viquez⁵ se produce cuando:

“...en los casos establecidos por la ley, un imputado resulta favorecido por el recurso interpuesto por otro coimputado, o por el Ministerio Público cuando recurre a favor de un imputado... El efecto extensivo solo se aplica para favorecer a los imputados y nunca para perjudicarlos, no solo porque este artículo dice favorecerá, sino también por el principio de no reforma en perjuicio (*non reformatio in peius*) ... La doctrina advierte que el fundamento del efecto extensivo radica en la necesidad de evitar una incongruencia jurídica, que resultaría de considerar que un hecho no constituyó delito para el imputado recurrente, pero sí para quien no recurrió. También se dice que esta norma está fundamentada en el principio de igualdad procesal, para que no existan frente a las mismas condiciones del proceso, situaciones diferentes para los interesados en comunidad. Se trata de una excepción imperativa al principio de personalidad de la impugnación que en sede penal se explica por la existencia de un interés público en la aplicación correcta de la ley y en la no contradicción de las sentencias”.

⁵ Arce Viquez, Jorge Luis. Los Recursos, en Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal. 2a Edición, págs. 707/708, Fondo Editorial del Colegio de Abogados, San José Costa Rica 1997.

2.5. EFECTO SUSPENSIVO.

Durante el plazo para recurrir y mientras se tramite el recurso, la resolución no será ejecutada, salvo disposición legal en contrario; es lo que se conoce como efecto suspensivo del recurso (Art. 454 CPP). El mismo escritor costarricense⁶, afirma:

“Un recurso puede ser concedido con efecto suspensivo o no suspensivo; cuando el efecto es suspensivo, la resolución judicial no se ejecuta mientras se tramita el recurso; cuando se concede sin efecto suspensivo, la decisión judicial se ejecuta a pesar de la tramitación del recurso. ... El efecto suspensivo del recurso se justifica por la preocupación existente de evitar que se causen daños irreparables a causa de errores judiciales”.

Por ejemplo, en las resoluciones que dispongan, modifiquen, o rechacen las medidas cautelares, el juez penal deberá conceder el recurso sin efecto suspensivo (Art. 253 CPP).

2.6. REFORMA EN PERJUICIO.

Debe destacarse la formulación normativa de la *reformatio in peius* (Art. 457 CPP), por la cual, cuando solamente la defensa plantea la impugnación, el tribunal no puede agravar la resolución impugnada. Ello es una derivación directa del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas, y por ello funciona solo para proteger al procesado y no tiene vigencia respecto de los acusadores.

Un caso particular se presenta cuando el imputado plantea la impugnación de la resolución, y dentro del término de ley, el Ministerio Público ni el querellante adhesivo no han presentado su impugnación, y tan solo lo presentan durante el emplazamiento a través de la adhesión. Entendemos que el tribunal no lo puede tomar en cuenta, puesto que se desvirtuaría la misma finalidad del recurso, que es buscar la justicia del fallo, puesto que el imputado por temor

⁶ Arce Viquez, Jorge Luis, opus cit., pág. 709.

a las posibles consecuencias de su propio acto ni siquiera querría recurrir ante otro tribunal.

2.7. REGLA DE SUPLETORIEDAD.

En general casi todos los medios de impugnación permiten que las partes o el tribunal puedan convocar a una audiencia oral. La audiencia podrá verificarse para tratar la producción de pruebas o la fundamentación de posiciones. La audiencia de producción de pruebas se deberá realizar con las aportadas por las partes, y con los presentes en el día de la audiencia. La audiencia de fundamentación la podrán solicitar las partes o si existiere obscuridad en los puntos planteados, el tribunal la podrá convocar de oficio.

En ambos casos, las audiencias serán orales y públicas y se regirán en lo pertinente conforme a las reglas establecidas para la etapa de juicio oral y público. La inclusión de esta regla general en el capítulo correspondiente a la apelación especial de la sentencia de primera instancia, no implica que solo pueda ser utilizada para ese recurso, sino que debe entenderse que los demás recursos deben ser beneficiados por la regla (Art. 472 CPP).



El instituto de la remisión como cauce desjudicializador en el régimen penal de la adolescencia

Irma Alfonso de Bogarín¹

*“Los niños y adolescentes son capaces de crecer,
cambiar y mejorar”*

(Principio de humanidad)

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2010.pdf (pág. 17)

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2010.

Presidenta de la Asociación Internacional MERCOSUR de Jueces de la Infancia y Juventud Abogada graduada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Notaria y Escribana Pública graduada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción Doctora en Ciencias Jurídicas. Calificación Suma Cum Laude (Universidad Americana) Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Calificación Suma Cum Laude (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción) Especializada en Derecho de Familia. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral de Santa Fe, República Argentina. Post Grado en Didáctica Universitaria. Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción. Post Grado en Derecho Civil. Universidad de Salamanca – España. Año 2000 Diplomado en Ciencias Penales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. Año 2004. Master en Derecho penal y menores de edad, otorgado por el Centro de Estudios Superiores Especialidades Jurídicas CESEJ. España, Año 2005 Post Grado en Derecho Penal. Universidad de Salamanca – España. Año 2007 Post Grado en Derecho Penal Juvenil – Escuela Nacional de la Judicatura – Santo Domingo, República Dominicana, año 2007. Curso – Seminario sobre Desarrollo de Sistemas Judiciales celebrado en Seúl – Corea. Miembro del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia. Asunción Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción Docente de la Escuela Judicial Paraguaya.

El principio de menor lesividad en el instituto de la legítima defensa

José Waldir Servín¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_3_2010.pdf (pág. 15).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 3-2010.

Especialistas en Derecho Penal y Criminología por la Universidad de Roma “La Sapienza”. Miembro del Tribunal de Apelación Penal, 3ra Sala. Capital.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas en el Paraguay

Delio Vera Navarro¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_3_2011.pdf (pág .29)



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 3-2011.

Miembro del Tribunal de Apelación, Segunda sala penal. Doctor en Ciencias Jurídicas en la Universidad Nacional de Asunción, Calificación Summa Cum Laude.

Garantías en el sistema de responsabilidad penal

Mag. Bettina Ovando Bareiro¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_4_2012.pdf. (pág. 27)



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-2012.

Abogada, egresada de la Universidad Católica Ntra. Sra. de la Asunción. Culminó el curso de Especialización Derecho de Familia en la Universidad Litoral de Santa Fe. Egresada de la Escuela Judicial para Magistrados, Segunda Promoción. Egresada del Instituto de Altos Estudios Estratégicos (I.A.E). Diplomada en Ciencias Penal, I.N.E.C.I.P., Especialista en Derecho de Niñez y Adolescencia, con énfasis en Políticas Públicas. Posgrado en Actualización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia (U.B.A). Defensora en la Niñez y la Adolescencia, de la Capital. Directora de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales del Instituto Stanford.

El estatuto de la Corte Penal Internacional

José Waldir Servín Bernal¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_3_2013.pdf. (pág. 27).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 3-2013.

Miembro del Tribunal de Apelación en lo Penal. 3ª Sala, Capital. Ex Juez Penal de Sentencia de la Capital y ex Juez en lo Criminal del 11º Turno, Capital. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Derecho Penal y Criminología por la Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. Curso de Posgrado Actualización en Derecho Penal, Universidad de la Cuenca del Plata, Argentina. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en el Curso de Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor de Derecho Procesal Penal en el Curso de Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidad del Norte; profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en el curso de Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Asunción; profesor de Derecho Penal en el curso de Doctorado en Derecho de la Universidad del Pacífico; profesor de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Americana; profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Técnicas de Litigación Penal Oral en la Escuela Judicial del Paraguay, profesor auxiliar en la cátedra de Derecho Penal – Parte General, Turno Tarde, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

Teoría de la pena

Inocencia Alfonso de Barreto¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2014.pdf. (pág. 25).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2014.
Miembro del Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia.

Nociones conceptuales iniciales, diversas formas de violencia. Violencia familiar

Dr. Arnaldo Martínez¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_3_2015.pdf. (pág. 25).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 3-2015.

Visión general de la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas privadas y su aplicabilidad en el Paraguay

Prof. Delio Vera Navarro¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2019.pdf. (pág. 25).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2019.
Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de Asunción (calificación Summa Cum Laude). Abogado y Escribano, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.N.A. Doctor Honoris Causa de la Universidad San Lorenzo, UNISAL, por Resolución N° 43 de fecha 11 de diciembre de 2011.

Revisión del Auto de Apertura por la Cámara de Apelación

Gustavo Enrique Santander Dans¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2020.pdf. (pág. 37).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2020.

Abogado, Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Postgrado, Especialización en metodología de la investigación aplicada, Universidad Nacional de Asunción. Doctor en Ciencias Jurídicas de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Escuela Judicial del Paraguay, Postgrado, a nivel de Maestría en Derecho Penal “Parte General y Especial”, así como la Metodología del Derecho y Técnica Jurídica. Postgrado, a nivel de Maestría “Fundamentos Teóricos del Procedimiento Penal y Metodología del Derecho”. Diplomado, en ciencias Penales. INECIP-PARAGUAY. Diplomado en Derecho Constitucional por la Universidad Católica. Ex-Presidente de la Asociación de Magistrados del Paraguay, Ex-vice Presidente de la Federación Latinoamericana de Magistrados.

Derecho y las pruebas

Pericias caligráficas

Dr. Eusebio Villalba¹

Nuestra asignatura tiene varios nombres: En el Uruguay, Argentina. Bolivia, se le llama “Pericias Caligráficas”, en el Brasil “Grafotecnia”; En España “Grafo critica”, en México “La Criminalística”.

La pericia caligráfica, es el estudio de carácter técnico –científico de la escritura manuscrita en forma integral, mediante la cual el experto descubre todas las particularidades gráficas del autor del escrito, considerando diversos factores apoyados sobre conocimientos de orden psicológicos, fisiológicos en los modernos progresos de la óptica y de la química.

Por intermedio de la Pericia caligráfica se puede llegar a conocer profundamente las particularidades grafica del escrito o la firma indubitada y dubitada.

Por intermedio del estudio de cotejo se puede llegar con toda claridad, a detectar la falsedad o autenticidad del escrito y la firma, objeto de estudio.

Con el fin de rememorar conceptos y tener una cabal idea del pensamiento que tienen los diversos autores consultados, con relación a los principios científicos generales de la producción del escrito, menciono a continuación los siguientes:

Felix del Val Latierro, en su libro Grafo critica dice: “La escritura es inicialmente un acto volitivo, pera cae inmediatamente bajo la acción del subconsciente. El consiente piensa, el subconsciente escribe, es lo que explica la permanencia y fijeza de las peculiaridades graficas”. Imaginémonos el trabajo del falsificador por imitación o

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 5-1984.
Economista y Perito calígrafo.

por disimulo. “El falsificador tiene que alterar el proceso de la escritura, transformándola de labor subconsciente en consiente. Tiene que estar atento a lo que escribe y sobre todo, a como lo escribe, luchando a brazo partido con el subconsciente; lucha titánica en la que siempre acaba este por triunfar, especialmente en escritos de alguna extensión”.

Hernán. A Wallace, en su libro “Pericias Caligráficas”, dice: “El escolar adquiere su personalidad gráfica en la misma forma como se aprende a caminar, paso a paso. Así, el niño en sus primeros movimientos inevitablemente imita a los adultos y cada etapa de progreso es un producto de la atención y el conjunto de movimientos se va tornando cada vez fluente hasta llegar a ser enteramente automático y casi inconsciente”.

“El mecanismo psicológico de este proceso de automatización es el siguiente: La escritura no automática del niño está constituida por movimientos voluntarios y por consiguiente requiere como previa la concientización de la imagen en movimiento a ejecutar, esta imagen debe ser íntegramente elaborada antes de que se pongan en movimiento los reflejos orgánicos que generados por ella producirán el dibujo de la letra, la repetición del movimiento voluntario, hace que el mismo se torne cada vez más fácil en su producción, por la disminución de resistencia psíquica y fisiológica al movimiento, en forma tal que la imagen representativa motor se simplifica y necesita cada vez menos elaborada, bastando la concientización de una fracción infinitesimal de ella para desatar los reflejos motores y reproducir el movimiento , se admite en estas condiciones que se ha producido la automatización del movimiento”.

“Ello influye en las posibilidades de descubrir la falsedad, ya que cada falsificador debe vencer su propio automatismo gráfico y producir por movimientos conscientes las formas escritas de automatismo ajeno. Por tal acción psíquica suelen introducirse en la obra manifestaciones del automatismo propio del falsificador, que no puede emanciparse de él, al ejecutar la imitación.

Como regla deben buscarse esas manifestaciones, en los puntos en que comúnmente decae la atención (finales de frases, finales de escritos, rasgos poco aparentes), ya que la falta de imbibiciones voluntarias por lo menos la disminución de las mismas permite una mayor actuación de los automatismos”.

La producción del escrito requiere la concurrencia de tres elementos imprescindibles que actúan en estrecha relación de causa de efecto y hacen el movimiento gráfico de un acto ideo-motor.

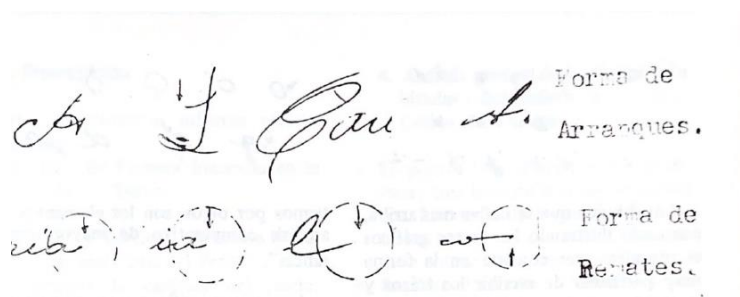
El mecanismo consiente en lo siguiente:

1º Es necesario que la persona haya aprendido el abecedario, que los autores lo llaman: Mentalización de la forma o evocación de la imagen gráfica.

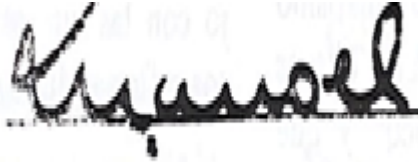
2º Es necesario que la persona sea inteligente, que los autores lo llaman: Planeamiento del conjunto gráfico o ideación del escrito.

3º Es necesario el elemento motor, que es la mano que los autores llaman: Ejecución del escrito por intermedio de los elementos motores del sistema nervioso periférico.

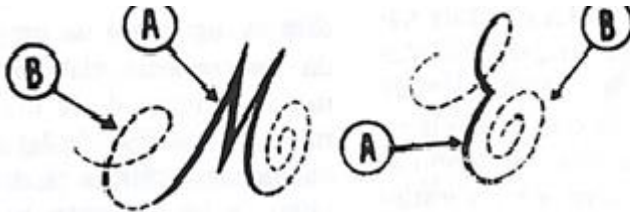
Los dos primeros elementos son cerebrales, que ordenan a la mano de la ejecución de los dibujos que representan las letras, por intermedio de las cuales, comprendemos que la escritura es la misma voz convertida en documento, que es mensaje para los demás, estampada en el papel, merced al elemento escritor utilizado por la mano y dirigido por el cerebro creador, dejando en cada trazo, en cada rasgo y en cada surco la peculiaridad gráfica del escritor.



Las figuras que se hallan más arriba nos indican las distintas formas de bajar la pluma o elemento escritor, al tocar el papel para escribir. Cada persona tiene su propia particularidad grafica al bajar la pluma, que el perito debe detectar por intermedio del análisis, su forma de arranque y de sus remates.



La figura que se halla más arriba nos está señalando que las firmas se componen de golpes gráficos que los peritos deben detectar su permanencia o variabilidad para su estudio de pericias caligráficas. El golpe grafico consiste en la bajada del elemento escrito, su recorrido y su levantada.



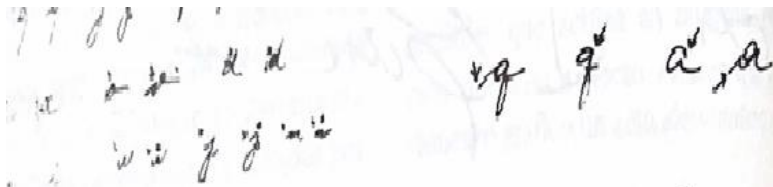
Partes esenciales — B) Partes secundarias

La figura que se halla más arriba, nos está señalando el significado de los trazos y rasgo en las letras manuscritas.

Trazos: las partes esenciales de las letras, son las que dan imagen a las letras, se llama trazos. En nuestro dibujo, la parte de las líneas llenas son los trazos.

Rasgos: Las partes secundarias, es el agregado personal que todo escritor añade al inicio y al final de cada letra, la parte del dibujo personal que agrega a la parte esencial se denomina rasgos.

En el dibujo, la parte con líneas de puntos son los rasgos



Los dibujos que se hallan más arriba, nos están ilustrando los gestos escriturales, que consiste en la forma muy particular de escribir los trazos y rasgos de cada letra del abecedario, que es de conocimiento general que varía de persona a persona.

Los autores dicen que el gesto gráfico, son las características personales que cada escritor introduce a su escritura durante la elaboración de su automatismo y que se producen una resultante que es conocida como en “gesto grafico” y que en definitiva no es más que el estado de automatización individual.

El gesto gráfico, está sometido a la influencia inmediata del cerebro, su forma no es modificada por el instrumento escritor si es este apto. La escritura naturalmente, sino por la introducción de un esfuerzo consciente que se revela en sus trazos. Cuando el acto de escribir se torna más difícil el escritor traza instintivamente las formas que le son mas familiares y mas simples del modo que le sea más fácil de ejecutar, así dice el profesor Hernán A. Wallace en su libro Pericias Caligráficas.

Félix del Val Latierro, en su libro Grafo critica, dice: “todos los movimientos escriturales particularmente ligado al habito y al subconsciente, llamados gestos gráficos por unos e idiotismos por otros son los elementos del análisis comparativo de mayor importancia”.

Los gestos gráficos por ser personalismos son los elementos de la grafía de gran poder individualizador del autor del escrito o firma, razón por la cual es de gran utilidad, detectar los gestos gráficos de

carácter permanente en los escritos o firmas indubitadas para su cotejo con las que se registran en los escritos o firmas dubitativas.

Lo que se expresa en este resumen es una parte del desarrollo del estudio de pericias caligráficas, pues, la enseñanza es mucho más extensa, y se lo efectúa con proyecciones de sladi, sobre la cual se realiza las explicaciones correspondientes siguiendo un programa de estudio previamente elaborado, para obtener el término de la misma el conocimiento científico de las distintas particularidades gráficas escriturales y capacitar a los asistentes para detectar las falsedades y distinguir una firma indubitada de una dubitada.

Como debe presentarse los informes periciales a S.S. Señores Jueces.

Contempla el proyecto los siguientes puntos:

1. Presentación:

Objeto: Presentación informe pericial caligráfico.

Señor Juez de Primera Instancia en lo civil de turno.

E.S.D.

a. Nombre y apellido, dirección y número de matrícula del perito.

b. Mencionar la carátula del juicio

c. Mencionar si es perito propuesto por la parte actora, demandada o si es perito tercero nombrado por el juzgado

d. El informe puede presentarse en conjunto o separado.

2. Gestiones realizadas:

a. Detallar las gestiones realizadas en conjunto, realizado por los peritos, firmando por cada uno ellos.

b. Acompañar acta de trabajo conjunto realizado por los peritos, firmado por cada uno de ellos

3. Firmas puestas a disposición de los peritos:

a. Numerar las firmas indubitadas y dubitadas puesta a disposición de los peritos.

b. Indicar en detalle el origen de los documentos donde se hallan estampadas las firmas analizadas. Sean indubitadas o dubitadas.

c. Para el estudio los autores recomiendan abundancia de las firmas indubitadas o por lo menos:

Firma indubitada anterior a la dubitada.

Firma indubitada posterior a la dubitada.

4. Análisis general de las firmas indubitas y dubitadas:

Cotejo entre ambas

El perito debe ilustrar a S.S, con fotografía o por lo menos con fotografías o por lo menos con fotografía de la totalidad de las firmas indubitadas y dubitadas que se debe cotejar y realizar su estudio.

- a) Realizar el estudio de análisis general de las firmas indubitadas, de las dubitadas y realizar el cotejo correspondiente teniendo a la vista las ilustraciones.

5. Estudio analítico de las firmas indubitadas y dubitadas:

Cotejo entre ambas

En cada punto de su análisis debe acompañar la fotografía o por lo menos de la fotocopia de las piezas analizadas, para ilustrar

a S.S. el Sr. Juez y el mismo pueda seguir el proceso del análisis realizado por el perito.

- a. Estudio de los golpes gráficos de las firmas indubitadas de las dubitadas, y su cotejo. Expresando el resultado del cotejo.
- b. Estudio de los arranques y de sus remates, de las firmas indubitadas y dubitadas y de su cotejo Expresando el resultado del cotejo.
- c. Estudio de la caja del renglón de las firmas indubitadas y de las dubitadas y su cotejo. Expresando el resultado del cotejo.
- d. Estudio de los gestos gráficos de carácter permanente de cada uno de los golpes gráficos, de las firmas indubitadas y de las dubitadas, y su cotejo. Expresando el resultado del cotejo.
- e. Todos los elementos de la grafía que el perito haya detectado en las firmas indubitadas y en la dubitada, realizando su cotejo y expresando el resultado del mismo.

6. Opiniones de los autores en las cuales se fundamenta el informe pericial caligráfico.

a. Debe mencionar el nombre del libro, nombre del autor y la página del libro donde se halla el texto que transcribe, como fundamento.

b. Debe ser autor o autores que estudian el descubrimiento de la falsedad o la autenticidad de la escritura o firma.

c. Puede complementarse dicho fundamento con autores de grafología, que estudia el carácter de las personas por intermedio de la escritura, pero nunca se puede fundamentar solo con autores de la grafología.

7. Elementos usados y conclusión:

a. Debe informar los elementos usados para su estudio, detallando: (Lupa con aumento, aparato de documentoscopio, microscopio, etc.)

b. Resumen de los estudios que le llevaron al convencimiento, para llegar a su conclusión.

8. Conclusiones:

Si existieren cuestionarios presentados por las partes que fuera aprobado S.S. el Sr. Juez contestarlo ordenadamente. Primero el de la parte actora y luego el de la parte demandada.

Este es un modelo ideal de peritaje caligráfico, que recomiendo se utilice para la redacción de los informes periciales, toda vez que se cuenten con los elementos que en el mismo se exigen y todas las veces que pueda ser posible.

El perito como auxiliar de la justicia, debe dar luz donde haya duda para que S.S. pueda apreciar la ley con toda su justicia.

Todas las personas que tengan el deseo de aprender una ciencia deben cultivar el desarrollo del arte, de escuchar y de mirar. Muchas veces, el significado filosófico de una expresión, o la esencia misma del lenguaje y del pensamiento del autor, no está precisamente en las primeras acepciones de las palabras utilizadas al expresarse, elegida muchas veces para confundir o para convencer o para disimular, utilizando en la conversación o el suspiro que se da antes de contestar, o el quiebro de la voz en la conversación, imperceptibles para quienes no hayan cultivado el desarrollo del oído, de la atención y de la vista. Los elementos más importantes que nos ayudan a dominar el arte de escuchar y de mirar son: Atender para aprender, intentar entender, desear, comprender, poner empeño necesario para interpretar, tener la paciencia necesaria para examinar, para el efecto necesario el ejercicio y el entrenamiento continuado, para adquirir el hábito, fijando siempre la atención en todos los detalles, examinar y

mirar con mucho detenimiento, con el propósito firme de captar cuantos hubiere en la misma y así lograra elevar considerablemente su preparación intelectual y conseguirá su objetivo.

Mediante el estudio de la pericia caligráfica comprendemos que la escritura es la misma voz convertida en documento, que es mensaje para los demás, estampada en el papel, merced al elemento escritor utilizado por la mano y dirigido por el cerebro creador, dejando en cada trazo, en cada rasgo y en cada surco, la peculiaridad gráfica de su autor. Por intermedio del análisis se interioriza de las peculiaridades gráficas manuscritas de carácter permanente, que hacen posible por intermedio del cotejo detectar la falsedad o autenticidad de los escritos o firmas dubitadas.



Absolución de posiciones

Prof. Dr. Hugo Allen¹

LA ABSOLUCIÓN Y EL PLAZO DE PRUEBAS.

Más de una vez se ha visto que las partes solicitan suspensión del plazo para alegar, a fin de diligenciar una absolución de posiciones que se halla pendiente. Ello constituye un error manifiesto.

Dentro de un proceso ordinario podemos distinguir los siguientes plazos de prueba:

- a) Plazo ordinario. (Art. 112). Es un plazo legal.
- b) Plazo ordinario ampliado por razón de la distancia (Ley 909). También es un plazo legal.
- c) Plazo ordinario. (Art. 114). Es un plazo judicial.
- d) Plazo para absolución de posiciones: “DESPUÉS DE CONTESTADA LA DEMANDA HASTA LA CITACIÓN PARA SENTENCIA...” (Art. 126). Es un plazo legal.
- e) Plazo para la producción de pericias que requieran “detenimiento o estudio” (Arts. 175 y 177). Es un plazo judicial.
- f) Plazo de alegatos suspendidos (Arts. 119 y 38 Dto. N° 5679). Es un plazo legal.
- g) Plazo de pruebas en incidentes (Arts. 90, 112 y 344). Es un plazo legal.

Ocurre que de hecho se recuerda el plazo ordinario de pruebas como si fuera el único, y por lo tanto cualquier tipo de prueba se piensa que debe ofrecerse y producirse dentro de él.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 17-1986.

En lo que atañe a absolución de posiciones, sin embargo, el plazo de pruebas es mucho más amplio que el ordinario, pues se inicia con la contestación de la demanda (antes de que comience el ordinario) y termina con el llamamiento de “autos” para sentencia, es decir después de los alegatos.

Que el plazo ordinario haya concluido o no, para nada afecta a ese OTRO plazo referido concreta y exclusivamente a la absolución y en consecuencia es improcedente solicitar suspensión del plazo para alegar para producir una prueba cuyo término concluye recién con el llamamiento de autos.

Mientras la absolución esté pendiente, no debe llamarse “autos”, y si se hiciera, el ponente debe ocurrir por vía de apelación contra ella, y no por reposición, ya que tal providencia causa gravamen irreparable desde que -consentida- determina la pérdida del derecho a diligenciar la prueba en primera instancia.

EL PROYECTO.

En el nuevo código procesal, en proyecto, se limita el plazo para ofrecer la absolución. La primera parte del Art. 277 dice: “De la confesión provocada. Cada parte podrá exigir dentro de los veinte primeros días del plazo probatorio, que la contraria absuelva posiciones relativas a la cuestión que se ventila”.

CONTRA QUIEN PUEDE OFRECERSE LA PRUEBA.

Atento a lo prevenido en el Art. 126, “cada parte” podrá “exigir que la contraria” absuelva posiciones.

Esto significa que el actor podrá requerir que se llame, al demandado a absolver posiciones, y vice-versa.

La cuestión que merece mayor comentario se vincula a la absolución de un litis-consorte.

ABSOLUCIÓN DE POSICIONES

Los litis-consortes son los que corren la misma suerte en un litigio, por ejemplo, cuando una demanda se dirige contra dos o más personas.

Sin embargo, el litisconsorcio puede ser exclusivamente formal, o formal y material.

Antes que la demanda sea contestada, los demandados son litisconsortes formales, significándose con esto que ocupan la misma posición formal en el proceso, es decir, ambos son demandados. Si contestada la demanda los accionados sostienen una misma actitud material ante la acción, o ambos se allanan a la demanda) serán litisconsortes formales y materiales. Pero si uno pide el rechazo, en tanto que el otro se allana, su actitud ante la pretensión del actor es antagónica respecto del otro co-demandado. En esta hipótesis habrá un litis-consorcio meramente formal, pero no material. Para distinguir estas situaciones, el proyecto de nuevo código procesal reserva la calificación de litis-consorcio a los litisconsortes formales y materiales, y denomina “compares” a los codemandados que enfrentan en forma diversa la demanda, o sea que compares serían los litisconsortes meramente formales.

Ahora bien, cabe la absolución de posiciones entre “compares” pero no puede peticionarse respecto del “litis-consorte” (formal y material), porque este último no es parte “contraria”.

El Juez, en consecuencia, debe rechazar in-limine toda proposición de absolución de posiciones de un litisconsorte.

La segunda parte del Art. 277 (Proyecto), citado precedentemente, dice: “se considerará también parte contraria al colitigante que asumiere o sostuviere en el proceso actitudes o pretensiones contrarias a las de su compare”.

EL ART. 132 DEL CPCC.

Contestadas las posiciones del pliego, y -eventualmente- las ampliatorias, la audiencia ingresa a una etapa muy particular. En

ella “las partes” podrán hacerse recíprocamente y preguntas y observaciones. También el Juez podrá “interrogarlas” de oficio. Obsérvese el plural de “interrogarlas”.

El Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 1° Sala, en el A.I. N° 212, del 29 de Mayo de 1984, resolvió (por mayoría) que para que el ponente pueda formular “preguntas y observaciones” al absolvente, debía estar presente en la audiencia la parte ponente misma, no solo su representante. Es decir, cliente y abogado, ponentes.

Sin perjuicio de que tal criterio mayoritario pueda ser discutible, advertimos que el Juez no está limitado en los términos del criterio mencionado. La segunda parte del Art.132 es de una riqueza excepcional, porque no obstante la concepción privatista propia de la época en que el artículo fue redactado, traduce claramente la voluntad del legislador de que los jueces civiles y comerciales tengan facultad para interrogar “sobre todas las circunstancias que sean conducentes a la averiguación de la verdad”.

Desafortunadamente esta disposición es letra muerta, en la práctica.

La mayor parte del problema que llevara al Tribunal – 1ª Sala – a interpretar el artículo en la forma antes mencionada, se origina en el hecho de que el artículo habla de preguntas recíprocas (“recíprocamente”).

Para solucionar la cuestión, el Proyecto tiene la siguiente redacción: “Art. 289. Preguntas. Una vez contestadas las posiciones del pliego, y las ampliatorias en su caso, el ponente, por si o por medio de apoderado, podrá dirigir al absolvente las preguntas que juzgue convenientes, con autorización y por intermedio del juez. Este podrá también interrogarlo de oficio, sobre todas las circunstancias que fueren conducentes a la averiguación de la verdad”.



Hacia la correcta producción de la prueba pericial

Prof. Dr. Hugo Estigarribia Elizeche¹

No hay dudas de que la prueba pericial es una de las más importantes en el proceso civil. En algunos casos se constituye en el medio más idóneo para definir un litigio. Conviene tener presente entonces que se hace sumamente necesario conocer a cabalidad el mecanismo establecido por nuestro Código ritual para su producción y, lo que es más importante aún, es fundamental que no se altere dicho mecanismo como suele ocurrir en nuestros Tribunales, porque con ello se desnaturaliza la esencia de la prueba y se la convierte en inocua.

El fundamento de esta prueba radica en la necesidad de proporcionar al juez el auxilio técnico especializado o idóneo de personas o entidades que han profundizado conocimientos sobre la materia de que se trata, ilustrando al Juez sobre cuestiones que no conoce, ni tampoco está obligado a conocer. Decimos esto porque, si bien es dable exigir del juez una cultura general nunca será suficiente para permitirle opinar con autoridad y certeza sobre hechos o situaciones que requieren conocimientos más profundos, que solamente puede poseerlos el perito que ha dedicado su vida a una disciplina determinada y que se halla, evidentemente, en mejores condiciones que el juez para vertir una opinión autorizada sobre la cuestión.

Al ponerse de manifiesto la importancia del auxilio que presta el perito al juez para la mejor apreciación de un hecho, puede comprenderse porqué la pericia aparece contemplada desde antaño en las legislaciones procesales, aunque variando en su concepción y trascendencia, según las épocas y circunstancias. En algunos casos,

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 17-1986.

acordándosele el valor de decisión cuando reviste por sí sola el carácter de juicio autónomo en el que el perito decide con su dictamen la materia discutida, y en otros, los más, como elemento del proceso que, junto con otros, ayudará al Juez a llegar a una conclusión más acertada sobre la cuestión sometida a su decisión.

Sentada la importancia tremenda que tiene esta prueba, debe ponerse énfasis, entonces, en la necesidad de cumplir cabalmente con el mecanismo establecido por el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales, que aún con imperfecciones, cuyo señalamiento no constituye materia de este trabajo, procura asegurar al juez y a la justicia la eficaz producción de la prueba. Por el contrario, la inobservancia de sus normas, lleva, como veremos en seguida, a desnaturalizar la pericia y a convertirla en algunos casos, en una bomba de tiempo para el juez, y en otros, en una prueba inocua a la que no se da valor.

COMO INTEGRAR EL CUERPO DE PERITOS

No es mi propósito analizar en esta oportunidad el mecanismo establecido en la ley ritual para la producción de la prueba pericial en el proceso ordinario, sino simplemente puntualizar que, en la conformación de la espina dorsal de la pericia, cual es la designación de peritos que actuarán en el juicio, se está observando en nuestros tribunales una costumbre perniciosa que, repito, está desnaturalizando la esencia de esta importante prueba. Esta costumbre se ha plasmado en un procedimiento que, conforme se verá, es nulo, porque a más de contrariar la ley, afecta a la estructura misma de la prueba.

En efecto, el Art. 163 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales establece que: “Cada parte nombrará un perito y el juez un tercero, a no ser que los interesados se pusieren de acuerdo respecto al nombramiento de uno solo”. De esta disposición surge claramente que lo que se pretende es que, como regla, el cuerpo de expertos este integrado por tres personas; los nombrados por cada parte (incluidos los casos de litisconsorcio previstos en la segunda parte del

Art. 163) y el tercero nombrado por el juez, admitiéndose dos excepciones a esta regla: 1º) cuando las partes se ponen de acuerdo respecto de la designación de un solo perito (última parte del primer párrafo del Art. 163) y; 2º) cuando se tratare de un objeto de poco valor (Art. 164 Código de Procedimientos Civiles y Comerciales).

Entiendo que el fundamento de esta regla está en la necesidad de que el juez cuente con la opinión, que se presume imparcial, de tres expertos que le permitirán, en oportunidad de dictar sentencia, apreciar con mayor certeza un hecho controvertido. Es por eso que toda práctica tendiente a cercenar el cuerpo de expertos, es perniciosa, y además de ello, no tiene asidero legal. Y esa práctica perniciosa se viene observando entre los profesionales y es admitida por los jueces, en abierta violación de las del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales.

El mecanismo utilizado consiste en que la parte que ofrece la prueba pericial solicita se fije una audiencia para que los litigantes comparezcan a proponer peritos pidiendo además que la audiencia sea fijada bajo apercibimiento de que en caso de incomparecencia se tendrá por perito único al propuesto por la oferente de la prueba. Con respecto a la costumbre de pedir fijación de audiencia para proponer peritos, debo señalar que no tiene apoyo legal alguno ya que no se halla prevista dentro del mecanismo de organización de la prueba pericial, aunque cabe alegar en favor de tal procedimiento, que tampoco está prohibida. Como aspecto positivo puede apuntarse que puede facilitar la conformación del cuerpo de peritos en un solo acto, aunque nunca o casi nunca ello ocurre, ya que el juez, generalmente, designa el perito tercero con mucha posterioridad, con lo cual se desnaturaliza el propósito de economizar tiempo para producir en término la pericia. Agregase a ello la circunstancia de que la fijación de la audiencia depende de la disponibilidad de tiempo del juez, que normalmente se ve recargado precisamente con audiencias varias de testigos, absolventes, en interdictos, juicios de desalojos, etc., lo que, hace que en muchísimos procesos transcurra en su integridad el período de pruebas sin que se llegue siquiera a nombrar peritos.

Pienso entonces, que considerando la laguna de la ley ritual en cuanto al mecanismo de nombramiento de los peritos, y los resultados frecuentemente negativos obtenidos con el sistema que es costumbre en nuestro medio, nada impide que en el escrito de ofrecimiento de la prueba pericial se establezca el objeto de la pericia y el nombramiento del perito, así como su identidad y especialización o idoneidad, junto con la firma del mismo en señal de conformidad para desempeñare el cargo.

De este escrito puede el Juez correr a un breve traslado a la otra parte para que esta a su vez manifieste su conformidad o disconformidad con el perito nombrado por la otra, o con que sea designado perito único, o en su caso, nombrar el suyo con la firma del designado o cuestionar, si cabe, la pericia en sí o algunos aspectos de ella.

Este procedimiento no está prohibido ni altera el mecanismo de integración del cuerpo de expertos. Al contrario, permite ganar tiempo que es sumamente corto para producir la prueba pericial, ya que su engranaje es sumamente complejo. Si logramos eliminar esa audiencia llamada “de proposición de peritos”, se avanzará rápidamente, ya que solo restará la audiencia de juramento, que no puede ser evitada.

PROCEDIMIENTO VICIADO.

Pero lo que es verdaderamente grave, y sobre todo, atenta contra la estructura misma de la prueba pericial señalamiento de audiencia para proponer peritos, bajo apercibimiento de que en caso de incomparecencia será designado perito único el propuesto por la parte que compareciere. En efecto, varias son las razones que pueden destacarse para cuestionar este proceder, a saber: 1) el tal apercibimiento no está previsto en la ley, y en consecuencia, esta creación arbitraria del juez tiene por objeto nada menos que amputar la prueba pericial, no es admisible desde que toda amenaza de sanción procesal debe tener, para su andamiento, su previsión en la ley ritual; 2) en el supuesto improbable que se admita como válido tal

apercibimiento, se está creando con este mecanismo una tercera posibilidad, (el Código Procedimientos Civiles y Comerciales solo admite dos), para que la prueba pericial quede a cargo de un solo perito, con todos los efectos perniciosos que tal situación acarrea; 3) la incomparecencia de una de las partes a la audiencia llamada “de proposición de peritos”, no puede ser interpretada como acuerdo tácito de ella para la designación de perito único. Es sabido que, en derecho, el que calla no otorga ni asiente, a menos que de la ley o de alguna disposición contractual surja que el silencio será interpretado como manifestación de voluntad en sentido afirmativo, cosa que no ocurre en este caso. El Art. 919 del Código Civil expresa claramente que: “El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”, 4) el mecanismo viciado que se está utilizando, constituye una aplicación analógica del Art. 11 de la ley 110 de arancel de abogados y procuradores, en el que para establecer el valor de los bienes inmuebles o muebles para la determinación del monto del juicio, se podrá tener en cuenta, a opción del profesional, la tasación judicial, la valuación fiscal, el valor real que conste en un instrumento fehaciente o la tasación pericial. Y cuando el profesional hace uso de esta última opción, el citado Art. 11 previene que “él o los peritos serán designados en única audiencia con apercibimiento de que, si cualquiera de las partes no compareciere a ella, se tendrá por perito único al propuesto por la otra parte...”.

Como se ve, es ni más ni menos el procedimiento que se está usando en el proceso ordinario. Pero la diferencia sustancial radica en que el procedimiento establecido en la Ley 110, es sumarísimo y previsto para un incidente cuyo único propósito es regular honorarios profesionales, de donde puede inferirse que su extensión al proceso ordinario es totalmente inadmisibles, al margen de que aplicado a este puede servir para decidir la suerte de un litigio en donde pueden estar en juego intereses muy superiores que el referido al simple cobro

de honorarios. Por lo demás, no debe olvidarse que el juicio ordinario, por sus características, permite el ejercicio amplio de la defensa en juicio, principio con el que no compadece el mecanismo que estoy criticando.

No es muy comprensible que el juez acepte automutilarse desde el punto de vista procesal al admitir el procedimiento de referencia, desde que no otra puede ser la conclusión si se piensa que el resultado podrá ser que se encontrará, en el momento de dictar sentencia, con el dictamen de un solo perito (el propuesto por la parte oferente de la prueba), cuya opinión, en muchos casos, (consciente o inconscientemente) tiende a favorecer las pretensiones de quien lo ha nombrado. Entonces, se ve cómo mediante un simple mecanismo, arbitrariamente creado por las partes y admitido por el juez, este no tiene más remedio que aceptar la opinión de un solo perito, cuyas conclusiones no podrá discutir porque carece de conocimiento para ello, por más que así se lo permita el Art. 5° de la Ley N° 662, que consagra el principio de la sana crítica como medio de valoración de la prueba pericial.

Finalmente, considero que el único procedimiento válido aplicable para el caso de incomparecencia de una o ambas partes a la audiencia de designación de peritos, es que el juez supla la inacción del o de los litigantes, designando un perito para cada remiso a más del tercero que le corresponde nombrar por imperio de la ley ritual, con lo que completará el cuerpo de expertos que exige la ley de forma. Este mecanismo no solo no está prohibido, sino que permite cumplir ampliamente con el objeto de la prueba pericial. Y si se lo quiere criticar con el argumento de que convierte al Juez en instrumento para suplir la negligencia de las partes, supongo a esta crítica dos razones plenamente válidas: 1) la prueba pericial, si bien se introduce al proceso instancia de partes, es un verdadero medio de auxilio porque permite al juez conocer y decidir sobre hechos respecto de los cuales sus conocimientos jurídicos no son suficientes y; 2) porque, de algún modo, a la inversa del procedimiento que hoy se estila, el juez puede

contar, en principio, con la imparcialidad de dos, y a veces con los tres peritos que él ha designado.

Entonces si podrá analizar criterios, cotejar concordancias o discordancias, y fallar finalmente con mayor sentido de justicia.



El testigo

Prof. Dr. Antonio Colman Rodríguez¹

La prueba por testigo. Su importancia. El Juez y el testigo. La declaración. El proceso de producción de esta prueba. La realidad del medio ambiente. Valoración del testimonio. Los elementos modernos y su incorporación en la Administración de Justicia.

BREVE ANTECEDENTE HISTÓRICO.

La prueba testimonial, el testimonio o la prueba por testigo, como lo prefiere el maestro Alsina, es una de las primeras de que se ha hecho uso después de la de confesión. Puede afirmarse, igualmente, que en importancia estaba después de esta, históricamente.

En los primeros tiempos en que se tenía en gran respeto la veracidad en el uso de la palabra y la religiosidad del juramento, se consideró a esta prueba como una de las más acabadas, hasta el punto de llegar algunas legislaciones a preferirla a la prueba documental. Perdió prestigio y fuerza cuando en el testimonio se introdujo la mala fe.

IMPORTANCIA.

Bien considerada la prueba de testigos, es una de las más peligrosas, porque en las demás, el Juez puede engañarse a sí mismo, pero en esta, son los testigos los que pueden engañar al Juez. Por eso se ha dicho y con toda razón, que es una de las más peligrosas y delicadas por lo que respecta a su apreciación. Aparte de la forma ma-

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 17-1986.

liciosa en que puede expedirse el testigo, hay que considerar los errores en que puede incurrir por no haber tenido una percepción clara y exacta o no recordar con precisión y verdad lo que aconteció.

ADMISIBILIDAD.

Se admite esta prueba, en todos los casos en que deba probarse hechos, salvo en los casos en que la misma ley se encarga de prohibir su admisión. La regla es su admisibilidad. Se trata de proveer a los litigantes o al Juez, de informaciones sobre puntos no aclarados por documentos.

La regla predicha está fundada en el principio de Bentham, quien exclamaba: “no excluyáis ningún medio de prueba por el solo temor de ser engañados, sino meditadlo y pensadlo bien”.

ACLARACIÓN DE SU ALCANCE.

El error de nuestro Código cuando indica quiénes pueden ser testigos, excluyendo a los que padecen de tachas, ha sido suficientemente aclarado y hoy día se puede afirmar que, como en el caso de las tachas, el valor del testimonio se ha de establecer en el momento del juzgamiento del caso y al considerarse el valor de las pruebas, pues, como decía Bentham, los testimonios no se cuentan, se pesan. Los Códigos contemporáneos ya no caen en ese error. Tampoco el Proyecto.

SITUACIÓN LEGISLATIVA ACTUAL.

Como que perdió, indiscutiblemente, los favores de la legislación, la que a veces, la tiene solo como medio supletorio, aparece, sin embargo, en otras, como el único; o como complemento y excepcionalmente, medio supletorio, como ya se dijo.

RECEPCIÓN DELEGADA- RECEPCIÓN SOLO POR EL JUEZ.

A diferencia de otras legislaciones, nuestro Códigos consagra como regla la delegación para la recepción o examen. El Juez recibirá el testimonio siempre que el examen deba practicarse fuera del Juzgado, pero dentro de la Ciudad donde tiene su asiento y en los asuntos importantes superior a cien pesos fuertes. En todos los casos en los cuales la cantidad es indeterminada y en aquellos por suma inferior, el examen estará a cargo del Secretario, salvo petición expresa de parte interesada, para que lo sea ante el Juez.

De acuerdo con esto, surge la importancia de preparar adecuadamente a los Sres.Secretarios en la técnica de la recepción de esta prueba y la conveniencia de que el cargo sea desempeñado por Abogados.

Otras legislaciones, como se dijo, no admiten la delegación y los testigos deben rendir testimonio ante el Juez. Los que por razones especiales estuvieran exonerados de concurrir ante el Juez, en su despacho, deben indicar el lugar y la hora en que lo harán, y allí estará el Juez. Consagración plena del principio de inmediación.

TESTIGO HABILITADO.

En cuanto al sujeto, una persona puede o no ser testigo, aunque haya tenido conocimiento del hecho porque discrimina entre el habilitado y el no habilitado como testigo.

LA ORALIDAD Y LA INMEDIACIÓN.

Cuando dos personas se encuentran cara a cara, la forma de comunicación natural entre ellas no es el intercambio de escritos, sino el de palabras. De esto está surgiendo que lo primero que se da es la oralidad, en la que, en este caso particular, se presenta subyaciendo la inmediación, principio de considerable importancia.

LA AUDIENCIA.

Las condiciones físicas de ambientación y anímicas deben ser favorables. Estas existirían si las personas vienen con actitud dispuesta a expresar su conocimiento y con disposición favorable a comprender el pensamiento ajeno. La audiencia, el encuentro, debe llevarse a cabo en un ambiente tranquilo y agradable. Propicio para el nacimiento de una relación de confianza recíproca.

El testigo, persona extraña, llevado ante el Juez para relatar su conocimiento de hechos del pasado que los va a reconstruir con sus palabras, se encontrará en un ambiente extraño. Allí todo le será extraño. No está acostumbrado a ese recinto. Sabe que ha sido llamado a decir cosas que servirán para decidir un conflicto. Es consciente de que su responsabilidad es enorme.

Tal como se dan actualmente, los Juzgados y Tribunales se encuentran colmados de expedientes. La infraestructura de cada Órgano Jurisdiccional y es insuficiente. El número de estos no es suficiente en algunos fueros. Se registra un verdadero congestionamiento.

EL JUEZ Y EL CONOCIMIENTO DE LA CAUSA.

El Juez frecuentemente llega a la audiencia sin haber podido leer con atención el expediente. No sabe con precisión de qué se trata y, por lo tanto, no puede saber qué pregunta conviene formular. No puede o tener a criterio decidir sobre la pertinencia y la relevancia de las preguntas que por su intermedio formulan las partes. Anótese, porque parece ser verdad, que el Juez no tiene una adecuada preparación psicológica, con la que, de tenerla, podría todo el provecho previsible de la entrevista. Diferente sería si en cada caso, el Juzgado pudiera seguir las disposiciones de nuestro centenario código, según las que, el día de la audiencia, sin la presencia de los testigos, se leerán el escrito de ofrecimiento, la resolución que admite la prueba, el interrogatorio que se haya presentado. Oportunidad indicada también para que las partes den las explicaciones que les formulen el

Juez o el Secretario sobre los hechos. Se resolverán las cuestiones que se planteen con relación a las preguntas, etc.

CONDICIONES PERSONALES DEL TESTIGO.

La persona del testigo ofrece consideraciones importantes. No siempre saben expresarse bien o no se exteriorizan bien por la perturbación que se apodera de él, pues le perturba la formalidad del ambiente. El despacho es formal. La audiencia es solemne. Todo es sobrio. Le perturba verse rodeado de gente extraña. O le perturba gente con la que no desearía encontrarse.

El lenguaje es extraño y hasta raro y no alcanza a comprenderlo bien. Estoy refiriéndome a la generalidad. No al que consciente y deliberadamente se hace el que no ha entendido o que no comprende.

Cuando declara, le incomoda cualquier ruido, según la terminología de la moderna teoría de la comunicación. Es ruido para él, inclusive el teclear de la máquina de escribir.

Responde a las preguntas con temor, porque el ambiente se impregna de algo que le parece hostil. Esto se apodera de él, aun sabiendo lo que tiene que contestar; aun cuando está sabiendo con mucha solvencia lo que tiene que decir porque es un testigo verdadero.

EL LENGUAJE TÉCNICO Y EL TESTIGO LEGO.

La falta de conocimiento de la psicología que se mencionó juega un papel importante, pues, como no se ambientó la audiencia, no se aflojó la tensión, le resulta difícil entender con facilidad todo lo que allí está aconteciendo. El lenguaje accesible al lego, al común de la gente, sin expresiones técnicas, ni giros rebuscados, constituyen fórmulas ideales. Una vez, allá por 1960, recuerdo, una señora, hija del campo, llegó hasta la Ciudad Capital, detrás de su pleito. No confió del todo en la información de su abogado y creyó que nada mejor que ir al Juzgado, antes de regresar a su pago. Era Secretario un joven estudiante de Derecho. Hoy brillante abogado, profesor, etc. Como

estudiante, lleno de ínfulas, después de preguntarle esta buena mujer sobre su demanda, el futuro hombre de Derecho le respondió así: “De su demanda se le corrió traslado a su contraparte, quien ya la contestó y ahora que se trabó la litis contestatio, la causa está a prueba”. La dama, lo escuchó aparentemente, con mucho interés y después de un significativo silencio, se le salió con esta: “Esta bien. Eso quiere decir, joven, que yo debo ir a meterme en....”. El resto sufrió el furor de la guillotina de la censura, pero queda al arbitrio de la prolífica imaginación de los lectores, suponerlo.

LA ESPONTANEIDAD EN LA DECLARACIÓN.

En el examen del testigo debe buscarse la espontaneidad. Esa espontaneidad se ve interferida cuando, por ejemplo, el testigo no habla el idioma del Juez y debe nombrársele traductor. No es igual cuando el testigo conversa con el Juez, cara a cara y el Magistrado ve reflejado en el rostro del mismo, la propia impresión de lo que dice. Un maestro aconsejaba que el Juez fijase sus ojos en la mirada del testigo, en la que verá la sinceridad o no de su deposición. El traductor verterá las palabras del testigo, sin la expresión, sin el tono del acento, de las inflexiones, sin los innumerables “matices” puestos en sus palabras. Además, la pregunta se formula en español: la vierte el traductor al idioma del testigo. Este contesta y nuevamente su traducción al idioma oficial. Luego, la versión del Juez al dactilógrafo, según como ha entendido él.

Aquí está sacrificándose la eficacia casi no discutida de la intermediación. Acontecerá igual cuando se trata de un mudo, un sordo o un sordo-mudo, pues se traerá a un auxiliar, para que interprete el lenguaje mímico de los testigos sordo-mudos. En uno y otro caso, entre el testigo y el Juez se interpondrá algo que interferirá a la espontaneidad. Si se trata de un mudo que sabe darse a entender por escrito, la pregunta será oral y la respuesta escrita.

Si sordo, la pregunta escrita y la respuesta oral. Si sordo-mudo, pregunta escrita, respuesta escrita. Necesariamente en estos casos, se está menguando la espontaneidad, porque, habría que ver si el

testigo tiene facilidad y fluidez en su redacción. Así y todo, sin embargo, no es lo mismo contestar la pregunta con palabras inmediatamente, que ponerse a contestarla escribiendo. Se dañará la espontaneidad, indiscutiblemente.

TERCEROS EN LA AUDIENCIA.

Se refirió, que era necesario que se adecuara un ambiente propicio, el que no habrá si se acentúa la presencia de elementos que perturban. Y esto ocurrirá siempre que, como es casi habitual, en el despacho se agregan otras personas extrañas. Ocurre cuando aparecen los informadores tomando apuntes de lo que dice el testigo. Relámpagos repetidos de flashes, que encandilan o asustan. Reflectores que aumentan la temperatura ambiente. El testigo ya no sabe si está en el Juzgado, en el Despacho del Juez y ante él o ante interrogadores chinos. Si vino voluntariamente y para colaborar, o fue traído para decir lo que sabe. Esta misma observación vale para el caso de la declaración del indagado, o la absolución de posiciones de las partes.

LOS COMUNICADOS. SU OBJETIVO.

Si el Juez apunta a la Justicia, aquellos apuntan hacia otros objetivos y esos objetivos no tienen otra intención que hacer de ese acto trascendente para la administración de justicia, una cuestión de negocio.

En 1972, en un Congreso Mundial de Magistrados Judiciales, llevado a cabo en Nizza, Francia, el Fiscal de la Corte Suprema de Roma, un tal Pascali, llevó a la consideración del Congreso, el tema de la publicidad de los procesos, especialmente de los penales y ya entonces, reclamó el respeto para la Magistratura, el respeto para el procesado, el respeto para los testigos, porque, decía, se trata de seres humanos, de los que no se podía hacer una mercancía para la ganancia y sostuvo que su reclamo tenía fundamento en los derechos humanos y repudió la práctica corriente su convertir los despachos en una especie de escenario para la comedia, donde el espacio físico se llena de luces, reflectores, etc.

VERSIÓN DE LOS INFORMADORES.

Para peor, no se nota versación alguna en la información que de esos actos se da, porque, para colmo, antes que informadores objetivos u orientadores de la opinión pública, esa opinión pública se forma distorsionada mente, cuando se dice que el Fiscal condenó a fulano a tantos años de penitenciaría; o que el Juez dictaminó en el caso tal, etc.

No estoy pretendiendo que en la información se incluyan expresiones técnicas ni locuciones propiamente jurídicas, sino que, pienso, que ha de hacerse abstracción de los entendidos, porque son más los que no tienen capacidad, por falta de ilustración, para entender una cosa de esas, pero, debe escribirse para la generalidad de la gente, es decir, en un lenguaje que no resulte vulgar para los entendidos, sino con el estilo periodístico, cuya característica se afirma en la relación objetiva de lo que constituye el tema de la información, pero que no se diga, el Juez falló, porque más serán los que con malicia exclamen: "...y cuando no!". Estos señores comisionados a cubrir las informaciones de Tribunales, deberían prepararse, entiéndase esto, que deben tener su formación para poder hacer síntesis de la sentencia, de un dictamen. Estimo que pueden informar que compareció a prestar declaración indagatoria... o testifical, pero no, que fue lo que dijo in-extenso y literalmente, so pena de llevar el asunto al sitio marcado para el lugar de la prensa sensacionalista o prensa amarilla.

EL JUEZ, LA AMBIENTACIÓN APROPIADA.

De nuevo enfocando nuestro estudio al testigo, si, como decíamos antes, todo para él es extraño y todo resulta igualmente perturbador en el ambiente; si al acto se le diera el clima apropiado para lograrse esa confianza recíproca y se minimizaran los elementos negativos de ruidos molestos, etc., el Juez logrará sacar al testigo, a todos, de la fuerte tensión que los oprime, obtendrá con el testimonio, valiosa contribución para el esclarecimiento de la cuestión. Lo que no ocurrirá mientras se siga ignorando las ventajas de la taquigrafía o se omita la incorporación de los modernos estenógrafos.

SITUACIÓN ANÍMICA DEL TESTIGO.

Si el testigo siente al comienzo, la mirada hostil de la parte contraria a quien le había propuesto; si después siente sus espaldas el fuego de esas mismas miradas que queman, no podría lograr aun esforzándose, la espontaneidad, la tranquilidad y el necesario aplomo para decir lo que se sabe.

No es menos tensa la situación cuando en cuestiones de estado o de familia, el testigo debe encararse con parientes o con gente con la que de algún modo estuvo modo vinculado y con quien hubiera deseado no encontrarse nunca, o en todo caso, sí, pero en situaciones diferentes.

PROBABLE SITUACIÓN ANÍMICA DEL TESTIGO DURANTE LA DECLARACIÓN.

En el examen, al comienzo mismo de la audiencia, luego de haber salvado el solemne acto del juramento, que lo debe prestar poniéndose de pie, escuchó que el Juez le advirtió de todo y sigue la cuestión. Luego vienen las preguntas por las generales. Si tiene interés directo o indirecto en el pleito. En un instante mínimo, se alborotan en su mente una enorme cantidad de preguntas: ¿A qué interés se referirá? ¿Al interés que tengo personalmente en colaborar con la justicia, aportando lo que sé? ¿A que tengo interés en que gane quien me propuso? ¿Qué pasará si contestara que tengo interés? Si, por el contrario, dijera que no tengo interés; entonces, ¿para qué vine? ¿Qué pasará si contesto que no? En este caso, es menos probable que ocurra nada desagradable, sigue pensando. Pero si la respuesta hubiera sido que sí, salta el abogado del otro y anuncia que pide se deje constancia de la reserva de derecho que tienen porque tachará al testigo. No interesa si la intervención es extemporánea. Mientras, el testigo no entiende, ni alcanza a comprender nada, salvo que su suerte podría ser una desgracia, porque no debe ser cosa simple eso de TACHAR. Lo menos que él está suponiendo es que tal cosa sea el equivalente al fusilamiento del condenado. Piensa, además, “para qué se metió en este lío” y reniega del maldito momento en que aceptó ser

testigo. Luego de esta escaramuza entre los abogados y el Juez, sigue la audiencia, pero en un ambiente con temperatura subidísima. El Juez, que no traduce en explicaciones sencillas esta pregunta, continúa y le inquiera si no es amigo íntimo o enemigo.

¿Cuándo es amigo y cuando se es amigo íntimo?

Para ser testigo, ¿qué se debe ser, respecto de quién? Es probable que amigo. Porque es imposible pensar que se deba ser enemigo. Pero cuando él acababa de decir, que si, que era amigo, nuevamente el salto interceptador del abogado que nuevamente pide su descalificación y etc... Realmente, más que en ninguna otra oportunidad del proceso, el papel del abogado como auxiliar de la justicia aparece exigiendo de él que asuma su rol protagónico de tal, puesto que con su concurso leal y su conocimiento profesional y experiencia debe ayudar a que el Juez cumpla con su misión con su obligación de resolver el caso con una sentencia justa, legal, ajustada a Derecho.

EL CÓDIGO DE PTOS. Y EL ACTO DE LA DECLARACIÓN TESTIFICAL.

El Código enseña que todas las pequeñas contiendas a que haya dado lugar la deposición de un testigo o la persona de ese testigo, deben ventilarse y resolverse ausente el testigo.

Viene al caso preguntarse, ¿si en tales o análogas circunstancias puede el Órgano Jurisdiccional, examinar a solas al testigo, para asegurar la eficiencia de la comunicación? La cuestión es delicada. La duda se suscita respecto de la compatibilidad entre la deposición sigilosa y la garantía de la contradicción.

Dijimos al comienzo que se trataba del medio probatorio más simple, sencillo, pero muy difícil de valorar. Por un error muy extendido, se había estado manejando el concepto de que la prueba es de quien la ofreció, en contradicción flagrante con el principio de la comunidad de la prueba o de adquisición. En nuestro viejo Código de Procedimientos, aunque no lo dice expresamente, resulta de su texto, que rige ese principio. Diligenciada, la prueba es de la justicia. Por

eso, las partes están habilitadas a formular al testigo, PREGUNTAS, PREGUNTAS AMPLIATORIAS Y PREGUNTAS.

Un aspecto interesante a recordar es aquello de la PREGUNTA SUGESTIVA, en la que la respuesta va inspirada o sugerida. Modalidad repudiada por la doctrina y rechazada por la jurisprudencia. Se busca siempre las respuestas espontáneas, las que son posibles, cuando se las recoge casi inmediatamente después de ocurrido el acontecimiento. Se dice que el testigo es “oído”, no interrogado, como lo es el procesado. Para oírlo, se le pregunta y él debe relatar el acontecimiento que haya conocido o sabido mediante la percepción de sus sentidos o que describa lo que haya visto, cuando se trata de describir un objeto, etc.

VALORACIÓN DE ESTA PRUEBA.

Nuestro Código consagra para la valoración de esta prueba, “las reglas de la sana crítica”, sistema elogiado y aun no superado hoy día. Pero dijimos al comienzo, que se trataba del medio probatorio difícil de evaluar, porque el hombre, con todo el progreso de la ciencia, de la tecnología, sigue siendo un ser de complejidades misteriosas.

Tanto es que el Juzgador, debe informarse no solo de lo que haya dicho el testigo sino mucho más respecto de él mismo, porque bastará con que fuera uno de esos que padecen de “pseudología fantástica”, mal que caracteriza la inclinación patológica a la mentira, para que, de advertirlo, no lo induzca ciertamente a juzgar erróneamente.

OBJETIVIDAD O SUBJETIVIDAD DEL TESTIGO.

Si bien es cierto que el testigo se convierte como sugiere un autor, para afirmar que la deposición escrita, por oposición, es una prueba muerta, obtenida con juramento de quien la presta, el que equivale a un llamamiento a la conciencia, con invocación expresa o no a Dios, a una divinidad o a aquello que se tiene por sagrado, es

harto difícil su evaluación, para establecer su grado probatorio; pero sigue siendo un medio del cual es imposible prescindir. Existe una abundante literatura procesal sobre ella y en toda domina el criterio de que esa tarea es compleja, porque, el error de apreciación de un acontecimiento, como testigo solo debe relatar, generalmente lo conduce a de un hecho, o la facilidad del hombre de opinar, cuando pierde su objetividad. La Fontaine, describe con maravillosa propiedad, en su fábula: “Las Mujeres y el Secreto”, el abultamiento del error al pasar de boca en boca.

El maestro Couture, en un trabajo publicado en J.A., demuestra eso mismo, por medio de una experiencia que llevó a cabo y que consiste en lo siguiente: Ocurrido un hecho, al 3er. día del suceso, examina el testimonio una persona que había presenciado lo ocurrido. Repitió el examen con el mismo testigo, 15 días después. La diferencia entre uno y otro testimonio, era muy levemente perceptible. Nuevamente examinó al mismo testigo y con el mismo interrogatorio, tres meses más tarde sobre el mismo hecho, lógicamente. A partir de aquí y repetida la operación, a 6 meses, a un año; año y seis meses; 2 años y finalmente a dos años y seis meses, de la comparación entre todos los testimonios, la diferencia fue significativa. Mejor, muy marcada, pues la versión ya no tenía parecido con lo que se dio muy al comienzo. Se trataba de un testigo de 40 años de edad.

Trabajo importante con el cual demuestra que la prueba, aunque sencilla, al evaluarla debe tenerse en cuenta la edad, grado de instrucción, condiciones psíquicas, emotividad, aplomo, equilibrio emocional, etc., pues, para que resulte provechosa, se sostiene que “más vale un buen testigo que muchos mediocres”, o que un solo ojo merece más crédito que dos orejas, porque el oído está más sujeto a error que la vista.

CONCLUSIÓN.

Siendo un medio que se admite en todos los casos, siendo su importancia innegable y puesto que del mismo no puede prescin-

dirse, porque, obviamente, es imposible suponer que todo podrá instrumentarse, debería adoptarse las medidas que sirvan de correctivo a las cuestiones que se indicaron. Entre esas medidas deberían incluirse el aumento del número de Juzgados, con lo que se logrará, un descongestionamiento sensible de expedientes y permitirá a los Señores Jueces informarse de cada caso. Preparar el ambientes apropiado para consolidar las bondades de los principios de oralidad e intermediación, en busca de la deseada espontaneidad de la declaración y mirar el futuro con la incorporación a la infraestructural Judicial de los elementos que la tecnología ha puesto al alcance de todos, para que el Juez pueda interrogar u oír al testigo o el mismo Tribunal, mediante el registro de las declaraciones en video-cassettes, porque todo es posible, según vele optimismo de quienes piensan constantemente en el perfeccionamiento de los mecanismos de la Justicia.



Reflexiones sobre el testimonio en sede penal

Dr. Sixto Milciades Rivas Soler¹

Ante recientes apariciones periodísticas de una posible confusión o error en la persona autor de un crimen en nuestra Capital, y de testimonios supuestamente causantes del error, me ha movido a hacer algunas consideraciones sobre el testigo y su prueba, el testimonio.

Comúnmente se considera testigo a la persona que presencia o adquiere conocimiento de un hecho o de una cosa por diversos medios y circunstancias. Pero jurídicamente hablando, el testigo, como lo define Florián, tratando de incluir en el concepto los elementos indispensables, mínimos que sirven para caracterizarlo, “es la persona física, llamada al proceso penal, a decir lo que sabe sobre el objeto del mismo, con un fin de prueba”.

Al expresarse que el testigo es la persona física llamada al proceso se pone de manifiesto el momento en que la persona citada adquiere la calidad y el carácter de testigo, con todas las cargas y todas las facultades que derivan de ese carácter, no importando, bajo este aspecto, que la persona citada esté o no en condiciones de referir percepciones y circunstancias susceptibles de interesar al proceso penal.

Testigo -dice Alsina-, “es la persona capaz, extraña al juicio, que es llamada a declarar sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos”.

Para unos la palabra testigo deriva de testando, que significa referir, narrar, etc.; para otros viene de testibus que equivale a dar fe de la veracidad de un hecho. La prueba testifical ha sido y es el

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 23-1988.

más antiguo y más natural instrumento de investigación en la administración de justicia, y a veces es él solo que puede ser adoptado. Y este carácter lo conserva todavía en el proceso penal, porque puede haber procesos civiles en que no sea necesario utilizarse, porque se trata de probar actos jurídicos, que al preestablecerlas la ley de fondo que los regula, una forma determinada de realizarse, no pueden probarse sino por los medios pre-establecidos.

La peculiar actividad que el testigo desarrolla en el proceso, constituyéndose en órgano de deber prueba, importa el cumplimiento de un legal, amparado con tutela jurídica. La necesidad de los testigos para la comprobación de los hechos en el proceso penal, es la razón de este deber, pues sin el concurso de ellos los hechos no podrían comprobarse, tan ligados como están a ellos. La prestación del testimonio es uno de los medios necesarios para el ejercicio de la jurisdicción penal, y en definitiva, para la realización del derecho penal.

Impuesto pues, por la necesidad de administrar justicia, el deber testimonial alcanza a todos los habitantes del país, con las excepciones establecidas por las leyes. Lamentablemente hasta hoy el Juez sigue siendo el mudo e impotente espectador de los falsos testimonios y de la inseguridad que ofrece este medio de prueba, tanto en procesos penales como en procesos civiles cuando en estos últimos son necesarios. Sus consecuencias negativas son más resaltantes obviamente en la justicia penal, en la que no se ha comprendido aún cabalmente el peligro de las falsas deposiciones.

Existen testimonios conscientemente falsos y existen también los llamados testimonios de buena fe. Ambos sin embargo, son una de las causas en potencia para los errores judiciales. El número de los perjurios es muy superior al que suponemos y suponen también la mayoría de los jueces, aunque son conscientes de que en algunos casos deben fallar con aportaciones de testimonios falsos, en consideración a circunstancias meramente formales. Lógicamente los perjurios que terminan siendo penados -si los hay-, representan solo una fracción de los realmente cometidos, ya que la mayoría de ellos no

puede demostrarse fehacientemente, o porque no se inicia causa por otras razones, pero mientras, constituyen peligros, y de cuidado.

Se piensa que no basta que el Juez establezca si el testigo quiere decir la verdad; debe examinar si puede decirla y si efectivamente está en condiciones de saber lo que cree saber. Los testimonios deben ser examinados con sabiduría, con minuciosidad de un psicólogo, adentrándose en la misma personalidad del testigo, hasta en sus más ínfimos detalles. La inseguridad de las declaraciones de buena fe se ve aumentada por la sugestión, la que puede ser producida por las preguntas concretamente sugestivas, por la presencia de las partes, por la presencia de personas a quienes no desearía verlas nunca, y mismo a veces, por preguntas capciosas o pocos claras hechas por el propio instructor, el Juez. Claras veces se vuelve, que esta sugestión que a colectiva, más se producen en procesos sensoriales, donde la prensa gran aliada, que informa sobre estos procesos de manera sensacionalista, no se percata de la responsabilidad con que carga por influir así sobre los jueces, testigos, peritos, etc., etc. A veces la parte acusadora contribuye a acrecentar esa sugestión, aprovechando la influencia de la prensa, la que ha ganado terreno, ponderación y se presta con facilidad, pues las noticias sensoriales sobre crímenes, son atractivas a los lectores y son bien mirados comercialmente por los empresarios.

Los errores judiciales más frecuentes y de más negativas consecuencias, causadas por declaraciones de testigos hechas de buena fe, pero equivocadas, son los casos en que son desnaturalizados los hechos y, por tanto, la verdad real se aleja, se diluye. Y mucho más peligroso aún resulta el error de reconocimiento, ya que puede hacer aparecer una persona completamente distinta a la buscada y consecuentemente una condena o absolución equivocada, injusta, por tanto, y el perjuicio tremendo imprevisible e irreparable. Particularmente en nuestro medio, por fortuna el error en la persona no es común, y aparece, así como el caso comentado, esporádicamente, claro está en los casos graves o de trascendencia. En los delitos con fines sexuales y contra el patrimonio se producen con más frecuencia, pero

en los países de población muy intensa, por el contrario, es más común ver víctimas que caen bajo la condena y que nada tienen que ver al hecho que se le imputa.

Es necesario pues, no solo que el Tribunal comprenda el peligro que encierran estos medios de prueba, sino que sean valoradas y controladas con severidad y con la misma importancia que cualquier otro medio de prueba. Cuando más frágiles sean las pruebas y más expuestas al error, dice Gorphe, mayor es la obligación del Juez de controlarlas. Esta es una regla de oro que obliga particularmente en materia de testimonio, porque en ella el error es un elemento normal y constante.

La ciencia ha demostrado, y fundamentalmente la psicología experimental, que el testigo no sujeto a error no existe, y los anales judiciales lo comprueban a través de numerosos casos bien conocidos, principalmente en materia penal, de condenas fundadas en testimonios que posteriormente resultaron desvirtuados. Y ni qué hablar de casos en que los procesados han obtenido tempranamente una revocatoria, una libertad por sobreseimiento libre y hasta por absoluciones. Cualquiera de los casos es perjudicial, o sea que lesionan las buenas intenciones de la justicia.

El testimonio pues, se trata de una prueba esencialmente subjetiva, cuyo valor depende no solamente de las condiciones morales del testigo, sino de numerosos factores relacionados con su modalidad psíquica, con el objeto de su declaración, con la claridad de su exposición, con la espontaneidad de su deposición. Hasta ahora -dice Alsina-, solo se había tomado en cuenta la vieja distinción entre el error voluntario, o sea la mentira, y el error involuntario, o sea propiamente tal, para configurar con el primero el delito de falso testimonio; pero no se había tenido en cuenta el segundo para valorar la declaración como prueba. El error voluntario requiere, como elemento esencial, el dolo, y bajo este punto de vista, la ley lo castiga teniendo en cuenta el peligro que significa, ya que la mentira se presenta siempre con apariencia de verdad y su semejanza es tanto mayor cuando sea la habilidad del testigo.

Pero no es menos peligroso el error involuntario, proveniente de una defectuosa percepción por trastornos sensoriales, o de incapacidad de comprensión (errores en las estimaciones de cantidad, calidad, tiempo, espacio, etc.) que la buena fe del testigo hace generalmente imposible advertir. De ahí la necesidad de una construcción científica de la crítica del testimonio, que permita establecer las causas permanentes y transitorias de error, dejando al descubierto la parte de verdad que contenga. No basta prevenir para que el testigo mismo no se haya engañado. Por consiguiente, además de las precauciones necesarias para asegurar la probidad del testigo, habrá que sistematizar algunos principios sobre las causas probables de error en la formación del testimonio y sus modos de determinación. Los peligros de la prueba testimonial constituyen una preocupación del legislador de todos los tiempos, pero se ha limitado a considerar el problema únicamente bajo el primer aspecto. Su técnica es la bien sencilla y consiste principalmente en exclusión de ciertos testigos (descendientes, cónyuge, en la recusación de otros, tachas, en las limitaciones a la admisión de la prueba testimonial, en la formalidad del juramento, etc.).

Para resolver el segundo aspecto del problema, en psicología se ha propuesto diversos medios, como el peritaje de credibilidad, que consiste en determinar mediante un examen mental del testigo el grado de crédito que merece, constatado en un certificado; los distintos aparatos destinados a medir las reacciones nerviosas del testigo, como el automógrafo, el retinógrafo, el neumógrafo. Este último por ejemplo, registra los movimientos respiratorios que guardan correspondencia con los sentidos, pues se afirma que el placer hace la respiración más fuerte y más rápida, el dolor la torna más débil y más lenta.

Pero aparte de que ellos solo tienen aplicación en el momento en que presta el testimonio, resultan insuficientes ante la complejidad de la naturaleza humana, y así podrían descubrir al que miente, pero no al que se equivoca de buena fe. La doctrina está conteste en

que para fijar el valor del testimonio es indispensable el peritaje psicológico; pero como no sería posible someter en cada caso al testigo a prueba técnica, salvo cuando circunstancias especiales lo requieran, por ejemplo, si la declaración del testigo fuera decisiva en la causa y hubiera motivos para suponer alguna anormalidad.

“Se ha tratado de suministrar al magistrado ciertas nociones fundamentales sobre la materia, aun cuando el conocimiento completo solo puede proporcionarlo el estudio de la psicología. El testigo es un sujeto vivo que reacciona de distinta manera según las circunstancias, y por consiguiente, deben tenerse en cuenta los factores siguientes: Idoneidad, moralidad; intelectualidad; afectividad; estados psíquicos. Con relación al contenido, el Juez debe examinar las siguientes circunstancias: Verosimilitud; concordancia; exposición; razón del dicho”. Autor citado, Derecho Procesal, T. III, pág. 528.

Tanta es la importancia del testigo en materia penal, que el legislador jamás podrá proscribirla, pues constituye un medio eficaz sobre todas las cosas, para llegar a una cabal investigación del delito. Solo que el Juez debe saber aprovecharlo. El Profesor Víctor B. Riquelme, citando a J. Benthan, dice que “los testigos son los ojos y oídos de la justicia. Desde que existen los hombres y desde que tienen la pretensión de hacer justicia se han valido del testimonio como el más fácil y más común de los medios de prueba”.

Máximo Castro decía también que “en los últimos tiempos se han hecho sobre el particular importantes estudios, con ayuda del método experimental, para fijar la fe debida al testimonio. La importancia de la cuestión relativa a la psicología del testimonio, ha sido reconocida por la Unión Internacional del Derecho Penal, que ha puesto a la orden del día en la Asamblea de Bruselas de 1910. Son célebres las investigaciones de Binet y Calaparede, habiendo llegado a afirmar este último, que un testimonio fiel no es la regla sino la excepción. También se han analizado las distintas formas del testimonio patológico, con su necesaria secuela de errores inconscientes,

provenientes de histerismo, la mitomanía, la sugestión, la autoacusación, el alucinamiento sensorial”. Autor citado, Procedimientos Penales, T. II, pág. 308.

Y se lee nuevamente en Víctor B. Riquelme “La apreciación del testimonio conforme a las reglas de la sana critica, dice el maestro español Niceto Alcalá Zamora y Castillo, se traduce fundamentalmente en un juicio psicológico, acerca de la credibilidad de la declaración prestada, que depende de múltiples factores sensoriales conscientes unos (interés, odio, efecto, venganza), y son ellos los que arrastran al falso testimonio; e inconscientes y patológicos otros. En general un testimonio, absolutamente fiel, aun en personas de excelente memoria, que podrían haber sufrido algún error de percepción, es extraordinariamente raro. Edad, sexo, cultura, posición social, temperamento, profesión, estado de salud física, incluso el clima, las estaciones del año, y las horas del día en que se presta, etc., son factores que influyen sobre el testimonio, y que hacen de todo punto indispensable que el juzgador conozca la psicología correspondiente, a fin de obtener los mejores resultados de la apreciación del mismo”. Instituciones de Derecho Procesal Penal.

Por su parte, el laureado profesor Nicolás Framarino, expresa que “para que el hombre, como pide la general presunción de la veracidad humana, narra la verdad que ha percibido, es preciso que no se haya engañado al percibirla, y que no quiera engañar al relatarla. He aquí las dos condiciones que deben darse como inherentes al sujeto del testimonio, y sin las cuales no puede inspirar fe. Para que el testigo, pues tenga derecho a ser creído, es preciso: 1º) que no se haya equivocado; 2º) que no quiera engañar. El testigo que por condiciones intelectuales o sensibles no puede percibir o percibe falsara de mente, es inidóneo por deficiencia en la percepción de la verdad. El testigo que por condiciones morales, se ve casi fatalmente inclinado a engañar, es inidóneo por defecto de la voluntad hacia la verdad. Son testigos idóneos aquellos que se supone que sabe percibir la verdad y que quieren decirla”. Autor citado, Lógicas de las Pruebas.

El testimonio como el reconocimiento, son aportes importantes en la investigación del delito. El Juez debe saber cuan difícil y peligroso resulta identificar a una persona; los testigos son los más expuestos al error. La pesquisa policial es solo un elemento coadyuvante, de valor relativo. Las declaraciones de los testigos no deben ser aceptadas por el Juez lisa y llanamente. Deben exigirse las mismas condiciones exigidas para la valoración de los testimonios y ser cauteloso, meditado para la identificación. Debe tener presente que una ligereza en los testigos puede poner al borde de la condena a un inocente. Cualquiera de nosotros corre el riesgo de ser reconocido equivocadamente a causa de un parecido remoto con el verdadero delincuente y aún sin tener parecido alguno con él y ser acusado de un grave delito. Debe verificarse minuciosamente la capacidad visual de los testigos, su distancia del objeto de observación, su estado de ánimo, las condiciones de luminosidad y el tiempo que duró la observación.

En cuanto a los testigos que han presenciado un hecho, debe tenerse presente que es casi común que perciban de una manera y lo relatan de manera distinta, y ello por diversas circunstancias. Solamente un virtuoso, capaz, inteligente puede reproducir textualmente lo que ha presenciado o ha oído. A veces un excesivo celo de perfección le puede hacer caer en contradicción. El Juez en esa circunstancia, con su actuación prudente, inteligente y capaz puede salir airoso.

Es hora que nosotros los jueces reconozcamos la importancia que tiene la prueba testifical, y con la responsabilidad de Juez de prueba y de sentencia, concedámosle la atención que se merece, como una prueba de singular valor.



La pericia y su valor probatorio en el Proceso Penal

Dr. Sixto Milciades Rivas Soler¹

Pedro Ellero no considera al dictamen judicial como una prueba, sino el reconocimiento de una prueba ya existente. Es un medio subsidiario -dice- de la inteligencia del juez, auxiliándolo al modo como los anteojos auxilian al sentido de la vista. Ver juicios criminales.

No obstante, se encuentra enumerada entre las pruebas y así se afirma que la pericia es un medio de prueba, verdadero y propio en cuanto sirve para proporcionar al juez conocimientos de un objeto de prueba de naturaleza peculiar, de manera que el perito ha de considerarse como un órgano de prueba.

Manzini lo define a la pericia como una “declaración útil para valuación de un elemento de prueba entregada al juez por personas (peritos) distintas de aquellas que por otros títulos intervienen en el proceso penal, acerca de observaciones efectuadas durante el proceso, alrededor de hechos o cosas surgidas de tal delito.

Y, ¿cuándo se recurre a la pericia? Cuando el Magistrado se conceptue incapaz de juzgar por si mismo una cosa cualquiera. Existen situaciones determinadas o circunstancias procesales en que el juez se halla frente a hechos, acontecimientos o cosas para cuya aceptación, relevancia y examen se requiere la utilización de ciertos medios o procedimientos técnicos que él no posee, y por virtud de los cuales le serán puestos en evidencia para poder ser apreciados libremente por el juzgador. A veces, también es menester precisar la com-

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 24-1988.

Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial – 1ª. Sala Capital.

probación de determinadas circunstancias del hecho, conocer las relaciones de causa a efecto; desentrañar su etiología y origen etc., circunstancias a los medios y conocimientos que el juez posee en la medida de un hombre normal, y que pueden ser explicadas o reveladas por personas que tengan ciertos conocimientos técnicos, científicos o artísticos etc.

De ahí surge para el juez la necesidad de recurrir a la intervención y conocimientos de dichas personas, denominadas peritos. Su misión consiste en interpretar el objeto de la prueba, o dar la noción completa o integral de ese objeto en su aspecto técnico, ya se trate de un hecho o de una cosa; inspeccionar y realizar indagaciones sobre un objeto, lugar, persona, etc. de tal suerte que facilite la interpretación, apreciación y juzgamiento por el juez.

Se critica, sin embargo la forma de apreciación y valoración de los dictámenes periciales. Se aconseja su examen con sentido objetivo y lógico, pues, en casi todas partes se tiene ciega fe en la sabiduría y honestidad de los médicos forenses y demás peritos, cuando que en realidad los conocimientos del mérito forense no son superiores, sino por lo general muy inferiores y rutinarios en comparación a peritos particulares. Son más profundos los conocimientos que tienen en su especialidad un ginecólogo o psiquiatra, sobre todo si es profesor universitario, que un médico forense que debe dictaminar por igual en todas las ramas de la medicina legal.

Existen y han existido siempre dictámenes equivocados que son aceptados por esa ciega fe de los tribunales en el perito, sobre todo forense y la falta de instrucción debida en materia de criminología. Si se echara mano a los tratados de medicina legal y otras ciencias auxiliares de la criminología se estaría en mejores condiciones de combatir los errores de los peritos. En la tarea investigativa, a veces, el juez puede encontrar en el defensor a un gran aliado para la buena conformación de los dictámenes periciales, pues se supone que ante un dictamen dudoso, pondría en prueba todo su saber y su experiencia para evitar dictámenes que no se ajusten a la verdad real.

Es especialmente grande el mal que suelen ocasionar los peritos calígrafos, -con frecuencia en la jurisdicción civil- encargados del cotejo de letras. En ninguna otra especialidad hay tantos peritos que hacen alarde de erudicción, pero que sin embargo, emiten dictámenes equivocados o interesados, que se alejan de la verdad. Casi común que los peritos respondan a la parte por la que fueron propuestos; luego la labor del tercer perito decide la suerte valorativa del dictamen así obtenido. El muy usado método del cotejo de letras aisladas, trae aparejado el peligro de grandes errores, aunque el perito haya tenido buenas intenciones y haya puesto de sí su saber y su conocimiento técnico; por eso al considerarlos, los tribunales deberían tener siempre presentes las palabras de un gran profesor francés Daguesseau “el cotejo de letras es tan solo un argumento, un indicio, una hipótesis probable, y nada es más fácil, o mejor, más frecuente, que equivocarse al realizarlo”.

Se quiere que el médico forense sea un profesional de vasto conocimiento, porque la falta de competencia, encarecen los juicios, pues necesariamente deben recurrirse a los servicios especializados y a profesionales entendidos en cada materia. Es que la gestión del perito tiene su importancia y mucho más en los casos criminales calificados, donde la opinión pública juega un rol preponderante; controla la actividad del juez y de las partes y a menudo se muestra reacia a que se declare, por ejemplo, insano, al acusado y se lo exima de pena. De ahí pues, se debe agotar los recursos humanos en materia de conocimientos, y analizar con criterio crítico y objetivo los, dictámenes, los que deben ser emitidos científicamente, con ilustrada explicación de las conclusiones y sobre todo con absoluta honestidad.

Ampliando sobre la naturaleza y alcance de las pruebas periciales traemos lo que nos dice Nicolás Framarino: “la prueba pericial es testimonio, pero de un orden especial. Distinguese del común sobre todo porque, al revés de este, tiene por objeto la percepción de cosas no perceptibles por la generalidad de los hombres; he ahí la primera y fundamental diferencia entre ambos testimonios. Pero de que el pericial tenga por objeto la cosa indicada, síguese también

como consecuencia, que no es un testimonio que pueda darse por quien quiera que eventualmente se haya encontrado presente al hecho. Es preciso de capacidad especial, y para que estas acudan es necesario invitarlas. He aquí otra diferencia: el perito es testigo elegido post fáctum, el testigo ordinario es testigo obtenido in facto. En su virtud el primero es sustituible y el segundo no. Pero si es el perito un testigo que se elige post factum, se comprende que no puede ser llamado a testimoniar más que acerca de es sobre aquello que del hecho subsiste; esto hechos que persisten posteriormente al delito, Y tal es otra diferencia: el testimonio pericial tiene por objeto hechos presentes, mientras el común está principalmente a hacer revivir hechos pasados...”.

En cuanto a criterios de valuación; Subjetivos: Framarino expresa: “de la consideración de la persona del perito al igual que de la del testigo común, resultan los motivos que, naturalmente, dan o quitan fe a los peritos, como pasa con los testigos comunes. Pero hay una diferencia nacida de la naturaleza especial de los dos testimonios. El pericial tiene por contenido cosas no perceptibles adecuadamente por la generalidad de las gentes, que exigen una capacidad especial para su percepción. De ahí que sigue el criterio de la capacidad intelectual y física, que tiene un valor limitado en cuanto al testimonio común, tiene un valor máximo en cuanto al pericial. Para el testimonio común basta una inteligencia normal, aunque sea limitada y una fuerza de sentido que no supere a la ordinaria; para el pericial cuanto mayor es la inteligencia y la habilidad del perito, tanto más fe merecerá. Viceversa: el criterio de la capacidad moral, que tiene una importancia grandisima para el testimonio común, la tiene limitada para el pericial. El común no hace más que afirmar pura y simplemente los hechos pasados que dice “haber percibido, hechos no comprobables por lo común en sí mismos directamente; así, si quiere engañar puede hacerlo con más facilidad. En cambio el perito, si afirma hechos materiales perceptibles de todos, como v.gr., el número de lesiones externas de un cadáver, sus percepciones suelen ir acompañados de la inspección judicial que se supone, claro es, como obstáculo

a su posible deseo de engañar; si afirma hechos técnicos no perceptibles por entero del juez, como cabe recurrir siempre a otro perito, su deseo de engañar, si lo tuviere, encuentra una rémora ante la posible comprobación y censura ulterior de su dictamen. Si, por último, el perito emite informe científico y deducciones, ya no se trata de simples afirmaciones: debe razonar. Y las falsas afirmaciones muy fácilmente pueden traslucirse por los falsos razonamientos, pudiendo tal falsedad presunta comprobarse por otros peritos, por los jueces o por las mismas personas extrañas al juicio que de ello tuvieron conocimiento. La voluntad engañadora encuentra, pues, en el perito mayores obstáculos que el testigo común...”.

“En suma los criterios subjetivos de la capacidad intelectual y moral valen tanto para el perito como para el testigo común; pero el de la capacidad intelectual tiene mayor importancia para el primero que para el segundo, y el de la moral la tiene mayor para el testimonio común que para el pericial...”

“Criterios objetivos: como el testimonio pericial, en virtud de su especial contenido, es por decirlo así, testimonio racional, se comprende que para valuarlo bien tienen gran importancia los criterios objetivos de valuación: el testimonio pericial es, sobre todo, acreditado o desacreditado por la naturaleza misma de su contenido considerado en sí...”

“Veamos ahora brevemente dos diversos criterios objetivos de valuación:

1- Lo increíble de las afirmaciones quita fe al testimonio pericial, al igual que al común; y la inverosimilitud disminuye tal fe. La irracionalidad absoluta o relativa de los dictámenes científicos, emitidos por el perito, equivalen a la nota de increíbles y de inverosímiles...

2- El testimonio pericial tendrá tanto mayor valor, cuando menos se presten al error las materias a que se refiere. Los hechos cuya observación no da lugar de ordinario al error, serán más creídos que

los otros, que por su naturaleza suelen ser ocasionados por el error, aún tratándose de peritos hábiles...

3- Si la certidumbre del que testifica es la que se cambia en certeza de la cosa testificada, siguese aquí que, si un perito cae en contradicciones en el contexto de su dictamen, demostrando no tener la certidumbre de lo que dice de un modo determinado, no puede ofrecer la certeza de las cosas afirmadas. El testimonio pericial, contradictorio en sí, perderá más o menos fe, según la naturaleza de las afirmaciones que se contradigan...

4- El testimonio pericial tendrá tanto más valor cuanto mayor determinación presente en sus, afirmaciones, disminuyendo su valor a medida que estas se ofrezcan más indeterminadas...

5- El testimonio del perito, como el ordinario, tiene tanto valor probatorio cuanta sea la exactitud de sus percepciones. Es preciso pues, saber como estas se han producido, para poder tener fe en su exactitud, y es preciso, en fin que el perito de razón de su ciencia, como dicen los prácticos a propósito del testigo común. Entiéndese esto en el mismo sentido que para este testigo, cuando se trata de percepciones de las cosas perceptibles por la generalidad de los hombres. En cuanto a la de los hechos técnicos, el dar la causa del propio saber consiste en la exposición de los medios técnicos adoptados para la observación: si por las comprobaciones periciales no se han adoptado las medidas más adecuadas, y no se ha hecho de ellas el uso conveniente, es natural que la fe disminuye. Tocante a los dictámenes científicos, la causa del propio saber se resuelve en la exposición de los motivos racionales de las afirmaciones que en ellos se hagan por el perito...

6- Hemos dicho a propósito del testigo común, que lo que afirma de propia ciencia inspira más confianza que lo que afirma de oídas. La naturaleza específica del testimonio pericial nos lleva a hacer a este propósito particulares observaciones. En cuanto a la consignación de los hechos comunes o técnicos, no tiene sentido para el perito la distinción entre testimonio de ciencia propia o de oídas; el perito

como tal, está llamado a testificar siempre de ciencia propia. Cuando se trata de dar pareceres científicos, se pide al perito su propia opinión personal: lo que de oídas sabe en la materia, consiste en la alegación de autoridad de otros hombres de ciencia, que vienen a acumularse con la ciencia personal del perito haciéndole más digno de fe. Aún cuando el perito no apoyase su dictamen científico sino en la autoridad científica de otros, este saber de oídas, no siempre inspiraría menos fe, porque el valor científico y la potencia de observación del hombre de ciencia cuya opinión se alega, pueden ser tales, que inspiren más fe aún que la sola autoridad del perito...

7- Para la exacta valuación objetiva del testimonio pericial, no basta considerar su contenido en sí, es preciso considerarlo con relación al de otros testimonios periciales del mismo o de otros peritos, y con relación al de los testimonios comunes. En general se puede afirmar también para el testimonio pericial, que su acuerdo con los demás testimonios aumenta la fe, mientras la contradicción la disminuye. Y conviene añadir que para la validez probatoria del dictamen pericial no es preciso que se haya procedido por los peritos a su observación a presencia del juez. Será útil que, cuando es posible, una misma cosa se someta a un mismo tiempo a las inspecciones del juez y del perito; que ambos procedan juntos a sus observaciones para que la cosa se presente tal cual es y está a la indagación de todos ellos; pero no se podrá por esto afirmar que las declaraciones de los peritos solo por haberse hecho ante el juez, pierdan su valor de pruebas. Es preciso además no olvidar que hay comprobaciones y exámenes que por naturaleza, no pueden realizarse a presencia del juez, v.gr. experimentos químicos, o largas investigaciones científicas. En tales supuestos es lógico que los objetos que se han de examinar sean entregados a los peritos, para que procedan al estudio con toda calma y reflexión. En cuanto al interrogatorio principal entre las formas secundarias aconsejadas por el arte criminal, cuando el perito comparece en el juicio oral, presta útiles servicios de sus declaraciones, no tanto como rémora contra la posible intención de engañar cuando como medio de aclarar las dudas y, desvanecer errores del interrogante. Es preciso tener presente, sin embargo, que si la declaración

pericial aclarada y confirmada por el interrogatorio adquiere un valor probatorio superior, conserva no obstante, el que tiene aún sin interrogatorio cuando este no resulta necesario...

Por último, en cuanto al juramento, admitiendo que sea una rémora eficaz contra la posible intención de engañar del testigo, es lógico adoptarle como garantía formal, tanto con el testigo común como el perito. La declaración pericial jurada, bajo este aspecto, da mayor seguridad de la lealtad de las afirmaciones del perito. Dado su informe, aunque sea emitido de acuerdo y confirmado entre los varios peritos, ¿será obligatorio en conciencia para el juez? No, las pruebas de excepción, se imponen a la conciencia del juez, solo en cuanto crean en ellas y tenga el íntimo convencimiento de la verdad de las cosas testificadas. Mientras quede en el ánimo del juez una sola duda, el juez tiene siempre derecho a no creer en las pruebas. Si, luego el juez ha valuado cuidadosamente el testimonio pericial desde el punto de vista del sujeto, de la forma y sobre todo el contenido, no se siente aún convencido, sería absurdo pretender de él una sentencia en armonía con las declaraciones de los peritos y en contra de su propia conciencia...

Podrá el juez, mientras lo crea necesario y la ley se lo permita, recurrir a otros peritos para llegar a un convencimiento dado; pero si a pesar de todo sus dudas no se desvanecen, no le queda otro recurso que decidir en favor del acusado". A.C. Lógicas de las pruebas.

A propósito de esta credibilidad de la prueba pericial, Pedro Ellero trae también lo siguiente: "la persona dedicada a la función de perito, que tiene sus sentidos sanos y la mente, que ha observado atentamente, que tiene la ciencia y experiencias necesarias y que no tiene interés en mentir, debe ser creída, y lo que tal persona comprueba y consigne, es como si el juez lo comprobase y consignase, cuando no se oponga a ello la inverosimilitud". Ac.C. Juicios Criminales.

Nuestra ley por su parte, en materia de valuación, trae en su Art. 314: "Siempre que los peritos nombrados tuviesen títulos, y sus

conclusiones fuesen terminantemente asertivas y precisas, tendrán esta fuerza de prueba legal. En los demás casos, podrá el juez separarse del dictamen judicial, toda vez que tenga convicción contraria, expresando los fundamentos de convicción”. Código de Ptos. Penales.

El juez es perito de peritos en última instancia.



Confesión como prueba en el juicio civil

Dr. Sixto Milciades Rivas Soler¹

La confesión puede definirse como la manifestación que hace una de las partes de ser ciertos los hechos alegados por la contraria; es la más concluyente de las pruebas, porque basta por sí sola para tener por probado un hecho, un contrato o un documento. Código Procedimientos Civil Comentado. R.L. Fernández, pág. 209.

La confesión expresa, es la máxima prueba legal: basta ella sola para tener por acreditado el hecho y, así, antiguamente se la llamaba: probatio probatissima, regina probationum, probatio superlativa, siempre que concurren los requisitos siguientes: 1°) Objetivos: Debe referirse un hecho susceptible de ser confesado; contrario al interés de quien confiesa y favorable a la otra parte; debe ser personal; versar sobre puntos controvertidos y verosímil. 2°) Subjetivos: declaración debe ser formulada por quien es parte en el proceso y ser un acto voluntario. Código Procedimientos Civil Comentado: Carlos J. Colombo, pág. 379.

Raimundo L. Fernández, citando a connotados juristas como Bonnier, Jofré, Lessona, Castro, Rodríguez, da también los requisitos para la validez de la confesión: 1°) Que el confesante sea capaz de obligarse; 2°) que declare con libertad; 3°) que se preste sabiendo el confesante que suministra una prueba a la otra parte; 4°) que no medie error de hecho; 5°) que verse sobre hechos y 6°) que el hecho confesado sea lícito y esté de acuerdo con las leyes de la naturaleza. Autor citado, pág. 209.

La confesión ha sido considerada -dice Alsina- en todos los tiempos como la prueba más completa; suficiente por sí sola para tener por acreditados los hechos sin requerir otros elementos de juicio, y

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 24-1988.

trae seguidamente la definición que corresponde a Lessona: “La confesión es la declaración judicial o extrajudicial, mediante la cual una parte, capaz de obligarse y con ánimo de suministrar una prueba al contrario, en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho que se refiere a ella y es susceptible de efectos jurídicos”. Alsina, sin embargo no considera lo de Lessona como una definición, sino mas bien como indicando los caracteres y elementos de la confesión y prefiere la definición de Mattiolo: “La confesión considerada como prueba, es el testimonio que una de las partes hace contra sí misma, es decir, el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo”. Autor citado, Derecho Procesal Civil, pág. 308, T. III.

Y bien, precisamente la confesión como prueba, es la que nos interesa, aquella que se produce dentro del proceso y que no significa exclusión de los demás elementos de juicio, ni aquello de que la confesión importa una limitación a los poderes de investigación del Juez.

Nuestro Código Procesal, trata el tema en el Art. 126, lo cual dispone: “Después de contestada la demanda hasta la citación para sentencia, podrá cada parte exigir que la contraria absuelva con juramento, posiciones, concernientes a la cuestión que se ventila”.

Preocupa en la práctica judicial, la poca o nada importancia que se le presta a este medio de prueba en su diligenciamiento, en la sentencia se le concede mucho valor probatorio. Temo que ni las partes ni los jueces tomemos en cuenta los lineamientos para las propuestas y formulación de las posiciones.

La confesión se usa discrecionalmente, y no para aclarar puntos oscuros o circunstancias no articuladas en la demanda o su contestación, sino que decididamente se busca con ella una confesión no ajustada a la realidad, mediante sorpresas y preguntas mal redactadas.

La ley es cierto, no establece la forma en que deben ser redactadas las posiciones, pero la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de ella y sugieren que para que las contestaciones sean afirmativas o negativas, las posiciones deben ser redactadas en forma simple y sencilla, de tal modo que no haya confusión en la interpretación de ellas al ser contestadas. Además, debe versar sobre un solo hecho. En este sentido es muy interesante leer la concordancia en el Anteproyecto del Código Procesal Art. 286.

Pero, muy a pesar de dicha orientación, pocas veces nos detenemos en controlar las posiciones para mejorarlas o corregirlas, haciéndolas sencillas y comprensibles, como realmente deben ser. Pues, se da el caso fundamentalmente en nuestro medio, en un porcentaje mayor, los litigantes son gente humilde y aunque no lo sean, desconocen el formalismo de la prueba confesoria y por lo demás les resultan tedioso el acto en sí y difícil una comprensión de las preguntas generalmente complejas que les son formuladas en una audiencia donde el tiempo y las circunstancias no les permiten un razonamiento sensato, sereno.

De manera que, una reflexión sobre la importancia que concede la ley y la doctrina a la confesión como medio de prueba, nos obligaría a un mejor examen de las preguntas, encausando el procedimiento dentro de la legalidad y tratar de desterrar por siempre la equivocada concepción que se tiene de un elemento de tanto valor procesal.

Debe evitarse que su diligenciamiento se produzca como un mero acto mecánico, inconsciente. Debe cumplirse los actos formales que le son propios, así las partes litigantes solo usarán dicha prueba para los casos de evidente necesidad y adecuadamente.

No debemos perder de vista que las pruebas en juicio controvertido no es parte del proceso, sino todo el proceso; en su acumulación perseverante, serena y cautelosa está la suerte de la justicia, de la verdad y que, en materia de confesión, solo la plena, hace prueba legal y si hay conflictos de pruebas, no siempre prevalecerá aquella.



Sana crítica

Dr. Sixto Milciades Rivas Soler¹

En la práctica judicial acostumbramos a escribir la fórmula “de conformidad o conforme a la Sana Crítica”, cuando concedemos o denegamos valor probatorio a una prueba, fundamentalmente la testifical. ¿Pero, que es sana crítica; será que comprendemos realmente lo que significa; se estaría realizando la valoración o apreciación de las pruebas, así como quiere dicha regla?

Es muy posible que estemos dando en el blanco en algunos casos, y puede que no, en otros casos. Creo que, se impone conocer su concepto y alcance.

La Ley establece que los jueces “apreciarán según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de la declaración de los testigos”. Art. 205 Código de Procedimientos Civil y Comercial.

Para fijar el alcance de esta disposición debemos recordar -dice Alsina- que “hasta fines del Siglo XVIII, predominaba el sistema de las pruebas legales; que el código Francés inició una nueva época al limitarse a excluir a algunos testigos y a exigir la motivación de la sentencia, debiendo el juez apreciar la prueba de acuerdo con el sistema de las libres convicciones; y que al sancionarse el Reglamento para el Consejo Real de España en 1846 al legislador le pareció peligroso no establecer un límite a la libertad del Juez que para la apreciación de la prueba resultaba de la ausencia de un texto legal y por eso dispuso, luego de excluir a determinados testigos, que las partes pueden aportar, respecto de otros, circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones, las que serán apreciadas según las reglas de la SANA CRÍTICA, expresión usada, no para referirla a nuevo sistema de apreciación de la

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 24-1988.

prueba, sino para significar que la libertad que se conceda al Juez no importaba que pudiera apreciar el testimonio a su arbitrio, sino mediante un razonamiento lógico y aplicando los datos que suministra la experiencia de la vida”. Derecho Procesal, T. III, pág. 639.

Por su parte el Maestro Uruguayo Couture, dice que el concepto de la Sana Crítica configura “una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del Juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la Sana Crítica y a un conocimiento experimental de las cosas.

“El Juez que debe decidir con arreglo a la Sana Crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia. Sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, pág. 270.

La Doctrina hoy por hoy se muestra más rigurosa aún en la interpretación de la regla y señala que es la forma de apreciación de la prueba en forma científica. Y establece la necesidad de que los jueces tengan conocimientos de algunas ciencias auxiliares del derecho, tanto civil como penal. Pero, sin embargo, la crítica, sigue siendo la suma de la lógica y la experiencia y el juez tiene una suerte de libertad de apreciación de la eficacia probatoria en el sentido de que en cada caso y según el contenido real del proceso, concederá o no valor, a la declaración de un testigo, por ejemplo, pero, naturalmente, debe

dar razones fundadas por las que se otorga o no, eficacia probatoria. Estas razones pueden ser legales, de experiencia o de un criterio lógico. Por ello algunos autores han señalado que la libertad que tiene el juez es relativa y se enfatiza que esa Sana Crítica no significa que no debe existir una delimitación sistemática de máximas de experiencia y de puntos de orientación que excluya la discrecionalidad.

Debe señalarse que en la materia el nuevo Código de Procedimientos Civil y Comercial proyectado, asume el mismo temperamento y se lee en el Art. 342.

Pues bien, así de sencillo se presenta la regla de la SANA CRÍTICA, sin embargo, requiere del Juez: cabalidad en la hermenéutica, capacidad sin soberbia y dueño de sí mismo, con conocimiento y experiencia de la vida, con manejo claro de la lógica jurídica y fundamentalmente de la lógica vital.



Transferencia electrónica de fondos. Los medios de prueba

Dr. Carlos E. Delpiazzo¹

SUMARIO

I) INTRODUCCIÓN. La irreversible informatización de la actividad bancaria. II) MARCO CONCEPTUAL DE REFERENCIA. 1- La transferencia bancaria clásica. 2- La transferencia electrónica de fondos. 3- Banca electrónica. III) LOS MEDIOS DE PRUEBA. 1- Descripción previa. 2- El electrónico. 3- Valor probatorio. A) En el Derecho Comparado. B) En nuestro país. IV) CONCLUSIONES.

I) INTRODUCCIÓN

Es ya un lugar común calificar de exponenciales el desarrollo y la difusión de la tecnología informática, que ha ensanchado el horizonte de los más diversos campos de la vida humana, desde las comunicaciones y el comercio internacional hasta los aspectos domésticos del que hacer hogareño.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 26/27-1989.

Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Profesor de Derecho Administrativo Económico en el Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, Presidente de la Asociación Uruguaya de Derecho e Informática, Ex-Director del Departamento de Informática Jurídica de la Contaduría General de la Nación, Asesor Letrado de la Cámara Uruguaya de Software, Agente de la Propiedad Industrial.

Esa realidad de progresiva e irreversible informatización de la sociedad ²está definiendo “una nueva frontera del Derecho”³, una novedosa experiencia jurídica a la que hemos llamado Derecho Informático⁴, no con la pretensión de generar compartimentos estancos, sino animados por el propósito de generar un ámbito de estudio de esta temática apasionante desde la perspectiva del jurista⁵.

Uno de los campos donde la aplicación de la Informática ha encontrado terreno más fértil es precisamente el bancario, donde fue inicialmente incorporada para el ahorro de trabajo, especialmente en tareas contables⁶, se ha extendido rápidamente a otras áreas⁷, hasta modificar sustancialmente la operativa del sistema financiero a través de la banca automatizada⁸.

² F.F. PAPA BLANCO - “La encrucijada tecnológica” (F.C.U., Montevideo, 1980), pág. 153.

³ Vittorio FROSINI - “Informática Jurídica y Derecho Informático”, en *Agora* (1983-2), pág. 23.

⁴ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho e Informática”, en la *Justicia Uruguaya*, tomo LXXXVIII, sección Doctrina, pág. 37 y sgtes.; y Carlos E. DELPIAZZO, Alvaro J. EIRIN y Pedro J. MONTANO “Introducción a la Informática Jurídica y al Derecho Informático” (Amalio M. Fernández, Montevideo, 1984), pág. 129 y sgtes.

⁵ Carlos E. DELPIAZZO - “La enseñanza de la Informática a nivel universitario”, en *Rev. Sistemas de Informática*, Año I, N° 5, pág. 30 y sgtes. y “La Informática Jurídica y el Derecho Informático en nuestra Facultad de Derecho”, en *Rev. Jurídica Estudiantil*, Año II, N° IV, pág. 161 y sgtes.

⁶ Alfredo C. RODRIGUEZ - “Técnica y organización bancarias” (Macchi, Buenos Aires, 1980), págs. 533 y 534.

⁷ Emilio NAVAS COMINATO - “El impacto de la automatización bancaria”, en *Rev. FELABAN*, N° 54, pág. 33 y sgtes.

⁸ Howard G. JOHNSON - “Banca automatizada por medio de la computación”, (Price Waterhouse, Montevideo, 1982).

En ese marco, ha tenido un papel relevante el sistema cuya aparición de transferencia electrónica de fondos, revolucionó el mercado de los países más desarrollados⁹ y cuyo desarrollo incipiente entre llegar a significar en el futuro¹⁰ un cambio sustancial en el mecanismo tradicional de pagos con dinero y cheques¹¹, siempre que logre una rápida aceptación por parte de los usuarios¹².

El propósito de este estudio está centrado en la descripción y caracterización conceptual de la transferencia electrónica de fondos, a fin de analizar el valor con la misma.

II) MARCO CONCEPTUAL DE REFERENCIA

1- La transferencia bancaria clásica

La transferencia bancaria clásica también llamada “pase de fondos” o “giro bancario” –aun cuando técnicamente la transferencia y el giro no son la misma cosa, a pesar de su idéntica finalidad¹³- es una operación consistente en un traspaso de fondos de una cuenta a

⁹ Howard G. JOHNSON y Edward C. ARNOLD “The emerging revolution in electronic payments”, en Prince Waterhouse Revie, Vol. 22, N°3.

¹⁰ Dale L. REISTAD - “Transferencia electrónica de fondos; hacia donde vamos”, en Rev. Administración de Empresas, Año X, N° 112, pág. 357 y sgtes.; y Howard G. JOHNSON Y Edward C. ARNOLD - “E.F.T. Changes that may shape its future” en Bankers Monthly, 5 de junio de 1979.

¹¹ Lee SCHWARTZ - “¿Se podrá llegar a prescindir del dinero y los cheques?”, en Rev. Administración de Empresas, Año X, N° 117, pág. 855 y sgtes.

¹²De acuerdo a encuestas practicadas en los Estados Unidos a mediados de la década del 70, solo el 8% de los entrevistados usaba cajas electrónicas y únicamente al 6% le agradaba utilizar las terminales instaladas en negocios minoristas, existiendo cierta desconfianza en el sistema por parte de los encuestados y temor de perder el control de las operaciones o de excederse en los gastos. En conclusión: la transferencia electrónica de fondos era poco usada y prevalecía el escepticismo, aun cuando la falta de accesibilidad a los servicios se consideraba un factor importante para el análisis de los resultados. Ver: Olin S. PUGH y Franklin J. INGRAM “La transferencia electrónica de fondos y el público”, en Rev. Administración de Empresas, Año X, N° 113, pág. 439 y sgtes.

¹³ Sagunto F. PEREZ FONTANA ‘Estudio sobre el llamado giro bancario’ en Rev. Sociedades Anónimas, tomo I, N° 2, pág. 3 y sgtes., y N° 3, pág. 67 y sgtes.

otra, que desempeña la función económica de efectuar pagos sin desplazamiento de dinero. Se trata, en realidad, de un simple juego contable por el cual se asienta un débito en la cuenta del dador de la orden y un crédito en la cuenta del beneficiario¹⁴.

En la práctica, pueden distinguirse cuatro clases de transferencias de fondo: entre cuentas que un cliente tiene en la misma institución bancaria, ya sea en una sucursal o en distintas sucursales; de la cuenta del ordenante a la de otra persona cuando ambas están radicadas en el mismo banco; entre cuentas de un mismo titular existentes en distintos bancos; y de la cuenta de una persona a la de un tercero radicada en otra entidad¹⁵.

En el primer caso, no se modifica la relación jurídica existente entre el cliente y el banco, manteniéndose incambiadas las situaciones relativas de ambos, aún cuando puede variar el lugar de radicación del crédito del cliente si la transferencia se efectúa a una cuenta abierta en otra sucursal o agencia.

En la segunda hipótesis, ocurre que el ordenante deja de ser acreedor por el importe de la transferencia, en tanto que el banco deja de ser deudor por dicho monto. A la vez, el banco deviene acreedor por dicho monto.

En la tercera alternativa, la transferencia produce el efecto de modificar la situación crediticia o deudora del titular de las cuentas y de las instituciones bancarias en las que ellas están radicadas. En efecto, el banco que recibe la orden de transferir todo o parte de los fondos depositados en una cuenta del cliente a otra cuenta que dicho titular tiene en otra entidad deja de ser deudor del importe transferido, y en consecuencia, el ordenante deja de ser acreedor por el mismo monto. Verificada la transferencia, el cliente deviene acreedor del banco en el que está situada la cuenta a la que los fondos fueron

¹⁴ Luis Alberto DELFINO CAZET - "Los contratos bancarios" (Amalio M. Fernández, Montevideo, 1977), págs. 193 y 194.

¹⁵ Sagunto F. PEREZ FONTANA - "Cuadernos de Derecho Bancario 2" (F.C.U. Montevideo, 1988), pág. 121 y sgtes.

transferidos, mientras que el banco que hizo la transferencia deja de ser deudor del ordenante, en ambos casos por el importe transferido.

En el último supuesto, el banco ordenatario deja de ser deudor de su cliente (que deja de ser acreedor) por el monto de la transferencia realizada, en tanto que el banco en que está radicada la cuenta del tercero destinatario de la transferencia se convierte en deudor de este (que deviene su acreedor) por igual importe.

En todos los casos, la transferencia de fondos es una operación comprendida dentro del servicio de caja que las entidades bancarias prestan a sus clientes. Toda vez que la relación entre aquellas y este tenga su origen en una cuenta corriente, dicho servicio se caracterizará -en cuanto a su naturaleza jurídica- por la prevalencia de la figura del mandato sobre la de otros negocios jurídicos¹⁶.

Su mecánica ha estado tradicionalmente signada por la tramitación individual de órdenes documentadas mediante un formulario de solicitud del cliente a su banco, el que puede conforme a la misma y según se trate de transferencia entre cuentas de la misma institución (en cuyo caso se resuelve internamente) o radicadas en otros bancos (las que se ajustan conforme a las respectivas relaciones de correspondencia), avisando al beneficiario y percibiendo por su intervención una comisión¹⁷. Tal modalidad operativa estuvo apoyada en determinados supuestos o sucursales llevaba fácticos, tales como que cada banco registre los movimientos documentados de las cuentas de clientes y que cada orden de transferencia de fondos se tramitaba en origen y en destino como una partida individual y no como parte de un lote.

¹⁶ Giacomo MOLLE - "I contratti bancari" (Giuffrè, Milano, 1981) pág.492 y sgtes.

¹⁷ Alfredo C. RODRIGUEZ - Op. cit., pág. 422 y sgtes.

2- La transferencia electrónica de fondos

Al incorporar centros de computación, algunos bancos comenzaron a centralizar el manejo de las cuentas de sus clientes, abandonando así la práctica anterior de mantener registros descentralizados en cada sucursal. Paralelamente, el hecho de que muchas entidades financieras decidieran efectuar la transmisión de órdenes a través de computadores, permitió diseñar mecanismos para el intercambio de dichas órdenes en forma electrónica, ya fuera mediante el intercambio físico de dispositivos de memoria o mediante telecomunicaciones¹⁸. Aparecieron así las cámaras de compensación electrónicas y la teletransmisión internacional mediante la vinculación a redes de comunicación, y luego comenzaron a desarrollarse sistemas tendientes a conectar distribuidores automáticos de billetes, cajeros automáticos y terminales en puntos de venta.

Lo expuesto permite extraer una primera caracterización de la transferencia electrónica de fondos que es la utilizada por la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) en su Proyecto de Guía Jurídica¹⁹, según la cual se entiende por tal “la transferencia de fondos en la que una o más de las operaciones del proceso que antes se desarrollaban sobre la base de técnicas documentales, se efectúan ahora mediante técnicas electrónicas”.

Esta noción tiene la virtud de poner de manifiesto que no ha variado la esencia del servicio bancario de transferencia de fondos, sino la forma de aplicar la misma; se ha sustituido el traslado físico del documento contentivo de la orden de transferir por un mensaje electrónico, y tanto el débito como el crédito se procesan por computación.

¹⁸ Dino VIESI - “Problemas y ventajas de las telecomunicaciones en el campo bancario”, en Rev. FELABAN, N° 8, pág. 237 y sgtes.

¹⁹ Proyecto de Guía Jurídica sobre la transferencia electrónica de fondos, en Rev. FELABAN, N° 59, pág. 32.

Estrechando el ámbito de la definición, una **segunda caracterización** ha circunscripto el concepto de transferencia electrónica de fondos a aquellos casos en que todo el proceso de la transferencia se hace electrónicamente. Por consiguiente, desde la instrucción del cliente a su banco, pasando por las relaciones entre los bancos intervinientes, los registros entre unos y otros, las compensaciones bancarias y hasta la notificación al cliente deben realizarse por medios electrónicos.

Esta postura se ha estimado insatisfactoria²⁰ por cuanto, si bien es innegable su acierto, no abarca sino muy pocos casos dentro del universo de las transferencias electrónicas de fondos.

Entre ambos extremos se ubican otras **caracterizaciones** que toman en cuenta la forma de materializarse las relaciones interbancarias o el medio utilizado por el cliente para ordenar la transferencia de fondos. Este último es el criterio utilizado por la ley norteamericana sobre transferencia electrónica de fondos de 1978, a cuyo tenor se considera tal toda transferencia de fondos iniciada a través de una terminal electrónica, por vía telefónica, computador o cinta magnética de manera de ordenar, instruir o autorizar a una institución financiera para debitar o acreditar una cuenta.

3- Banca electrónica

Las definiciones precedentes no resultan, a nuestro juicio, suficientemente ilustrativas de la variedad de sistemas electrónicos aplicados a la transferencia de fondos. Por ello, se impone una presentación descriptiva de las principales formas que puede revestir una transferencia electrónica.

En primer lugar, corresponde referirse a las **cajas automáticas**, que son máquinas que desempeñan las funciones de un cajero pudiendo efectuar pagos, recibir depósitos, informar saldos de cuenta, registrar pagos tarjeta de crédito y hacer transferencias de una

²⁰ Eric BERGSTEN "La ley basada en la documentación y la transferencia electrónica", en Rev. FELABAN, N° 67, págs. 157 y 158.

cuenta a otra, con el mismo o en otro banco. En su mayoría funcionan ininterrumpidamente durante las 24 horas y son operadas directamente por el cliente²¹.

En segundo término, merecen incluirse los **terminales en punto de venta**, que son equipos instalados por un banco o por un grupo de entidades financieras²² en comercios con atención de numeroso público. Su finalidad principal, sin perjuicio de otras aplicaciones, es permitir la realización de compras mediante débitos automáticos en las cuentas de sus clientes y acreditación en las cuentas de las firmas vendedoras. Pueden también imprimir y entregar talones con la fecha, codificación alfabética de productos adquiridos, formas de pago e imputación a las cuentas de los adquirentes, con posibilidad de efectuar descuentos automáticos según las políticas de venta adoptadas.

Un tercer grupo de servicios de banca electrónica está constituido por la denominada **banca hogareña**, que permite al cliente efectuar transferencias de fondos por teléfono desde su domicilio. Este sistema (que también puede ser operado a través de computadores personales y televisión por cable) permite realizar consultas, ordenar pagos de servicios a terceros y cancelar créditos, entre otras posibilidades.

En cuarto lugar, pueden mencionarse los servicios de **clearing bancario automático**, también conocidos como sistemas de pago sin papeles, los cuales consisten en el procesamiento de transacciones en cuentas de depósito a la vista, por medios electrónicos, sin la utilización del cheque. Su finalidad es lograr que las empresas y los indivi-

²¹ El primer cajero automático fue instalado en el Chemical Bank en la ciudad de Nueva York en el año 1969, calculándose que para el año 1990 superarán los 70.000 terminales instalados en todo el territorio de los Estados Unidos.

²² Stephen A. RHOADES "Uso compartido de los sistemas de transferencia electrónica de fondos", en Rev. Administración de Empresas, Año X, N° 114, pág. 547 y sgtes.

duos abonen sus cuentas mediante transferencias electrónicas. Se registran las extracciones y los cobros en una cinta magnética u otro medio idóneo, efectuándose los débitos y créditos que correspondan.

Otro exponente de la banca electrónica lo constituyen los mecanismos resultantes de la **conexión automática** entre instituciones bancarias, de estas con el Banco Central respectivo y entre los Bancos Centrales de diversos países. Al respecto, merece destacarse el reciente inicio del denominado Sistema Computarizado de Apoyo al Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos vigente entre las autoridades bancocentralistas de los Estados miembros de la Asociación Latino Americana de Integración (SICAP ALADI), a través del cual se agilizará enormemente el funcionamiento del mecanismo de compensación multilateral de débitos y créditos recíprocos para los cobros y pagos implementado entre los países del área a partir del año 1969²³.

Ciertamente, los ejemplos comentados no agotan los medios operativos de la Banca electrónica, que seguramente resultarán potenciados por la difusión de la llamada tarjeta inteligente y la multiplicación de las redes de comunicación y de compensación interbancarias, procesen los datos por lotes o en línea.

III) LOS MEDIOS DE PRUEBA

1- Descripción previa

De lo que viene de decirse se desprende que las transferencias electrónicas suponen normalmente la utilización de tarjetas, cintas magnéticas y otros elementos vinculados al desarrollo de la denominada “moneda electrónica”²⁴, expresión esta que, no obstante su atractivo, ha sido criticada tanto desde el punto de vista jurídico

²³ Acerca del funcionamiento tradicional del régimen de Convenios Recíprocos, nos remitimos a: Carlos E. DELPIAZZO - “El Banco Central del Uruguay” (Amalio M. Fernández, Montevideo, 1983), pags. 88 y 89.

²⁴ Carlos M. CORREA, Hilda N. BATTO, Susana CZAR y Félix NAZAR - “Derecho Informático”, (Depalma, Buenos Aires, 1987), pág. 290 y sgtes.

como económico, ya que, sustancialmente, las transferencias realizadas mediante tarjetas u otros medios similares se traducen en un débito y un crédito en las respectivas cuentas del ordenante y del beneficiario, tal como ocurre con los cheques y demás instrumentos tradicionales de pago²⁵.

En la práctica, las transferencias electrónicas de fondos a través de cajeros automáticos y terminales en puntos de venta se concretan a través del uso de una **tarjeta magnética**. Sobre una banda de la tarjeta de plástico son inscriptos magnéticamente algunos datos como el nombre del usuario, el número de la cuenta corriente y la fecha de caducidad. En base a los mismos y a un algoritmo²⁶, el computador accede al código personal del usuario, conocido por la sigla PIN, que resume la expresión inglesa “Personal Identification Number”.

Para la operación del cajero automático, el cliente debe introducir la tarjeta en la ranura correspondiente del terminal, a fin de que el computador releve los datos contenidos en la banda magnética, desarrolle el algoritmo secreto y verifique el PIN del usuario. Luego este debe digitar en el terminal su PIN y la máquina confronta el PIN digitado con el obtenido previamente de la tarjeta magnética. En caso de que los dos PIN coincidan, se autoriza la operación; en caso contrario, se devuelve la tarjeta y se rechaza la ejecución de la operación.

Si todo está en orden, el cliente podrá depositar o retirar el dinero correspondiente y una vez completada la operación, el terminal

²⁵ Charles H. DE PARDIEU y Hugues DE ROBILLARD “Electronic Funds Transfer in France”, en Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, December 1986, pág. 2.

²⁶ El algoritmo es una secuencia de operaciones a realizar para obtener la solución de un problema a través de un número finito de pasos, generalmente expresado en fórmulas matemáticas, ver: Carlos E. DELPIAZZO - “Régimen jurídico de los programas de computador”, en Anuario de Derecho Comercial, tomo I, pag. 44; y “Protección jurídica del software”, en Propiedad Incorporal (M.E.C., Montevideo, 1987), pág. 28.

expedirá un recibo con el monto de la transferencia, la fecha y otras informaciones variables según el caso.

En la hipótesis de compra mediante un terminal en punto de venta, el adquirente debe exhibir su tarjeta magnética, y por medio de la terminal ordena a su banco acreditar la cuenta del vendedor debitando la propia, digitando su número de código personal.

Un instrumento todavía novedoso en materia de transferencias electrónicas de fondos lo constituye la llamada **tarjeta inteligente**, la cual, a diferencia de la tarjeta magnética común, contiene un “chip”²⁷ o microprocesador con capacidad propia de memoria, de modo que permite no solo activar un terminal sino también memorizar la operación y convertirse en un verdadero archivo portátil.

Hoy incluso comienza a hablarse de la denominada **tarjeta laser**, dotada de una capacidad de almacenamiento infinitamente superior, y cuya difusión puede llegar a revolucionar la temática bajo examen.

La consideración jurídica de tales instrumentos, así como de los comprobantes emitidos por cajeros automáticos y, en general, de la información emergente de equipos electrónicos, nos ubica ante una ampliación de las fronteras de la documentación la forma y la prueba de las relaciones comerciales²⁸ y nos obliga a adentrarnos en un mundo en el que la firma no solo se hace imposible prácticamente,

²⁷ El “chip” es un circuito integrado destinado a cumplir determinadas funciones, en el cual los componentes y conexiones se disponen en la superficie o en el interior de un material semiconductor; generalmente se trata de una pastilla de silicio más pequeña que una uña humana, que permite el almacenamiento de miles de caracteres con muchísima información, ver: Carlos A. VITTONI - “Software, microchips y computadoras en la legislación norteamericana”, en Derechos intelectuales (Astrea, Buenos Aires, 1986), pág. 115 y sgtes.

²⁸ Héctor ALEGRIA “Nuevas fronteras de la documentación, la forma y la prueba de las relaciones comerciales”, en la Ley, Año 1985 - E, pág. 660 y sgtes.

sino que se constituye en un obstáculo a la automatización de las negociaciones²⁹.

Tal constatación nos lleva de la mano al estudio del documento electrónico y de su valor probatorio.

2- El documento electrónico

Nuestra doctrina enseña que **documento**, en sentido amplio, es todo objeto o cosa de producto de la actividad humana, preexistente al proceso, cuya función es representar un hecho³⁰. Tres son pues, los elementos a tener en cuenta para su caracterización: se trata de una cosa material, tiene una finalidad representativa y es anterior al litigio en el cual se utiliza como medio probatorio.

Partiendo de dicha noción de documento, corresponde indagar que particularidades le agrega la calificación de **electrónico**. Al respecto, se impone formular algunas distinciones³¹.

En primer lugar, por documento electrónico cabe entender tanto el documento formado por el computador como aquel formado por medio del computador. En el primer caso, el computador no se limita a materializar una voluntad externa, sino que determina (conforme a una serie de datos y parámetros y a una programación adecuada) el contenido de tal voluntad, o sea, decide en el caso concreto.

²⁹ Françoise CHAMOIX - "La preuve dans les affaires", (Librairies Techniques, París, 1979, pág. 82.

³⁰ Así, en Derecho Procesal: Luis Alberto VIERA - "Prueba documental", en Curso de Derecho Procesal (Facultad de Derecho y C.S., Montevideo, 1974), tomo II, pág. 127 y sgtes., y Eduardo J. COUTURE "Vocabulario Jurídico" (Depalma, Buenos Aires), 1976, pág. 239, En Derecho Penal: Fernando BAYAR DO BENGOA "Derecho Penal Uruguay" (C.E.D., Montevideo, 1977), tomo VI, pág. 65; y Milton CAIRO LI MARTINEZ - "Curso de Derecho Penal 2º Parte Especial" (F.C.U., Montevideo, s/f), tomo II, pág. 171. En Derecho Civil: Jorge PEIRANO FACIO - "Curso de Obligaciones" (F.C.U., Montevideo, 1970), tomo V, pág. 70.

³¹ Así: Ettore GIANNANTONIO "El valor jurídico del documento electrónico", en Informática y Derecho (Depalma, Buenos Aires, 1987), (85) pág. 94 y sgtes.

En cambio, en el segundo caso, el computador no forma sino que simplemente manifiesta una voluntad ya expresada en otra oportunidad o en otra forma.

Por otra parte, tal actividad de documentación puede manifestarse de distintos modos. Puede estar soportada en la memoria central del computador o en medio magnético (disco, disquete, cinta, casete, ROM, etc.), en cuyo caso no resulta legible para el hombre sino a través de un decodificador que traduzca esos signos en caracteres convencionales y comprensibles. Se trata del documento electrónico en **sentido estricto**. Por oposición a este, existe una gran variedad de documentos producidos por el computador cuya característica esencial, es que son perceptibles y, en el caso de textos alfanuméricos, legibles directamente por el hombre sin necesidad de intervención de máquinas traductoras. Son los documentos electrónicos **sentido amplio**, también llamados documentos informáticos³².

De lo que viene de exponerse se desprende que los principales elementos descriptos en el numeral anterior a través de los cuales se viabilizan la enorme mayoría de constituyen las transferencias electrónicas de fondos, documentos electrónicos en sentido estricto, tal como curre con las tarjetas magnéticas y las tarjetas inteligentes. Distinto es el caso de los tickets o boletos extendidos por cajeros automáticos o terminales en punto de venta, los cuales son documentos electrónicos en sentido amplio; se trata de documentos resultantes del ordenador en su etapa final y normalmente impresos en papel, de modo que estaremos ante un documento escrito como cualquier otro con la particularidad de que su impresión provendrá de un computador y carecerá de firma.

³² En sentido similar: Pedro J. MONTANO "Documentos Informáticos y Falsificaciones Electrónicas en el Derecho Penal Uruguayo", en Derecho de la Alta Tecnología, Año I, N° 2, págs. 14 y 15.

Esta última característica es una lógica consecuencia de que no nos estamos refiriendo al documentador persona sino al documentador implemento técnico³³. Pero la incompatibilidad de los medios informáticos con la exigencia de firma no implica la ausencia de métodos sustitutivos para comprobar su autenticidad³⁴, tales códigos de identificación³⁵ u otros elementos de control constitutivos de lo que ha dado en llamarse la suscripción electrónica³⁶.

3- Valor probatorio

Lo expuesto precedentemente nos conduce al análisis del valor probatorio de los documentos electrónicos que intervienen en el proceso de las transferencias electrónicas de fondos, haciéndola posibles.

A) En el Derecho Comparado

Sobre el particular, los distintos ordenamientos jurídicos pueden agruparse en dos grandes sistemas según adhieran al llamado sistema de la prueba legal (o prueba legalmente tasada) o al sistema de la prueba librada a la apreciación o convicción íntima del juez.

Conforme al primero, la ley impone al juez, de manera abstracta y preestablecida, el grado de eficacia que debe atribuir a cada medio probatorio. En la actualidad, el principio de que el instrumento público hace plena prueba en ciertos aspectos, el de que la confesión lisa y llana también es plena prueba, y el que priva de eficacia al testigo singular, constituyen supervivencias de una etapa histórica en la cual el legislador aspiraba a regular de antemano, con

³³ Fernando LONDONO HOYOS "Aspectos legales de la transferencia electrónica de fondos", en Rev. FELABAN, N° 61, pág. 118.

³⁴ Elias P. GUASTAVINO - "Responsabilidad civil y otros problemas jurídicos en computación" (La Rocca, Buenos Aires, 1987), págs. 144 y 145.

³⁵ Hortensia VAZ FLORES y Edgardo Jorge DALL' AGLIO - "El Documento no en su faz electrónica", en Segundas Jornadas de Informática al servicio del Derecho (Mar del Plata, 1986).

³⁶ Ver: Julia SIRI y María WONSIK - "El documento electrónico", en -Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Informático (Montevideo, 1987), pág. 85; y en Rev. de la Facultad de Derecho y C.S., Año XXIX, N° 3-4, pág. 296.

la máxima extensión posible, la actividad mental del juez en el análisis de la prueba.

De acuerdo al segundo sistema, se deja al magistrado en libertad de estimar el valor de cada prueba según su convicción. Su fundamento radica en que la ley, por la propia rigidez resultante de su naturaleza de norma general, no es apta para prefigurar el valor de conocimiento que suministre una prueba, el cual, por su propia índole, debe ser concreto y adecuado a las peculiaridades del objeto de que se trate.

En relación al documento electrónico, puede decirse que, por lo general, en los ordenamientos jurídicos que reciben el sistema del libre convencimiento del juez, se admite pacíficamente que la prueba documental en sentido amplio (comprendiendo toda cosa que hace conocer un hecho) abarca a los modernos documentos electrónicos, sean estos circuitales constituidos por mensaje sobre soportes magnéticos (documentos electrónicos en sentido estricto), o sean estos formados por medio del computador (documentos informáticos en sentido amplio).

En cambio, no ocurre lo mismo en los países donde tienen vigencia institutos propios del sistema de valoración legal de las pruebas. Así, por ejemplo, en los de Derecho anglosajón, donde reglas numerosas y precisas prevén la admisibilidad y la eficacia de cada probanza, la posibilidad de utilizar los documentos electrónicos como medio de prueba está en contraste con la regla del oído decir (“Hearsay Rule”) y con la regla del original (“Best Evidence Rule”). En virtud de la primera, un documento no puede ser hecho valer ante los tribunales si su autor no está presente para prestar testimonio sobre su contenido y para someterse al examen de su deposición a través de las repreguntas.

Conforme a la segunda, un documento puede ser hecho valer en tribunales solo cuando es producido en su versión original³⁷.

Frente a tal panorama, en el Reino Unido se dictó la Civil Evidence Act. de 1968, cuyo Art. 5º prevé expresamente la posibilidad de presentar como prueba en juicio un documento electrónico. Paralelamente, la Banking Act. de 1979 y la Stock Exchange Act. de 1976 admitieron la posibilidad de hacer valer documentos informáticos en materia bancaria y contable respectivamente. A su vez, en Estados Unidos la admisibilidad del documento electrónico ha sido reconocida por la Jurisprudencia en virtud de una excepción conocida con el nombre de “Business Records Exception”, según la cual pueden hacerse valer en juicio, aun sin el testimonio de su autor, los documentos relativos a operaciones desarrolladas en el curso normal de los negocios y registradas en el momento de su conclusión o poco después.

Por lo que respecta, mas específicamente, a las transferencias electrónicas de fondos, son aplicables las consideraciones formuladas precedentemente. A ellas correspondería agregar que la generalización del mecanismo de transferencia electrónica no ha aparejado problemas de importancia en la mayor parte de los países europeos, pero en Estados Unidos y el Reino Unido subsisten preocupaciones derivadas de la sustitución del papel, las cuales alcanzan a los aspectos sustanciales de los negocios con proyección sobre las formas y, en particular, su prueba³⁸.

B) En nuestro país

El sistema legal uruguayo merece ser analizado, en orden a nuestro objeto de estudio, bajo una doble perspectiva: la de la admisibilidad como medios probatorios de los elementos a través de los

³⁷ Ver más ampliamente: Ettore GIANNANTONIO - Op. cit., - sgtes.; pág. 100 y sgtes., y Documento sobre Valor Jurídico de los Registros Computarizados, en Rev. FELABAN, N° 60, pág. 26 y sgtes.

³⁸ Eric BERGSTEN - Op. cit., pág. 163 y sgtes.

cuales se concretan las transferencias electrónicas, y la de su valoración judicial.

En cuanto a su **admisibilidad**, el viejo Código de Procedimiento Civil contenía en su Art. 349 una enumeración de medios de prueba que obviamente, no incluía los que la moderna tecnología pondría a disposición de los sujetos de proceso un siglo más tarde. La discusión planteada en relación al carácter taxativo de dicho texto, fue zanjada por el Art. 26 de la segunda ley de abreviación de los juicios N° 13.355 de 17 de agosto de 1965, a cuyo tenor “podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la ley”³⁹. Similar solución es reiterada por el Art. 146.2 del Código General del Proceso aprobado por la Ley N° 15.982 de 14 de noviembre de 1988.

Con tal marco normativo, no cabe duda que la información contenida o derivada de un computador es admisible como prueba en nuestro ordenamiento jurídico positivo⁴⁰.

Por lo que refiere a la **valoración** de la prueba, particularmente para el proceso civil, nuestro Derecho ha optado por un sistema mixto⁴¹ de prueba legal para determinados medios probatorios como los instrumentos públicos y privados auténticos (Arts. 350 y 361 del C.P.C.) y la confesión judicial (Arts. 434 del C.P.C. y 1608 del Código Civil), que hacen plena prueba; y de apreciación judicial conforme a las reglas de la sana crítica para las restantes probanzas (Art. 403

³⁹ Ver más ampliamente: Roberto J. BROCCO - “Medios de prueba no previstos por el Derecho común”, en Rev. de la Facultad de Derecho y C.S., Año XIX, N° 1-2, pág. 117 y sgtes.; Enrique E. TARIGO - “Medios de prueba no previstos expresamente por el Código de Procedimiento Civil”, en Curso de Derecho Procesal (Facultad de Derecho y C.S., Montevideo, 1974), tomo II, pág. 255 y sgtes.; y Dante BARRIOS DE ANGELIS “La reforma del proceso civil uruguayo”, en Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración, tomo 63, pág. 43.

⁴⁰ Marcelo BAUZA REILLY - “El Derecho Procesal y las nuevas tecnologías reproductivas de información”, en Primeras Jornadas Nacionales de Informática (Montevideo, 1987), pág. 111 y sgtes.; y en la Justicia Uruguaya, tomo XCVI, pág. 3 y sgtes.

⁴¹ Luis Alberto VIERA - “La prueba”, en Curso de Derecho Procesal (Facultad de Derecho y C.S., Montevideo, 1974) tomo II, pág. 117 y sgtes.

del C.P.C.), incluso las no previstas legalmente (Art. 26 de la Ley No 13.355 ya citada). Al decir del maestro Eduardo J. Couture⁴², las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez, de modo que este debe analizar la prueba con arreglo a la razón, pero no discrecionalmente.

Coincidentemente, el nuevo Código General del Proceso dispone que “las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa” (Art.140), agregando que para los medios probatorios no previstos, se aplicarán analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley (Art. 146.2).

De lo expuesto se desprende que bajo la normativa vigente, los magistrados deberán valorar la prueba de la transferencia electrónica de fondos documentos electrónicos, conforme a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las dificultades que puedan derivarse de la inexperiencia judicial en la materia⁴³.

Una vez verificada la entrada en vigencia del nuevo Código General del Proceso, podría plantearse la cuestión de a qué normas acudir por analogía para establecer el grado de credibilidad del documento electrónico ya que, según dijimos, el mismo remite a las normas que disciplinan los medios probatorios previstos. Al respecto, pensamos que el documento electrónico es una especie dentro del género de los documentos (supra: capítulo III, numeral 2) y que, por

⁴² Eduardo J. COUTURE - “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” (Depalma, Buenos Aires, 1958), pág. 270 y sgtes.; y “Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial”, en Estudios de Derecho Procesal Civil (Ediar, Buenos Aires, 1949), tomo II, pág. 181 y sgtes.

⁴³ Graciela BELLO y Luis Alberto VIERA “Aspectos procesales del fenómeno informático”, en Primeras Jornadas Nacionales de Informática (Montevideo, 1987), pág. 97 y sgtes.; y “Valor probatorio de la información por computadora”, en Rev. Uruguay de Derecho Procesal, Año 1987, N° 3, pág. 244 y sgtes.

consiguiente, deberá hacerse caudal de las normas reguladoras de tales. En tal sentido, corresponde destacar que el Art.129 de la reciente Ley N° 16.002 de 25 de noviembre de 1988 dispone que “la documentación emergente de la transmisión a distancia, por medios electrónicos, entre dependencias oficiales, constituirá, de por sí documentación auténtica y hará plena fé dos sus efectos en cuanto a la existencia del original transmitido”. A renglón seguido, el Art. 130 de la misma ley prevé que “el que voluntariamente transmitiere a distancia entre dependencias oficiales un texto del que resulte un documento infiel”, incurrirá en los delitos de falsificación documentaria material o ideológica previstas en los Arts. 236 a 239 del Código Penal, según corresponda⁴⁴.

Quiere decir que, para la hipótesis prevista en la ley, nos encontramos ante un supuesto de prueba tasada –“hará plena fé a todos sus efectos”- desde el punto de vista de la valoración jurídica del medio probatorio respectivo. Pero la norma va aún más alla al presumir que constituirá “documentación auténtica”. De este modo -aunque no con carácter general- avanza hacia la precisa determinación de su valor haciéndolo indubitable.

Para los casos no previstos legalmente, la admisibilidad del documento electrónico no significa que el juez deba, en todos los casos, atribuirle plena eficacia probatoria sino despues de una adecuada valoración de su autenticidad y seguridad. Para ello existen una serie de técnicas, conforme a las cuales puede afirmarse que un documento electrónico es auténtico cuando no ha sufrido alteraciones y es tanto más seguro cuanto más difícil es alterarlo y cuanto más fácil es verificar las alteraciones y reconstruirlo⁴⁵. Por eso, para contribuir a con-

⁴⁴ Ver más ampliamente: Pedro J. MONTANO “Documentos Informáticos y Falsificaciones...” cit., pág. 16 y sgtes.; y “Los delitos informáticos”, en la Justicia Uruguaya, tomo XCIV, sección Doctrina, pág. 57 y sgtes.

⁴⁵ La falta de autenticidad de un documento electrónico puede derivar de varias causas, que pueden referirse: a) a la fase de memorización, en la cual un dato ha sido digitado erróneamente o ha sido omitido, se han verificad disfunciones en el

solidar la convicción judicial en la confiabilidad de los sistemas informáticos se ha enfatizado en la existencia de sistemas de control que tienden a evitar los errores, señalándose al mismo tiempo que la inalterabilidad y el carácter indeleble de los elementos de registración utilizados son requisitos para la fiabilidad de la información, pues los soportes que por su naturaleza pueden ser reinscriptos (como las cintas magnéticas) no brindan suficientes garantías de credibilidad⁴⁶.

Lo dicho significa que, en lo que refiere a la prueba de las transferencias electrónicas de fondos en nuestro ordenamiento jurídico, los distintos documentos electrónicos que resultan de las mismas son susceptibles de ser receptados por los jueces, mereciendo distinta valoración según los casos. A falta de texto expreso, su valor puede resultar limitado sin perjuicio de adoptar elementos de información al magistrado en combinación con otros medios probatorios o técnicas periciales que ilustren suficientemente respecto a la seguridad y autenticidad de los mismos. Sería absurdo rehusar el empleo de tales medios, si se utilizan con todas las garantías adecuadas, con el único argumento de carecer de normas que regulen directamente su eficacia probatoria, mientras estas no se dicten.

IV) CONCLUSIONES

A modo de síntesis de las consideraciones que anteceden, pueden formularse las siguientes conclusiones:

1) La transferencia bancaria es una operación consistente en el traspaso de fondos de una cuenta a otra. Cuando se verifica a través

computador (debidas a temperatura, humedad, voltaje, vibraciones, etc.); b) a la fase de elaboración, a causa de trastornos de los equipos o desarreglos de programación; y c) a la fase de transmisión, desde dentro o desde fuera del sistema. Ver: Ettore GIANNANTONIO – Op. cit., pág. 145 y sgtes.

⁴⁶ Ver: Hortensia VAZ FLORES - “Valor probatorio de los nuevos soportes de información”, en Jurisprudencia Argentina, N° 5435; Hortensia VAZ FLORES y Edgardo Jorge DALL’AGLIO - “El documento. . .” cit. y Elias P. GUASTAVINO - Op. cit., pág. 145.

de medios electrónicos en todo su proceso (caracterización restringida) o en alguno de sus pasos (caraterización amplia), se habla de transferencia electrónica de fondos.

2) Las principales formas mediante las cuales se manifiestan las transferencias electrónicas de fondos son las cajas automáticas, los terminales en puntos de venta, la banca hogareña, los servicios de clearing automático, y las conexiones electrónicas entre instituciones bancarias, de estas con el Banco Central respectivo y entre Bancos Centrales.

3) Como consecuencia de esa proliferación de medios informáticos aplicados a las transferencias bancarias, la llamada “moneda electrónica” se ha desarrollado por el uso cada vez más frecuentes de la tarjeta magnética y la tarjeta inteligente, sin perjuicio de otros instrumentos (cintas, disquetes, información producida por equipos electrónicos, etc.) que nos ubican ante una ampliación de las fronteras de la documentación, la forma y la prueba de las relaciones comerciales.

4) Tales medios pueden ser englobados dentro de la categoría de documentos electrónicos, expresión que sirve para identificar tanto a los documentos -entendidos como objetos representativos de hechos- memorizados por el computador (sentido estricto) o formados por medio de él (sentido amplio).

5) El análisis del documento electrónico que traduce una transferencia electrónica de fondos como medio probatorio, puede realizarse desde el punto de vista admisibilidad como de su eficacia probatoria. Al respecto, el Derecho Comparado evoluciona hacia fórmulas de amplia admisión y creciente valoración positiva de su fuerza acreditante.

6) En el caso de nuestro país, la legislación vigente habilita el uso de medios probatorios no previstos en la ley, confiando a los jueces su apreciación conforme a las reglas de la sana crítica. Con leves variantes, el flamante Código General del Proceso y otras disposicio-

nes recientes ambientan criterios interpretativos conducentes a dotar de fuerza probatoria creciente a aquellos documentos electrónicos de autenticidad y seguridad.

7) En definitiva, se hace necesario buscar las respuestas a las interrogantes que la nueva tecnología plantea al Derecho, en la joven realidad que les da vida más que en los viejos Códigos. Y ello animados del propósito no de violentarlos sino de interpretarlos mejor, para que sea verdad el Segundo de los Mandamientos del Abogado que hace 40 años formulara el maestro Eduardo J. Coutere: “Piensa. El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando (. . .). La lógica del derecho no es una lógica formal, sino una lógica viva hecha con todas las sustancias de la experiencia humana”.



Análisis pericial de las tintas en un documento

Roberto Zarate Peña¹

Examen físico del documento:

El prolijo examen físico del documento arroja muchas veces comprobaciones de suma importancia que hacen innecesario el análisis químico a realizarse posteriormente. Es posible básicamente lograr la revelación de la existencia de borrados, mecánicos y químicos, uso de más de una tinta, agregados, testados, correcciones, etc.

Los métodos físicos u ópticos o de análisis poseen la gran ventaja de conservar intactos los documentos, pero presentan el inconveniente que su resultado es muchas veces subjetivo, y si bien existen detalles notorios, captables por cualquier observador, hay otros no tan claros, por ejemplo, detalles de tonalidades, matices, etc., difícilmente documentables ya sea gráfica o fotográficamente.

Cromatografía en Capa Delgada:

El investigador ruso Tswett hacia 1903, luego Kuhn y Lederer en 1931 fueron los pioneros en el tema; posteriormente en los ingleses Martín y Synge perfeccionaron el procedimiento primitivo. Ya en el año 1944 Gordon y el mismo Martin describieron la “Cromatografía

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 26/27-1989.

Licenciado en Ciencias Contables

Licenciado en Administración de Empresas

Perito Contador y Calígrafo ante el Poder Judicial de nuestro país.

Pasantías realizadas en la Policía Federal Argentina, Gendarmería Nacional e Interpol de Buenos Aires, y en el Instituto Del Picchia de Sao Paulo - Brasil.

Profesor Instructor de Gabinete Contable en la Facultad de Ciencias Contables y Administrativas de la Universidad Católica “Ntra. - Sra. de la Asunción”.

fía en papel”; del griego “Chromatos” color; y “Grapho” trazar, reproducir, debido a las bandas coloreadas que se desarrollaban sobre el absorbente o fase fija.

El desarrollo de la cromatografía en papel primero y en placa después, permitieron importantes adelantos en el campo de la química y la criminalística, ya que eliminan la necesidad de procesos analíticos complejos, y permiten la separación rápida y la orientación inmediata sobre la composición de estupefacientes, medicamentos, manchas, pigmentos, etc.

En el análisis pericial de documentos hoy en día cobra importancia fundamental el examen de la tinta. El problema consiste habitualmente en determinar si la tinta de cierta parte del escrito o de una alteración del texto, es igual a la del resto del mismo, o a la de otro escrito, o a la hallada en poder del presunto autor del fraude. Para tal efecto es suficiente el examen Comparativo entre la tinta que constituye la parte cuestionada y el resto de la escritura.

De ahí que la cromatografía resulta útil en todos aquellos casos en que en el documento se han efectuado con intención dolosa, modificaciones, agregados, enmiendas, etc., que por haber sido hechas con una tinta de color similar al original, el autor del hecho habría supuesto que pasaría inadvertido, sin tener en cuenta que dos pigmentos de igual apariencia pueden tener distinta estructura molecular, la cual será detectable por la cromatografía.

Para la realización de este procedimiento químico-reactivo, se utiliza previamente material óptico adecuado para seleccionar rasgos de similares características cromáticas. Luego se obtienen muestras de sectores dubitados e indubitados; a tal efecto se requiere una cantidad del tamaño de la cabeza de un alfiler, y su extracción pasa muchas veces inadvertida.

Las muestras de tinta contenida en los rasgos seleccionados se extraen con un sacabocados de 0,5 mm. de diámetro y se depositan sobre Joce una placa reactiva; una vez depositada todas las que

muestras seleccionadas, la placa se coloca en el interior de la cuba que contiene el líquido resolutivo, el que lo hará reaccionar.

Si un determinado compuesto, como, por ejemplo, un colorante que integra una muestra seleccionada, es sometido a resolución cromatográfica en similares condiciones (soporte, líquido resolutivo, saturación o no de la cuba, temperatura, distancia de desplazamiento del solvente, etc.), responderá siempre en forma exactamente coincidente; es decir, acusará un desplazamiento determinado cuya posición mostrará una relación constante con la distancia recorrida por el líquido resolutivo.

Para resolver el problema pericial no es estrictamente necesario llegar a la identificación de los pigmentos presentes en el cromatograma: es suficiente compararlos entre sí a la luz natural (color), a la luz ultravioleta o u.v. (fluorescencia) y finalmente, en base a un valor derivado de su posición, que se denomina “Relación de frente”, que depende de su solubilidad, polaridad y estructura molecular.

Como corolario podemos destacar que su aplicabilidad es posible a todo tipo de tintas: de bolígrafos, lapiceras, sellos y de cintas de máquinas de escribir.



La prueba ilícita penal y su consecuencia jurídica

Silvia Teme Baron¹

Sumario: I.- La prueba ilícita. II.- Prueba irregular y prueba ilícita. III.- Doctrina del efecto reflejo de la prueba ilícita. IV.- Bibliografía.

I.- LA PRUEBA ILÍCITA

El tema de la prueba ilícita es en la actualidad, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, uno de los más importantes y debatidos del proceso penal reformado en Paraguay. Determinar en qué consiste la ilicitud probatoria, sus causas y efectos, tanto propios como derivados de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, son cuestiones básicas y esenciales, dentro del marco de la correcta aplicación de las normas jurídicas.

La doctrina de la prueba ilícita se desarrolló principalmente en los Estados Unidos, por la jurisprudencia de su Tribunal Supremo, en la que pueden distinguirse distintos períodos, desde una inicial expansión de la exclusionary rule hasta el ulterior surgimiento de criterios que moderarían sus efectos. La citada regla, prohíbe la aportación al proceso, de la prueba obtenida de forma ilícita, la que se constituye en principal derivación de la “Doctrina de los frutos del árbol envenenado” (fruit of the poisonous tree doctrine) cuyo origen se sitúa en el caso *Silversthone Lumber Co vs. U.S.* en el año 1920, siendo acuñada la expresión citada, años después, por el Juez Frankfurter al fallar en el caso *Nardone vs. U.S.* en un supuesto de intervenciones telefónicas realizadas sin orden judicial. La prohibición ci-

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2000.

tada llega a ser absoluta en 1961 en el sentido de su aplicación extensiva para iniciarse, por razones de política criminal y defensa social, un proceso de constante reducción y limitación de su ámbito de aplicación, mediante la introducción de ciertos criterios de aplicación, a saber: a) el *balancingtest*, que deja al arbitrio judicial la decisión de los supuestos en los que se debe aplicar la *exclusionary rule* en cada caso concreto; b) el criterio de la fuente independiente o “*independent source*”, que permite la incorporación del elemento de prueba cuando no existe la necesaria relación de causalidad directa entre la prueba inicialmente lograda de modo ilícito y la prueba derivada lícita²; c) la teoría del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*) en virtud de la cual no se reconocen efectos reflejos a la prueba ilícita en aquellos supuestos en los que los datos obtenidos con la misma se hubieren descubierto inevitablemente por otros medios legales durante la investigación en curso³; d) la doctrina de la “*la good-faith exception*”, que admite la validez procesal de ciertas pruebas ilícitamente obtenidas por los agentes de policía, cuando actuaron de buena fe, en la creencia objetivamente razonable de que su actuación se ajustaba a la ley⁴.

² Caso *Wong Sun vs. U.S.* (1963): la persona acusada había sido arrestada ilícitamente, pero después de ser puesta en libertad, se presentó voluntariamente en el Departamento de Narcóticos donde fue interrogada, realizando declaraciones inculpativas que luego fueron utilizadas en su contra. Caso *State vs. O'Brenski* (1967): se aceptó la validez de la declaración autoinculpativa de una menor utilizada en una causa de estupro que había sido localizada durante una entrada y registro ilegal, pues la noticia de su presencia en el lugar registrada era conocida por la policía con anterioridad al mencionado acto ilícito, por la denuncia de la familia de esta menor sobre su ausencia y por haber alertado un informante sobre su paradero.

³ Caso *Nix vs. Williams* (1984): se validó la declaración del detenido obtenida ilícitamente en la que revelaba dónde se encontraban los restos de la víctima asesinada, al entenderse que tales restos se hubieran inevitablemente descubierto por los numerosos voluntarios que estaban rastreando la zona en donde se encontraron.

⁴ Caso *Massachusetts vs. Sheppard* (1984): la orden judicial otorgada para aprehender determinados efectos era nula, por no especificar los objetos que debían ser buscados en virtud de la prohibición de la denominada “*fishing expedition*”, dándose sin embargo validez al registro por considerar que los policías actuaron de

Especial interés tiene la doctrina sentada por los tribunales norteamericanos en relación con la extensión de los efectos reflejos o consecuencias jurídicas de la prueba ilícita (doctrina de los frutos del árbol envenenado), por su consagración en el nuevo Código Procesal Penal en los Arts. 171 primer párrafo y 174, como derivaciones de la norma constitucional que prohíbe la oposición de pruebas obtenidas en violación a la Constitución y las leyes⁵.

En efecto, teniendo en cuenta los derechos fundamentales constitucionalmente proclamados, la admisión en el proceso de una prueba ilícitamente obtenida implicaría la infracción no solo del Art. 17 inc. 9 de la Constitución Nacional vigente, sino que conculcaría el principio que establece que el derecho a la presunción de inocencia consagrado por el Art. 17 inc. 1 del citado cuerpo de normas, solo puede ser enervado por prueba que haya llegado al proceso con las debidas garantías.

La doctrina distingue entre infracción de normas infraconstitucionales y vulneración de derechos fundamentales, siendo la sanción de nulidad una consecuencia jurídica establecida solo con respecto a este último caso, solución que se deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su condición de inviolables.

Es así que todos y cada uno de los derechos fundamentales, en cuanto reglas objetivas básicas de todos los procedimientos seguidos por el Poder Público en el Estado democrático de Derecho y en particular de los judiciales, son de obligatoria y debida observancia, de forma que esos procedimientos, bien de creación de normas jurídicas o de su aplicación, quedan privados de toda legitimidad constitucional, si transcurren al margen o sin respetar los referidos derechos o

buena fe, en la creencia de estar legitimados por dicha orden judicial. En el mismo sentido, se decidió en el caso U.S. vs. Leon (1984) en el que la orden judicial de registro domiciliario era nula por carecer de una razón suficiente que la motivara (probable cause).

⁵ Constitución Nacional de 1992 artículo 17 inc. 9.

si amparan sus menoscabos. Y esta exigencia derivada de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales posee una particular incidencia en los procesos penales, donde su observancia debe ser aún más rigurosa y severa, si cabe, que en los restantes, ya que dicho proceso es el cauce normal a través del cual se apela y, según el caso, se somete al individuo al uso más intenso y extremo del jus puniendi del Estado.

Ese fundamento de la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, dada su posición preferente en el Estado democrático y social de Derecho y su cualidad de derechos inviolables inherentes a la persona, que impone la inexcusable necesidad de tutelarlos en todo caso, provoca la radical nulidad de todo acto jurídico contrario a los mismos⁶. Por ello, y en la medida en que el Poder Judicial es llamado por la Constitución como “custodio” de la misma, encargado de interpretarla, cumplirla y hacerla cumplir⁷ fundando sus resoluciones en la Constitución y en la ley⁸, sus unidades operativas u órganos jurisdiccionales deben operar en la regular y ordinaria protección de los derechos aludidos.

En este orden de cosas, sería una señal de fortalecimiento del Estado de Derecho en el Paraguay que los órganos jurisdiccionales rechazaran en los procesos de los que conozcan, el empleo de pruebas obtenidas con infracción de derechos y garantías constitucionales, y muy en particular si dichas pruebas lo son de cargo en los procesos penales.

La interdicción procesal de las pruebas ilícitamente adquiridas se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías, en la medida en que la recepción procesal de dichas pruebas

⁶ Código Procesal Penal, Arts. 12, 166, 170, 171, 174.

⁷ Constitución Nacional de 1992, Art. 247.

⁸ Ídem, Art. 256.

implica además una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio⁹, desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho, quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro.

La vulneración de derechos fundamentales puede tener lugar no solo en el momento de la obtención de la fuente de prueba sino también en el momento de su incorporación y producción en el proceso. Dentro de estas últimas se encuentran aquellas pruebas en cuya práctica no se han respetado las garantías constitucionales de contradicción, oralidad, publicidad e inmediación impuestas por el Art. 1 segundo párrafo del Código Procesal Penal y vinculadas con el derecho a la presunción de inocencia¹⁰.

Por otro lado, al viciarse el debate, núcleo fundamental del juicio oral, se vicia igualmente el contradictorio por la utilización de elementos de prueba constitucionalmente ilícitos.

II.- PRUEBA IRREGULAR Y PRUEBA ILÍCITA

Cosa distinta ocurre cuando la infracción procesal no afecta a aquellos derechos y garantías constitucionales, pues, los requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino son simples instrumentos de una finalidad legítima. En la doctrina se propugna una interpretación finalista o teleológica de las formas previstas en las leyes procesales, corolario de la ponderación proporcional entre la sanción jurídica y la entidad real del defecto conforme a la cual, no toda irregularidad en la forma de practicar una diligencia de investigación o de prueba conduce necesariamente a negarle valor probatorio.

⁹ Código Procesal Penal, Art. 9.

¹⁰ Teniendo en cuenta lo establecido por el Art. 256 de la Constitución Nacional en concordancia con los principios del Art. 1 del Código Procesal Penal tienen fundamento constitucional.

Con lo antes dicho, es necesario hacer una precisión terminológica distinguiendo de entre prueba irregular, prueba ilícita y prueba prohibida:

a) La prueba irregular sería aquella generada con vulneración de las normas rango ordinario que regulan su obtención y práctica.

b) La prueba ilícita se define como aquella en cuyo origen o desarrollo se han vulnerado derechos o libertades fundamentales que imponen restricciones relativas a:

1) La investigación de los hechos (búsqueda y obtención de fuentes de prueba), y

2) La incorporación de las fuentes de prueba al proceso (admisión y práctica de medios de prueba).

c) La prueba prohibida sería finalmente la consecuencia de la prueba ilícita, esto es aquella prueba que no puede ser traída al proceso puesto que en su génesis se han vulnerado derechos o libertades fundamentales.

Cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no debería darse lugar a dudas de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Tribunales habrían de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que habrá de apoyarse una sentencia condenatoria¹¹. Sin embargo, la mera declaración de ineficacia de la prueba ilícita resulta insuficiente para evitar toda incidencia en el subconsciente del juzgador o para eliminar toda influencia en el grado de convicción de las demás pruebas practicadas en el proceso. Este problema podría presentarse en los casos de querellas autónomas por la comisión de un hecho punible de acción privada que se sustancian totalmente ante el mismo juzgador (Tribunal Unipersonal de Sentencia)¹².

¹¹ Además de las normas constitucionales señaladas, el Art. 165 del Código Procesal Penal.

¹² Código Procesal Penal, Art. 41 inc. 1.

En la dinámica actual del procedimiento ordinario en el nuevo Código Procesal Penal, los Tribunales de Sentencia ni siquiera tomarán conocimiento de las posibles pruebas ilícitas, cuando se haya llevado a cabo una adecuada “depuración”¹³ en la Audiencia Preliminar, mediante el contradictorio y la decisión al respecto, del Juez Penal o de Garantías quien no podrá entender en el posterior Juicio Oral y Público en los supuestos en que proceda la apertura del mismo¹⁴. La principal virtud de la correcta aplicación de las reglas de exclusión de las pruebas ilícitas por el Juez Penal o de Garantías dentro de una estructura procesal como la establecida actualmente, radica en que el peligro de “contaminación” aludido queda eliminado del juzgamiento de aquellos hechos punibles cuya conminación penal es mas grave (pena privativa de libertad mayor a dos años).

Conviene advertir sobre la utilización del principio de libre apreciación o valoración de la prueba, conectado con el de la verdad material, como coartada o excusa para justificar la admisión y valoración de las pruebas ilícitas. En este supuesto existiría una distorsión del verdadero significado del principio mencionado ya que la libertad de apreciación de la prueba no puede entenderse como libertad de utilización en el sentido de que la licitud de la prueba, no es una cuestión de apreciación o valoración, sino un presupuesto ineludible de esa apreciación. Por tanto, determinada su licitud, procede su valoración.

Otra cosa, quizá, haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza.

¹³ Ídem, Art. 331 promoción de incidentes innominados para excluir dichas pruebas. En supuestos específicos, también el Art. 365 que regula la preparación del Juicio Oral y Público.

¹⁴ Ídem, Arts. 41 in fine, 42, 352.

Por tanto, la nulidad de la prueba por vulneración de la legalidad ordinaria, no implica que el hecho que se trata de acreditar con la diligencia, no pueda quedar acreditado por otros medios, si estos son legítimos y advienen al proceso por cauces también legítimos.

IV) DOCTRINA DEL EFECTO REFLEJO DE LA PRUEBA ILÍCITA.

La prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula y no puede surtir efecto alguno en el proceso, contaminando las restantes diligencias que de ella deriven, trayendo causa directa o indirecta de la misma, ya que existe la imposibilidad constitucional y legal de valorar las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes produciéndose así lo que algunos dan en llamar “efecto dominó”.

La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal¹⁵.

La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o deriven de la anterior (directa o indirectamente), pues solo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta investigación criminal, por la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas. Se constituye en finalidad del efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso

¹⁵ En el derecho anglosajón “Deterrence effect”: efecto disuasorio producido en los agentes encargados de la “exclusionary rule” y fundamento de la excepción de buena fe o “good faith exception”.

una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto.

Además, la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula no solo en sí misma, sino también en sus efectos sobre otras pruebas distintas en cuanto pudiera servir para que estas puedan ser valoradas en un determinado sentido, tal como lo expresan los Arts. 171, 165, 166 y 174 del Código Penal vigente.

No obstante, el interés de la sociedad y la conminación a los órganos jurisdiccionales e investigadores con respecto a la búsqueda de la verdad, solo unas vías determinadas son idóneas para el descubrimiento de la verdad real, pues no cabe hablar de pruebas lícitas que procedan de una prueba ilícita ya que dicha búsqueda debe realizarse “con estricta observancia de las disposiciones establecidas en este código”¹⁶. Es así que ante el caso de una prueba obtenida en forma lícita pero que se ha llegado a ella gracias a conocimientos conseguidos de forma ilícita el principio debería ser aplicado. Otra solución haría absolutamente estéril el pronunciamiento de nulidad de una prueba porque de ella serían ya obtenibles otros resultados contrarios al inculpado¹⁷. Por eso es tan importante, cuando se da una prueba ilícita, establecer las fronteras de la prohibición inexorable de obtener de ella consecuencias por la vía indirecta, tratando de evitar, al mismo tiempo, por una parte, la impunidad solo porque se produjo una nulidad cuando esta puede ser perfectamente aislada y, de otra, la total ineficacia de la declaración si de ella pueden obtenerse datos fehacientes que, de otra manera, no se hubiesen conseguido, lo cual supone la validez únicamente de aquellas que se obtienen con completa independencia de la prueba ilícita.

¹⁶ Código Procesal Penal, Art. 172.

¹⁷ El Tribunal Supremo Federal Alemán (B.G.H.), en sentencia del 14 de junio de 1960 afirmaba que la investigación o averiguación de la verdad no puede realizarse a cualquier precio.

Con lo expuesto, se limita la fuerza expansiva del efecto de la prueba ilícita al invocar el principio de conservación de los actos procesales, que sobre la nulidad de los actos judiciales mantiene la validez de los sucesivos al acto nulo cuando fueren independientes de aquél, así como también cuando su contenido hubiere permanecido invariable aún sin haberse producido la infracción que dio lugar a la nulidad.

Sin embargo, debe recordarse que en definitiva, la declaración de nulidad, si contamina las restantes pruebas, conduce a la absolución por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el Art. 17 inc. 1 de la Constitución Nacional.

La doctrina expuesta no deja de presentar dificultades cuando se descende al caso concreto. Es necesario advertir de los abusos a que puede conducir esta doctrina que todo lo contamina, pues de aceptarse al pie de la letra ese principio nos encontraríamos constantemente con situaciones de verdadera impunidad, que chocarían con la lógica de la realidad y con el respeto que ha de tenerse al fin de llegar a una verdadera justicia material.

Por ello y a modo de conclusión, dentro del marco de las garantías constitucionales, siempre se debe distinguir entre pruebas que conculcan esas garantías y pruebas que se obtienen dentro de ellas, sin que lo ilegal de aquéllas tenga que contaminar necesariamente a estas.

Con la pretensión de dar un principio al debate sobre el problema de la fijación del efecto indirecto de la ilicitud probatoria, establecido en el Art. 171 primer párrafo del Código Procesal Penal, por aplicación de la doctrina del fruto del árbol envenenado (*The fruit of the poisonous tree doctrine*), podrían formularse algunas conclusiones como las siguientes:

1. Cuando es posible establecer una clara desconexión causal entre las pruebas que son fundamento de la condena y las ilícitamente obtenidas, no existe contaminación de aquellas (teoría de la

fuelle independiente). A contrario sensu, existiendo dicha conexión causal, la invalidez se produciría en cadena.

2. Es menester diferenciar los supuestos de “pruebas diferentes” pero conectadas o vinculadas con la prueba ilícita en cuanto derivan de esta última, de aquellas otras pruebas a las que cabe reconocer su condición de pruebas independientes.

Con intención meramente ilustrativa, corresponde el análisis de los algunos supuestos de hecho extraídos de la jurisprudencia comparada, atendiendo a que la solución en los casos reales pudiere ser distinta, por los diferentes matices con que los mismos pueden presentarse ante los ojos del juzgador.

En este sentido, existiría desconexión causal por independencia de las fuentes y medios de prueba entre la información obtenida de algún registro ilícito y misma información proveída por un testigo que accede a cooperar, entre el dato obtenido de una intervención telefónica autorizada judicialmente y el dato proporcionado por el imputado en interrogatorio sin previo cumplimiento de lo prescripto por el Art. 12 inc. 1 de la Constitución Nacional, entre la confesión del supuesto homicida sobre el mecanismo de la muerte de su víctima en la misma situación anterior y los hallazgos de la autopsia, etc.

No existiría dicha desconexión si como producto de un allanamiento y registro ilícito o una intervención telefónica ilícita, se produce la confesión del sujeto ante la evidencia del hallazgo, pues si bien nos encontramos ante medios de prueba diferentes, existe una fuente común ilícita que provoca dicha confesión. Por la misma razón, no existiría dicha desconexión causal cuando de alguna intervención telefónica ilícita se obtiene información que lleva al hallazgo de evidencia incriminatoria en poder del sujeto, aunque exista orden judicial de detención y registro de persona solicitado por el órgano requirente, pues la información ha sido obtenida en violación de garantías constitucionales. En estos casos, puede argumentarse a favor de una interpretación restrictiva del principio en aplicación de la doctrina norteamericana de la atenuación del nexo causal (purged tain)

según la cual se da validez a dichas pruebas por lo atenuado del nexo. Es previsible sin embargo el conflicto con el principio de inviolabilidad de las garantías constitucionales y derechos fundamentales, pues el nexo si bien atenuado, existe. El practicamiento de otros medios de prueba que sean consecuencia de actuaciones ilícitas de los órganos de investigación, impedirían el cumplimiento del fin de la norma cuando de nulidades absolutas se trata¹⁸.

3. La referida desconexión de hecho existe en los casos denominados de hallazgo inevitable ampliamente desarrollado por la jurisprudencia norteamericana (inevitable discovery), como un criterio de atenuación de los efectos del principio de exclusión de las pruebas ilícitas.

Existiría hallazgo inevitable en casos similares al citado de la jurisprudencia norteamericana “Nix vs. Williams” respecto de la confesión del imputado obtenida en forma ilícita, sobre la ubicación del cuerpo de su víctima atendiendo a que la intensa búsqueda de un espacio delimitado de terreno hubiese dado como resultado dicha localización.

Sin embargo, puede abrirse a discusión la posibilidad de su incorporación plena dentro del ordenamiento jurídico paraguayo pues, las reglas de los Arts. 165, 166, 171, 174 y concordantes del Código Procesal Penal se fundamentan, no en el deterrence effect anglosajón, sino en la posición preferente que los derechos fundamentales tienen dentro del ordenamiento jurídico citado. Es así que el argumento del hallazgo inevitable puede ser fácilmente atacable por esta vía atendiendo a que no pretende otra cosa que dar eficacia directa a pruebas ilícitamente obtenidas (entiéndase, en violación de derechos y garantías fundamentales) en la hipótesis de que sus resultados se hubiesen obtenido igualmente por vías diferentes.

4. Una excepción a la regla general de prohibición de valoración de la prueba ilícita surgiría implícitamente del Art. 12 del Código

¹⁸ Código Procesal Penal, Arts. 171 primer párrafo, 174 y principalmente el Art. 12 del mismo cuerpo de leyes.

Procesal Penal en cuanto permitiría la utilización de dichas pruebas ilícitas cuando sean claramente exculpatorias, atendiendo además lo establecido en los Arts. 280 y 172¹⁹ del mismo código citado.

Como conclusión y citando Ferrajoli, contrariamente a la concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal, la verdad perseguida por el modelo garantista es:

...una verdad formal o procesal alcanzada mediante el respeto a reglas precisas... esta verdad no pretende ser la verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y garantías de la defensa... una verdad más controlada en cuanto al método de adquisición, pero más reducida en cuanto al contenido informativo que cualquier verdad sustancial... este es por lo demás el valor y a la vez el precio... que en el derecho y en el proceso penal preside normativamente la indagación judicial, protegiendo la libertad de los ciudadanos precisamente contra la introducción de verdades sustanciales tan arbitrarias como incontrolables... Las garantías legales y procesales además de garantías de libertad son garantías de verdad... saber y poder concurren en medida distinta en el juicio según aquéllas sean mas o menos realizables y satisfechas²⁰.

IV.- BIBLIOGRAFÍA

CAFFERATA NORES, J.I. "La prueba en el proceso penal". Buenos Aires: Depalma. 1986.

D'ALBORA, F.J. "Interceptaciones telefónicas y grabaciones clandestinas en el proceso penal". Revista Universitaria de Derecho Procesal (UNED). No 4. México. 1990.

¹⁹ Código Procesal Penal, Art. 280 "Del alcance de la investigación" y 271 "De la búsqueda de la verdad".

²⁰ Ferrajoli, L.: "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal". Madrid: Trotta. Pág. 45 y 46.

FERRAJOLI L. "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal". Madrid: Trotta. 1995.

HICKEY, T. "Criminal Procedure". Nueva York: Mc Graw-Hill. 1998.

MIRANDA ESTRAMPES, M. "El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal". Barcelona: Bosch. 1999.

PICO JUNOY, J. "Las garantías constitucionales del proceso". Barcelona: Bosch. 1997.

STRICKLAND RALPH B. "Refreshing your recollection of past judicial decisions". Vol. N° 5. North Carolina Justice Academy. 1998.

SISK G., HEISE M. y MORRIS A. "Charting the influences on the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning". New York University Law review. Vol. 73. N° 5. Nueva York. 1998.



La prueba indiciaria en el proceso penal

José Waldir Servín¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_3_2017.pdf. (pág. 21).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 3-2017.

Doctor en Ciencias Jurídicas, por la Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Derecho Penal y Criminología, por la Università di Roma “La Sapienza”. Curso de Posgrado de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de la Cuenca del Plata, Argentina. Curso de Posgrado de Derecho Penal Profundizado, Universidad de la Cuenca del Plata, Argentina. Presidente del Tribunal de Apelación Penal. 3º Sala, Capital. Asunción-Paraguay. Catedrático en Universidades y en la Escuela Judicial del Paraguay.

Derecho Notarial

Proceso y Fe Pública

Antonio Colman Rodríguez¹

El PROCESO como procedimiento, es un “fenómeno dinámico” que se hace con el concurso de las partes, las que para ello, “debe cumplir una serie sucesiva y coordinada de actos jurídicos que se denominan actos procesales” (J.R. Podetti – Tratado de los actos procesales – pág. 11/12). Esa estructura, el proceso, se llena con los procesales.

El PROCESO como fin, es un “método para la formación o para la aplicación del derecho” (Calamandrei – Instituciones del Proceso Civil – Tomo I – pág. 22).

El PROCESO se vitaliza, tiene vida, al concretarse cualquiera de estas hipótesis: un daño, o la modificación de una situación. Por la voluntad de quien sufrió el perjuicio o por la acción de quien tiene la obligación de “proceder”.

La sustancia del PROCESO. La materia del pleito – material, espiritual, objetivo, subjetivo, etc.- es su objetivo y tiende a su elucidación por a sentencia.

La actividad de las partes –de jueces, auxiliares y de litigantes, permite la construcción del proceso. Esa actividad produce 2 tipos de elementos: a) los actos procesales, activos y b) las pruebas, pasivos.

Al arribar a este punto, debemos solicitar de los distinguidos y muy calificados miembros de este auditorio, benevolencia y generosos sentimiento de comprensión, porque la introducción de esta exposición hubiera correspondido que yo lo hiciera a estudiantes muy recientemente iniciados en el conocimiento de los actos procesales y no a tan altos exponentes, maestros del Derecho Procesal. Es que, la

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 3-1984.

aparente simplicidad de la composición del tema, exige al que deba abordarlo, ubicarse en uno de los muchos ángulos que la figura tiene y desde allí componer un MÉTODO, para intentar llegar a la meta.

Ruego que esta pálida explicación sirva como disculpa por la forma casi elemental del comienzo. Es, el método, solamente.

Como nuestro propósito, para el desarrollo de este tema esta bien definido, declinamos considerar todo aquello del proceso que no sean “hechos causalmente vinculados”, porque nuestra investigación se orienta hacia las pruebas o hacia los medios probatorios, es decir, el “objeto que sirve para el conocimiento de un hecho o el conocimiento que el mismo objeto suministra” para la dilucidación de una contienda.

El Derecho Procesa, regular del PROCESO, instituye, además, los métodos para la valoración de esos elementos.

En todos los Códigos procesales se legisla “la prueba por instrumento”. En la clasificación más corriente, se distingue el instrumento público del privado, según que en su formalización haya participado o no, un funcionario público, o un oficial público.

La “cuantificación” del valor del instrumento como medio de prueba, se hará, siguiendo lo dispuesto en las reglas del sistema previsto. Según de qué clase de instrumento se trate, tendrá tal o cual valor, el que, a su vez, resultará del juicio de valoración del órgano o de lo que tenga dispuesta la ley a su respecto.

El instrumento público no contiene de un solo objeto, empleado este vocablo como sinónimo de prueba. Comprende al instrumento público propiamente dicho, a la escritura pública y al acta notarial.

Cada objeto tiene una forma particular, la que lo distingue y diferencia de los otros. Pero todos presentan como características, el sello de la FE PÚBLICA.

Estas consideraciones van constituyendo el elemento de vinculación entre el PROCESO y la FE PÚBLICA, nuestro tema.

Nuestro Código Civil enumera cuáles son “instrumentos públicos”. No los define. Es de nuestro particular interés los de los incs. 1° y 2° del art. 979 del C.C., porque en el primero están las “escrituras públicas” hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley, y porque en el 2° está incluido el acta notarial.

LA FE PÚBLICA

Una primera aproximación a conceptualización de “Fe pública”, resulta de la consideración de su origen o procedencia como: “calidad publica que mediante la intervención de un oficial público, acuerda a ciertos documentos que por tal revisten autenticidad y eficacia” (T. teórico y practico de Derecho Notarial – José M. Mustanpich- tomo I pag. 143)

La FE PÚBLICA, es “calidad”, según el maestro Couture, concepto ampliado por Mustanpich, de que la fe pública es calidad pública mediante la intervención de un oficial público, la que acuerda ciertos documentos autenticidad y eficacia (opus cit. Pág. 143)

De esto se destacan algunos valores que son importantes para el desarrollo del trabajo. Tales la condición sine cuan non de la o el Delegado del Estado, cuyo nombre y representación actúa en tanto en tal carácter esté actuando.

Oficial público, es para Vélez Sarsfield, el funcionario público es una expresión equivalente. Entre los oficiales Públicos autorizados para extender o expedir instrumentos públicos, está el Notario Público.

Nuestro C.C. no define lo que son los instrumentos públicos repetido, sino que menciona cuales son respecto a los actos jurídicos (Art. 979) y entre ellos incluye las ESCRITURAS PÚBLICAS, “hechos por los Escribanos Públicos en sus libros de protocolos..., y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley.

Si bien no es posible que se arrime al proceso la escritura matriz como prueba, esa posibilidad constituye una verdadera excepción porque usualmente es la copia de la incorporación al cuaderno de pruebas.

De acuerdo con lo que se sostuvo más arriba la escritura pública es auténtica. Vale decir es de autor identificado: El notario Público. Pero con todo lo que, en la Escritura Pública, en el testimonio aparece solo la firma del mencionado oficial público, con la que se lo identifica, resultan incuestionablemente identificado: el Notario Público. Pero con todo que en la escritura pública, en el testimonio, aparece solo la firma del mencionado oficial público, con la que se lo identifica, resultan incuestionablemente identificados los otorgantes. V. gr., por ejemplo, el acreedor y el deudor, en la deuda constituida por acto público con garantía real de hipoteca. La autenticidad del instrumento público notarial resalta cuando se lo compara con el privado, pues en este, con todo que él viene firmado por su autor o por el obligado, caso del pagaré, cuando el acreedor va a reclamar su cobro por la vía judicial debe ocurrir a la preparación del juicio, es decir, el Juez a su pedido, llamará al firmante para que reconozca o no como suya la firma. En caso afirmativo, la vía ejecutiva recién está expedida, mientras que como en el caso del deudor hipotecario, el acreedor presenta el testimonio de la escritura, la que lleva únicamente la firma del Notario y el Juez ni llama al deudor a inquirir de él es o no deudor, ni al Notario Público, a reconocer su firma y el procedimiento ejecutivo es directo, porque su título, como dice el Código Procesal, trae aparejada ejecución. En suma y síntesis, el instrumento privado no tiene autor, prima facie, aún viniendo con la firma, mientras que el otro, la escritura pública, con la sola firma del Notario Público están identificados también los obligados. Por eso es auténtico.

Su valor como prueba, es tasado. La misma ley se ocupa de cuantificar su valor justificativo. Es claro que esa medida, ese valor siempre es el mismo en todos los casos. Veces, ella sola prueba un hecho. Otras, requiere de otro elemento que debe complementarla en la demostración de un hecho.

Se dijo antes que el valor o eficacia probatoria de un instrumento notarial difería según que se trate de la escritura pública propiamente o de un acta notarial. Esto es así porque, aunque el C.C. no la distingue desde el punto de vista formal, la doctrina y la jurisprudencia unánimemente atribuyen valor diferente a una y a otra. En la primera, el fin perseguido es la concreción de un acto jurídico o un negocio jurídico. En la segunda, la documentación de un hecho jurídico.

En los Arts. 993, 994 y 995 de nuestro C.C. se establecen que el instrumento público hace plena fe, es decir, tiene eficacia probatoria calificada. Por sí solo prueba el hecho sin necesidad de ninguna complementación con otro elemento probatorio y el mismo Codificador se encarga de aclarar el alcance de la fuerza probatoria del instrumento, diciendo que “Se habla de los hechos que por su oficio debe conocer el Oficial Público en el acto de extender el instrumento” y clarifica “pero si un escribano, por ejemplo, dice que las partes o el que otorga el acto estaba en su pleno juicio, esta aserción no hace plena fe, y admite prueba en contra”. (ver nota al Art. 993).

De acuerdo con lo expresado se puede arribar a la conclusión una primera conclusión - de que “El documento notarial (acta o escritura) constituye para el proceso UN MEDIO DE PRUEBA que debe ser analizado a la luz de sus valores jurídicos como prueba documental. Eventualmente puede ser OBJETO de prueba en una causa por nulidad o en una querella por falsedad contra su contenido en cuanto a las declaraciones de los hechos cumplidos por el Notario o pasados en su presencia” como dice: “Juan Carlos Viterbori – En Revista Notarial Colegio de Escribanos - Provincia de Buenos Aires N° 861-1982).

No hace todavía mucho tiempo, sino más bien de reciente data, la distinción de escritura notarial y acta notarial desde el punto de vista de su valor probatorio. El interés por el estudio del acta surgió consecuentemente del auge que tuvo la misma en el tráfico escriturario y por la importancia que ganó con el correr de los tiempos, habiendo llegado a constituirse en el tema casi obligado de Congresos

Notariales Nacionales e Internacionales, pudiendo afirmarse hoy que el acta notarial ya está caracterizada y cuantificado su valor probatorio; o dicho de otra manera, su eficacia probatoria, la que no es la misma que la de la escritura pública (una segunda conclusión).

El tema postula el proceso y la fe pública; debe examinarse entonces que disponen las leyes pertinentes en otros fueros, ya que, en materia procesal civil, según el Art. 140 del Cód. Procesal Civil Paraguayo, “La fuerza probatoria de las escrituras e instrumentos que esto públicos o privados, será regida por las disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio con las ampliaciones, restricciones modificaciones establecidas en la presente ley”. Y el C.C. como ya se vió antes de ahora, atribuye a esos documentos valor probatorio pleno. Este valor tarifado es parangonable con la “confesión”. En materia civil, cuando la ley instituye que tal hecho debe ser probado con instrumento público, normalmente no admite que se lo haga por otro medio. Ej., la filiación, el dominio de un inmueble. etc. O cuando se haya confesado, no se precisa de otro medio para justificar su existencia, atendiendo a la máxima jurídica “a confesión de parte, relevo de prueba”. En el Código Procesal del Trabajo del Paraguay, se establece en su Art. 157, la remisión al Código de Procedimientos Civiles, con las modificaciones establecidas en el capítulo correspondiente a la Prueba Instrumental del mencionado Código ritual laboral. En el Código Procesal Penal Paraguayo se regula la cuestión en el Art. 317 y dispone: “Los instrumentos públicos constituyen plena prueba, cuando no sean tachados de falsedad, o esta no se justifique en todo que tenga relación con el delito, en lo principal o en los detalles”. Aquí difiere sustancialmente el criterio con lo que se examinaron en cuanto a los otros fueros. Descartando el caso de la tacha, muy bien claramente regula que no hará plena prueba el instrumento cuando se justifique la falsedad relacionada con el delito, en lo principal o en los detalles. Es como la confesión en proceso penal, en el cual no será suficiente la confesión del encausado si de las otras circunstancias o de los otros hechos comprobatorios en autos, resultase que él -el encausado- no es el responsable de la comisión del delito. O planteado

el problema, contrario sensu, tendrá trascendencia decisiva en el proceso penal si la confesión del procesado es coincidente con las probanzas arrojadas al expediente, solamente.

El exponente nacional del tema, Dr. Mario Antonio Zinny, en su interesante informe concluye con respuestas que contestan interrogantes que él se formula.

En un trabajo del Dr. Enrique Jorge Arévalo -pág. 194 y sgtes., en el cual, luego de un examen minucioso de un acta de comprobación-acta notarial y por consiguiente instrumento público- resume indicando qué hace PLENA FE del instrumento: “A) Del lugar y fecha de otorgamiento (Arts. 1001 y 993 C.C.); B) De la constancia de que el Escribano conoce a los otorgantes (Arts. Citados, debiendo identificarlos en la forma que exige el código civil, consignando los datos personales que indica la Ley orgánica del Poder Judicial de nuestra Provincia) (Art. 252); C) De todo acto que el escribano afirma haber practicado personalmente (cuando declara que se dirige a cierto lugar siempre que se encuentre dentro del radio de su competencia territorial); D) De lo que Escribano dice que ocurre en su presencia (cuando se le exhibe y se procede a contar dinero en efectivo con el propósito de ofrecerlo luego al acreedor en cumplimiento de una obligación); E) De que las cosas que el oficial público afirmó haber visto, existieron a la fecha del acta de comprobación y se encontraban en el estado en que se las describe, siempre que esto último no requiera conocimientos técnicos especiales (cuando hace constar que observa una pared que presenta manchas, rajaduras, dimientos de pintura, etc.); F) De las manifestaciones de los otorgantes, peritos y las personas interpeladas y de algún otro sonido que pueda escuchar; G) De la hora en que practica su actuación; H) De la comparecencia de los otorgantes a sus oficinas, a fin de solicitarle la comprobación. Nos parece que fuera de las situaciones enumeradas, el instrumento público notarial no hace plena fe”, y afirma, entre otras cosas, que el acta no hace plena fe y que: “basta la simple prueba en contrario para desvirtuar: 1) De que el contenido de las declaraciones del otor-

gante, perito e interpelados sea verdadero (tener en cuenta que decimos el contenido y no la circunstancia de que hayan o no emitido la declaración); 2) Sobre cuestiones técnicas que requieran preparación especial; 3) Los juicios de valor o presunciones que haga el Escribano porque se trata de labores jurisdiccionales. Tampoco el Escribano da fe de que conoce a las personas que el mismo y las partes interpelan. No es necesario que dichos interpelados se identifiquen ni firmen la escritura que contiene el acta de comprobación”.

Destacamos que coincidimos con el Dr. Arévalo, porque creemos que “los juicios de valor o presunciones que el Escribano hace, están reservados a los órganos jurisdiccionales”. Puesto que el Escribano no puede autorizar actos prohibidos, o contrarios a la buena costumbre. Puesto que él debe actuar siempre rogado, resulta claro que le está vedado documentar un delito. Pero sí está autorizado a documentar hechos. Aún cuando concluido el Proceso Penal los hechos son sentenciados como componentes de un delito en el momento en que actuó el Escribano no pudo ser sino hechos. Esto es así porque no se le reconoce autoridad para calificarlos como delitos. Esto es atribución del Juez. Mientras se sustancia el proceso penal y hasta el fallo definitivo, el hecho es supuesto como delito.

El Juez no tiene libertad para valorar las pruebas, si por libertad se tiene al libre albedrío, por el cual se escoge o lo bueno o lo malo. Tiene libertad jurídica, entendemos, porque obrará sin restricciones dentro de los límites o se comportará según las reglas legales existentes. De modo que él valorará los medios de prueba según las Reglas de la sana crítica o simplemente le dará a ese medio o a aquel medio, el valor que la propia ley se ha encargado atribuirle. Pero no se negará que, actuando así, no está actuando él con libertad, con libertad jurídica, repetimos.

Cuando la obra del Notario no tiene valor jurídico, porque él actuo fuera de su competencia, o más allá de la circunscripción territorial que se le ha asignado para el ejercicio de su función fedante, es uno más y si presencié la comisión de un hecho reputado delito, al llamado del Juez comparecerá como testigo.

Por eso, decíamos, siendo el acta notarial un instrumento público, su impugnación deberá hacerse siguiendo el procedimiento de la redargución de falsedad civil o por querrela de falsedad.

Suponemos que el Notario es llamado a labrar acta de una supuesta violación a una persona. El imputado plantea como defensa alibí o coartada.

Para destruir el acta notarial deberá ir a la redargución. En tanto que para contrarrestarla la afirmación en su contra de un testigo bastará la prueba en contrario.

El distinguido proponente cuando se formula la interrogante “Es posible que en algún caso coexistan pacíficamente la fe pública y la libertad jurídica del juez - libertad jurídica para nosotros- para valorar las pruebas, está afirmando que no hay entre ellas coexistencia. Nosotros afirmamos lo contrario y sostenemos que existe coexistencia.

CONCLUSIÓN

De esto procede la conclusión de que para “formar el derecho” o “para aplicarlo”, como se señaló al principio de este trabajo, el Juez, órgano dotado de potestad jurisdiccional y de competencia, requiere de las pruebas o de los objetos, para el cumplimiento de los fines de la ley: la reposición de cosas o la restitución de una situación a su estado anterior, alterada o modificada por la acción u omisión del hombre o por hechos de cosas de que se sirve o se vale él. Entre esos objetos o entre esos medios probatorios, está el instrumento público notarial el que comprende a la escritura pública y al acta notarial.

En el PROCESO, quien juzga y falla; quien investiga y condena o absuelve, es el Juez. Esta facultad no se prorroga a otro funcionario que no sea otro Juez de su misma competencia, afirmación que excluye al Notario Público, quien aunque por Delegación del Estado es autenticador y fideifaciente, no puede, porque no está facultado, con su principal y más importante producción, el documento notarial,

instrumentar y consiguientemente con el documento Notarial, acreditar la existencia de un delito y que ése, a quien creyó ver como autor de ese hecho, sea el responsable de la supuesta infracción penal, por ej., porque ésto es de la exclusiva competencia del órgano jurisdiccional cuya actividad encaminada a la aplicación de la ley, debe, ella, tener presente según nuestra conclusión, la ilustrativa afirmación del Maestro Couture, que “el instrumento notarial prueba lo que la ley dice que prueba”, agregando nosotros: sin perjuicio del juzgamiento que de él debe hacer el Magistrado, porque allí radica su función jurisdiccional, salvo que se desee retrogradar el procedimiento de hoy al repudiado sistema de las pruebas legales.



Las responsabilidades del Notario

Esc. Púb. Carlos A. Alfieri¹

El Escribano de Registro tiene a su cargo dar forma a los hechos y negocios jurídicos, dentro de la esfera que se le asigna, imprimiéndole a su actuación el signo de la autenticidad.

Esta facultad la recibe del Estado, no en el estilo y en la amplitud de un cheque en blanco, sino en el sometimiento a una serie de normas referidas al acceso a la función, durante su permanencia en ella y hasta para la elaboración del documento notarial.

Para acercarnos al objetivo propuesto, partamos de las condiciones impuestas para el acceso al cargo, lo que en materia notarial se denomina “INVESTIDURA”, para concluir con las causas que motivan el cese de funciones, temporal o definitivamente.

En el año 1869, conforme lo señalara el Prof. Soler, marca la recepción en el Paraguay del derecho positivo argentino. Con anterioridad al año citado, las normas vigentes eran las contenidas en las Leyes de Castilla, las de Las Siete Partidas y las de toro. En el año de 1842, siendo Cónsules de la República MARIANO ROQUE ALONSO y CARLOS ANTONIO LÓPEZ, se sanciona el “ESTATUTO PROVISORIO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”; 82 artículos en total. El Estatuto Provisorio dispuso la derogación de las Leyes de Indias, por incompatibles con nuestra existencia libre e independiente. Se mantuvieron vigentes las Leyes de Castilla, el Código de las Siete Partidas y las Leyes de Toro.

Nos interesa el Código de las Partidas, pues en dicho cuerpo legal observamos referencias que afectan a los Notarios. Se distin-

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-1984.

guieron tres categorías de Notarios: Los ESCRIBANOS PALATINOS, llamados por Miguel Fernández Casado “NOTARIOS GUBERNATIVOS”, ligados al Rey para la redacción de sus cartas y otros menesteres. Los NOTARIOS JUDICIALES, verdaderos auxiliares de la Justicia y los NOTARIOS CONTRACTUALES, al servicio de los particulares.

Figuraban en Las Partidas formularios para distintos tipos de escrituras, exigiéndose a los Notarios que fuesen “SABIDORES DE ESCRIVIR”, pero también poseedores de otras virtudes, como la de “OMES LIBRES E CRISTIANOS, de BUENA FAMA y ENTENDIDOS EN EL ARTE DE LA ESCRIBANÍA”.

El 19 de Agosto del año 1876 se tuvo por Ley de la República el Código Civil elaborado por DALMACIO VÉLEZ SARFIELD, sancionado como ley de la República Argentina, en el año 1875. Con la recepción del Código Civil Argentino abordamos el tema de los instrumentos públicos y de las escrituras públicas, pero sin disposiciones que afectasen al Notario y su función.

La primera ley vinculada directamente al Notario, fue dictada en el año 1872, cuando se declarara de propiedad fiscal todas las escribanías, es decir, los registros notariales. Hasta ese momento, los registros eran de propiedad de los oficiales públicos, quienes transmitían directamente dichos registros a sus herederos y también eran objeto de simples operaciones de compra venta. Tal vez allí, digamos de paso, arranque esta inmoralidad actual de escribanos titulares sin tarea efectiva, pero recibiendo de sus tres adscriptos determinados porcentajes de los trabajos hechos y/o sumas fijas mensuales.

En el año de 1883 fue promulgada la “LEY ORGÁNICA DE LOS TRIBUNALES” que empezó a regir el 1° de enero del año siguiente. Muchas de sus disposiciones en materia notarial, se mantienen vigente, hasta en sus mismos términos.

LA INVESTIDURA EN DISTINTAS LEYES ORGÁNICAS.

¿Cuáles eran las exigencias impuestas para el acceso a la función notarial?

En primer lugar, la ciudadanía paraguaya, una información especial sobre la conducta del interesado, la prestación de un examen de idoneidad ante el Superior Tribunal de Justicia, sin olvidar lo del título de Escribano.

Esto del título de Escribano resulta realmente curioso. Ras-
treando los ANALES DE LA UNIVERSIDAD no hemos podido dar con la Facultad Notarial que expidiese el título de Escribano. Dimos con la “ESCUELA DE NOTARIO”, fundada recién en el año de 1893. Tenía un plan de estudios de cuatro años, que culminaba con la asignatura llamada “Práctica Notarial”. El título de Escribano comienza a expedirse en el año de 1903, veinte años después, cuando se dicta una ley en el mes de abril, acordándose facilidades para la matriculación en la Facultad Notarial. Podían ingresar a la Facultad Notarial quienes acreditasen haber cursado hasta el cuarto año, inclusive, de los estudios preparatorios del Colegio Nacional.

Por su parte, la ley 325 del año 1918, establecía como condiciones para ingresar al cargo, la ciudadanía paraguaya, la mayoría de edad, la honradez y buenas costumbres. La ley vigente, 879, exige el ser paraguayo natural o naturalizado, la mayoría de edad, el título de escribano expedido por la Universidad Nacional o extranjera con equiparación o revalidado por la Universidad Nacional y conducta, antecedentes y honradez intachables.

Debemos hacer resaltar algunas particularidades de estas distintas leyes. La ley 879, fija como condición para el aspirante el de ser paraguayo natural o naturalizado. Las leyes anteriores, en evidente confusión, hablaban de ciudadanía paraguaya. Ciudadanía y nacionalidad no son conceptos idénticos. La ciudadanía es lazo jurídico entre las personas y el Estado. La ciudadanía permite a la persona, integrarse dinámicamente al Estado. Nuestra Constitución del

70, manejando mal los conceptos, establecía que eran ciudadanos paraguayos los nacidos en territorio paraguayo. La Constitución del 40, aunque tímidamente, distinguía la nacionalidad de la ciudadanía. En cambio, la Constitución del 67, sitúa los términos en sus correctos lugares.

Se nace paraguayo, pero no ciudadano paraguayo. Los nacionales se convierten en ciudadanos desde los 18 años de edad. Los de nacionalidad paraguaya por naturalización, luego de dos años de haberla obtenido.

Hasta aquí nos hemos referido a las condiciones necesarias para ingresar al Ministerio de la Fe Pública.

USUFRUCTO DEL REGISTRO

El Notario, el que egresa de la Universidad con el título de Notario y no de “NOTARIO PÚBLICO”, como expresan los correspondientes diplomas, obtiene la concesión, en usufructo del Registro. En ese mismo y preciso instante se convierte en público.

En nuestro sistema notarial que es el del Notariado Limitado, de “cuadros cerrados”, como diría Pondé, la decisión del Poder Ejecutivo, convierte al escribano en público. La concesión del usufructo del Registro es la nota de habilitación o de luz verde para el ejercicio de la función. Es la Investidura, o lo que en el Derecho Administrativo se llama “Acto de Concesión” u otorgamientos de derechos a una persona.

El escribano, ahora sí público, antes de tomar posesión del cargo, debe prestar juramento de “cumplir fielmente con los deberes y obligaciones del cargo”, juramento que debe darse ante cualquiera de los integrantes de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Conviene ir teniendo en cuenta una nota constante en todas las leyes citadas: Las Partidas (“OMES LIBRES E CRISTIANOS, DE BUENA FAMA”). LEY DEL AÑO 1883 (“INFORMACIÓN SOBRE LA CONDUCTA DEL POSTULANTE”). La ley 325 del año 1918

(“LA HONRADEZ Y BUENAS COSTUMBRES”) y la 879 (“CONDUCTA, ANTECEDENTES Y HONRADEZ INTACHABLES”). Esto confirma lo que anteriormente habíamos dicho: el Estado cuando llama al Notario para entregarle el ejercicio de una función pública, no le acuerda algo así como una patente de corso o cheque en blanco. Le brinda atribuciones especiales, pero con la condición de su sometimiento a la ley y el mantenimiento de una conducta profesional sin grietas.

TAREA DEL NOTARIO.

La labor notarial es realmente compleja. No se limita, como creen algunos, a una tarea mecánica, casi fotográfica, algo así como transportar ciegamente al protocolo, la solicitud o el acuerdo de partes.

Ya Cernelutti en su obra “LA FIGURA JURÍDICA DEL NOTARIO” expresaba que el Notario era creador de los documentos. Pero si nos detenemos en la concepción del Notario que Cernelutti apuntara, disminuiríamos el papel del mismo. En verdad, de aquel Notario del siglo XIII, preocupado por la buena y prolija redacción del documento, hemos pasado a una concepción distinta. Quien, en los tiempos actuales, mira al Notario como simple autor del documento notarial, como agente de la instrumentación, da más en la herradura que en el clavo. La mano del Notario se observa antes de la aparición del documento, en la elaboración del mismo y hasta en su inscripción en los registros que correspondan para consolidar derechos.

Antes de la aparición del documento: La tarea cautelar, también llamada “asistencia preventiva” por Larraud o “anti-procesal” por el Notario español Antonio Rodríguez Adrados. En esta instancia el Notario no aconseja al particular sobre las ventajas o desventajas del negocio en sí. Lo que hace el Notario es recomendar la norma jurídica válida para dicho negocio, la norma apta al caso planteado por el interesado. Julio R. Bardallo, Notario uruguayo, precisa bien

esta labor cautelar del Notario: “el escribano despliega ante los interesados un catálogo de posibilidades, ayudándoles a encontrar la mejor solución, que es lo que le conviene”. Concretamente, el Notario indica el camino que debe transitarse para el establecimiento de una relación jurídica realmente eficaz, sólida.

Luego, tenemos la etapa de adecuación o legalización. Aquí el Notario redondea el negocio brindándole ropaje jurídico. Vincula, ata el negocio a la norma jurídica correspondiente. Es lo que consagra el inc. b) del artículo 111 de la ley 879 cuando impone como deber del Notario...la necesidad de que estudie los asuntos que se le encomiendan en relación a su naturaleza y fines...a los efectos de su formalización en actos jurídicos correspondientes conforme a la ley. La adecuación importa traducir jurídicamente la voluntad primaria del particular.

Desembocamos luego a la etapa de la legitimación. En ella el escribano cumple un verdadero trabajo de investigación. Pongamos por caso una compraventa de inmueble. Por imperio de la legitimación el Notario debe examinar la bondad de títulos, si el transferente es realmente titular del derecho que piensa transmitir, si tiene capacidad para hacerlo, si se encuentra en la plena posesión del inmueble, si no existen disposiciones especiales que impiden la negociación de dicho inmueble.

Resumiendo: por la vía cautelar el Notario indica al interesado el medio jurídico correcto que permitirá llevar adelante el negocio. Por la vía de la legalización o adecuación el Notario traduce jurídicamente la voluntad de las partes y por conducto de la legitimación, el Notario busca instrumentar una relación jurídica inobjetable, eliminando todas las posibilidades que pudieran disminuir o alterar la validez del negocio jurídico.

Cumplidas todas estas instancias, corresponde ingresar directamente a la instrumentación del acuerdo o de la simple manifestación de voluntad del interesado. El Notario, en actuación protocolar o extraprotocolar no goza de libertad de acción. No se desenvuelve

como le viene en gana. Debe ajustarse a los requisitos señalados por la misma ley y que afectan a la elaboración del documento: actuación en protocolo (que importa cuadernillos notariales sellados y rubricados por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial y foliados por el mismo agente), orden en cuanto a la numeración y fecha de las escrituras y demás.

Y, finalmente, disponer que el documento, en su testimonio, cruce normalmente las barreras fiscales e ingrese en los registros que correspondan, por aquello de la publicidad que consolida derechos.

En esto nos corresponde señalar una conducta que los Notarios mantienen sin razón, y que la entendemos algo así como lavarse las manos. En una operación de compraventa de inmueble, por poner un caso o en el supuesto de un poder o cancelación de poder vinculado a transmisión de derechos reales, el Notario, en la parte final de la escritura, expresa: “PREVIENE EL DEBER DE LA INSCRIPCIÓN”.

Esto de prevenir se justificaba allá por el año de 1871 cuando se estableció en esta ciudad capital una “OFICINA DE HIPOTECAS DE LA REPÚBLICA Y REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD”. En ese momento el escribano tenía que hacer saber a las partes que en el plazo de ocho días, en la capital y de cuarenta en la campaña, debían presentar a la oficina de hipoteca, para su toma y razón, las escrituras que debían ser registradas.

Actualmente, sabiendo que el proceso de registración es de fundamental importancia para que surta efectos contra terceros, el Notario no puede limitarse a prevenir, sino que debe acompañar el testimonio hasta su debida inscripción. Es más, con relación a los poderes que digan de la administración de bienes, percepción de sumas de dinero o de contratos sobre derechos reales y sus revocaciones, la inscripción es obligación que corresponde al Notario (parte segunda del art. 351, ley 879).

De manera que es el momento oportuno para aconsejar a quienes pudiera interesar, que aquellas advertencias de inscribir, deben reemplazarse por la persona y directa preocupación del Notario para

que el proceso registral se cumpla y se cumpla conforme a los principios registrales que rigen el punto.

RESPONSABILIDADES QUE AFECTAN AL NOTARIO

El ejercicio de la función fedante puede deparar al agente responsabilidades de otro tipo, que se manifiestan, en algunos casos, en forma conjunta.

Están las de tipo fiscal, del tipo disciplinario, civil e inclusive penal.

Responsabilidad Fiscal

Pelosi, Notarialista de jerarquía, entiende que la responsabilidad fiscal importa el deber jurídico que las leyes fiscales imponen al Notario.

En verdad significa una sobrecarga que los legisladores, cuando están en el manejo de las leyes impositivas, adjudican al Notario, no por simple antojo, sino teniendo en cuenta que al lado de quien debiera tributar, figura el Notario con la obligación de hacerlo en el supuesto que el primero no lo hiciere.

Responsabilidad disciplinaria

El agente de la función notarial, se encuentra sometido a deberes que apuntan a su vida privada y a su labor profesional.

El escribano llega a la función con una conducta, antecedentes y honradez intachables. Pues bien, esa misma buena conducta debe mantenerla siempre. Su dignidad, su honor personal, no puede tirarlos al canasto de los desperdicios. Bonita la gracia del escribano público encargado del “ORDEN, LA PAZ Y LA CONCORDIA” entre las partes, asociado en su vida privada al escándalo, a la inmoralidad que merezcan la repulsa del medio en el cual actúa y que lo lleven a la desconsideración general.

En cuanto a su actuación profesional, debe ajustarse estrictamente, sin vueltas de hojas ni retorcidas interpretaciones, a las claras normas que presiden la buena organización del servicio.

En el juego de algunos ejemplos nos será más fácil hacernos entender.

El adscripto

El adscripto debe desempeñar sus funciones en sede notarial del titular. No se concibe el titular del Registro con oficina abierta en un lugar de la parcela del territorio que le corresponde y al adscripto de ambulante por la geografía del país, ni siquiera establecido lejos o en lugar distinto a la sede del titular.

Al legislador le interesa que el adscripto esté en permanente contacto con el titular por razones de perfeccionamiento y por aquello del control recíproco y de la solidaridad que va del titular al adscripto y del adscripto al titular.



Aspectos notariales en el nuevo Código Civil

Esc. Púb. Carlos A. Alfieri¹

PRELIMINARES.

Se nos ha pedido que expongamos capítulos trascendentes en el proceso de instrumentación de las relaciones jurídicas. Es decir, que hablemos de los instrumentos públicos en general y de las escrituras públicas en especial, en la tónica del Nuevo Código Civil.

Buscaremos, en lo posible, no crear dudas, y de existir algunas, de cancelarlas.

Cuando se transita por los dominios del instrumento público y de la escritura pública, conviene precisar el alcance de algunas expresiones. Precisar lo de “auténtico”, “instrumento auténtico” y “plena fe”.

Autenticidad.

Importa verdad, representa lo cierto, lo que debe ser creído, lo que no debe ser puesto en duda.

Cuando estamos en presencia de un “documento auténtico”, corresponde distinguir autenticidad externa y su autenticidad interna.

Autenticidad Externa. Nos señala, nos indica, nos informa que el documento proviene de autor conocido y que dicho autor o agente, ha sido debidamente habilitado por el Poder Administrador, para autorizar, generar, esa categoría de documentos.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 19-1987.

Exposición formalizada en el simposio sobre el nuevo Código Civil que organizara la Asociación de Empresas Financieras del Paraguay.

Miembro del Consejo Asesor de Gaceta Judicial.

Autenticidad Interna. Importa que las expresiones o afirmaciones del autor agente, merecen credibilidad. Sus manifestaciones deben ser creídas.

Fe. Fe Pública.

En nuestra vida de relación cada uno de nosotros tiene la realidad evidente, la sometida directamente a su conocimiento. Aquella que percibimos sin ninguna clase de intermediación. Es el acto de conocimiento.

Si ingresamos al examen de lo que se presenta ante nosotros, ya estamos formulando o practicando un acto de juicio. Pero existen sucesos, narraciones de situaciones alejadas en el tiempo y en el espacio que no las presenciamos personalmente, que no las percibimos pero que las aceptamos, las admitimos. Y es aquí donde juega la fe o sea la necesidad de aceptar como ciertas, como realmente ocurridos, esos episodios que nos transmiten otras personas.

Podemos hablar de una Fe Religiosa o Divina. Podemos hablar de la Fe Humana, que comprende la Fe Pública, referida a los poderes del Estado y la Fe Privada, vinculada al testimonio de las personas de los particulares.

La Fe Pública es verdad impuesta por el Estado, que no podemos cuestionarla. Los tres poderes del Estado, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, tienen el poder fideifacientes. De ahí podemos hablar de una Fe Pública Administrativa, de una Fe Pública Legislativa y de una Fe Pública Judicial.

Sintetizando: Por la “autenticidad”, se habilita al autor agente, se le acuerda determinadas atribuciones y a sus manifestaciones se le brindan credibilidad. Por la “fe pública” se impone al documento y a su contenido la virtud de que circule, que participe del tráfico jurídico, sin necesidad de que sea investigado previamente en cuanto a su origen o en cuanto a la verdad de su contenido.

EL INSTRUMENTO PÚBLICO.

Ni en el Código de Vélez ni en el Nuevo Código encontramos una definición del Instrumento Público. El Art. 375 los enumera en forma casuística, pero el artículo siguiente, el 376, nos permite detectar cuáles son los elementos que, reunidos, configuran el instrumento público, lo caracterizan.

En primer lugar, se trata de una pieza escrita. No existen instrumentos públicos verbales. En segundo lugar, se requiere la presencia de un oficial público, pero capaz y competente. La capacidad implica que el agente haya sido designado normalmente por el poder público y la competencia que el agente se movilice, en la parcela de territorio que se le ha encomendado y maneje, autorice, nada más que los asuntos que se le encomendaron, o sea, actúe en los límites de sus atribuciones.

Y, por último, en la elaboración del instrumento público, deben observarse rigurosamente las formalidades dispuestas por las normas legales.

Reunidos todos estos extremos, se dará el instrumento público válido, eficaz, en los términos del Art. 376 del Nuevo Código.

Fines del Instrumento Público.

Brinda acogida al negocio jurídico. Ayuda a su nacimiento y asegura su eficacia. Por otro lado, impone la verdad de su contenido y, en el supuesto de situaciones procesales, aporta su mayor fuerza probatoria.

La credibilidad del instrumento público.

Una de las virtudes del instrumento público es su aceptabilidad pacífica. Es documento auténtico y, por consiguiente, su autoría y su contenido, se imponen. Quien pretende cuestionarlo, desvalorizarlo, tendrá que hacerlo por la acción, civil o penal, de falsedad.

De manera que la fe es completa, total, para cubrir el origen del documento y las manifestaciones del oficial público. Pero en lo que se vincula al dicho de los contratantes, de cada uno de ellos, también merecen fe, pero no la absoluta, la plena, la total, teniendo en cuenta que no siempre son sinceras. Y, precisamente, la insinceridad puede acreditarse por la simple prueba en contrario. Como bien se apuntara, el carácter mentiroso de las declaraciones de las partes intervinientes, puede ponerse de manifiesto por un procedimiento menos rígido al de la acción o incidente de falsedad.

La plena fe protege al instrumento público en cuanto a su origen. Esa misma plena fe cubre las afirmaciones del oficial público en sus dos versiones: las cumplidas por él mismo y los hechos que según él, sucedieron o pasaron en su presencia, que los haya percibido directamente. La verdad “oficial no admite hasta este punto dudas o controversias, ni previas investigaciones. El deseo de ponerla en duda, puede alegar o plantear su falsedad, en juicio civil o penal, por la vía principal o incidental. Quien apele a la acción penal, podrá descalificar al falsario y con posterioridad, restarle validez al instrumento. Quien utilice la vía civil, buscará privar de eficacia, desmonetizar el instrumento, para luego buscar el castigo del autor del delito.

Insistimos, porque vale la pena hacerlo; las aseveraciones de las partes, se hallan al amparo de una presunción de verdad, pero para restarle validez, la simple prueba en contrario basta.

Lo destacable del Nuevo Código con relación a los instrumentos públicos.

1- En la enumeración de los instrumentos públicos que hace su Art. 375, no aparecen los asientos en los libros de los corredores, ni las acciones de las sociedades anónimas o en comandita por acciones.

Con relación a los asientos en los libros de los corredores, ya Bibiloni entendía que dichas constancias no tenían el carácter de ins-

trumentos públicos por razones bien sencillas; la no presencia del oficial público en su elaboración y la falta de suscripción de las partes. La ley 1.034/83 “Ley del Comerciante”, que consagra numerosas disposiciones a los corredores, no le brinda autenticidad a las anotaciones de los mismos.

En cuanto a las acciones de las sociedades, también se justifica su exclusión, porque dichas acciones se imprimen, se suscriben, sin el cumplimiento de las formalidades impuestas para la elaboración de los instrumentos públicos.

2- Así como el Art. 375 elimina a los asientos en los libros de los corredores y a las acciones de determinadas sociedades, otorga la calidad de instrumento público a las diligencias y planos de mensura aprobados judicialmente. La labor y conclusiones del Agrimensor Público con el Nuevo Código, resultan auténticas. Tal decisión, nos parece acertada. La tarea del Agrimensor Público se cumple en el acatamiento de notas formales, se halla sujeta al examen de quien quiera hacerlo y sus conclusiones son controladas por oficinas técnicas administrativas y, posteriormente, aprobadas judicialmente.

3- Se origina una nueva categoría de instrumento público: el certificado auténtico de las constancias fundamentales del instrumento público.

Del instrumento público tenemos su pieza original, su copia manuscrita o mecanográfica y la fotocopia. Ahora el instrumento público se nos presente en una nueva versión: la del certificado. El certificado podrá expedirlo el oficial público y contendrá una síntesis de las partes esenciales del instrumento público. Se amplía, de esta manera, la forma de presentación del instrumento público.

Para que resulte más comprensible, cuanto afirmamos, indiquemos lo que sucede en área notarial. Tenemos la matriz o protocolo. Luego su copia, en cualquiera de sus formas habilitadas. Ahora el Notario podrá expedir certificaciones de las constancias fundamentales que consten del protocolo. Una novedad, indudablemente.

Para afirmar lo que antecede, nos apoyamos en lo que dispone el inciso h del Art. 375.

4- Para el Juez, se le presenta la posibilidad de declarar, de oficio, la falsedad de un instrumento público, ya se trate del original o de su copia. El Art. 384 determina que si el instrumento público presentado en juicio, contiene manifiestas alteraciones, el Juez podrá determinar su falsedad.

Igual solución corresponde para el caso de las copias. Si del cotejo entre el original y su copia, esta presentare signos de discordancia con la matriz, el Juez podrá restarle validez. Se le reserva al Juez amplia iniciativa para estas verificaciones.

5- El Nuevo Código salva una omisión del Código de Vélez. El Art. 1011 del Código establece que de darse la pérdida del documento notarial matriz (protocolo), se puede recurrir a su copia, para reemplazar la pieza extraviada. Pero, el Art. 1011 habla solamente de las escrituras públicas, quedando al margen las demás especies de instrumentos públicos.

Los artículos 387 y 388 del Nuevo Código, fijan alternativas para todos los instrumentos públicos, para el caso de la destrucción o desaparición de los documentos originales.

Puede darse el caso que se cuente o no, con la copia. Pero en todos los casos deberá recurrirse al Juez, porque en la instancia judicial deben cumplirse todas estas formalidades, comenzando por probar que se ha perdido la pieza original. Cumplidas todas las diligencias, la copia se matiza y no se “archiva” en el protocolo de un escribano de registro, como incorrectamente expresa el Art. 387 del Nuevo Código. Recurriendo al Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, observamos que “archivar” no resulta otra cosa que poner en orden o guardar algo en un archivo y el “archivo” es el lugar donde se conservan ordenadamente documentos, escrituras, expedientes.

En buena técnica notarial, el fedante, en el caso que comentamos, tendrá que elaborar un acta en el cual se consignarán los datos o referencias fundamentales de la diligencia. La copia podrá transcribirse en el protocolo, dejándola luego agregada al mismo. Como la actuación notarial es rogada, convendría que el Juez participe del otorgamiento, suscribiendo el acta, respectiva.

Copias expedidas por el Registro de Inmuebles.

Existen en circulación muchísimas copias expedidas por el Registro de Inmuebles, acreditativas del dominio. Dichas copias, por lo general, se expiden por mandato judicial.

Los Bancos ni las Financieras objetan dichas copias y se sirven de ellas para la traslación del dominio o bien para el establecimiento de gravámenes sobre los Bienes raíces a que hacen referencia, lo que en nuestra opinión, no corresponde.

Para la expedición de dichas copias, se omiten el cumplimiento de formalidades esenciales. El Art. 292 de la Ley 879 dispone que las inscripciones registrales servirán como “títulos supletorios”, toda vez que se haya acreditado la pérdida de la escritura matriz. Por consiguiente, quien buscare servirse de las inscripciones registrales, primeramente deberá acreditar el extravío de la matriz o protocolo, tarea que debe cumplirse en órbita judicial.

En el acoplamiento del Art. 292 de la Ley 879 y del Art. 388, inciso b) del Nuevo Código, el camino a seguir es el siguiente: a) Acreditar judicialmente la destrucción o desaparición del documento original; b) Investigar la existencia o no de una copia expedida o autorizada debidamente. No existiendo la copia, entonces podrá recurrirse a las anotaciones del Registro.

Folletos Impresos.

Igual confusión existe en el caso de los “folletos impresos”. Entendidos y no entendidos brindan validez a los “folletos impresos” de estatutos sociales. Así como en el caso de las copias expedidas por el

Registro de Inmuebles, el mandato judicial cubría o daba la impresión que cubría toda formalidad en el de los “folletos impresos”, la constancia o certificación notarial pareciera que le ofrece plena autenticidad, interpretación que la desechamos.

El Notario debe autorizar solamente aquello que se le ha encomendado e integra el área de su competencia material. Para el Notario no tiene sentido aquella expresión de “lo no prohibido está permitido”, sino esta otra, bien distinta por cierto, “lo no permitido, está prohibido”.

Hasta el momento la única certificación admitida, es la de firmas, atendiendo a lo preceptuado por el Art. 152 de la Ley 879. Con el Nuevo Código la otra certificación será la de constancias fundamentales del instrumento público. Y, lo afirmamos categóricamente, al escribano no se le ha autorizado a certificar “folletos impresos”.

También corresponde apuntar que el Art. 998 del Código de Vélez ordenaba que las escrituras públicas; fuesen hechas mismo escribano en su Libro de Registro. Se entendía que las escrituras públicas debían ser redactadas por el mismo escribano. Era la vigencia del procedimiento manuscrito (redacción a mano).

El Art. 97 de la Ley 325/1918, autorizaba la utilización para la redacción de las escrituras y sus copias, de tinta negra y sin b ingredientes que pudiesen corroer el papel, atenuar, borrar o hacer que desapareciese lo escrito.

El Art. 85 del Decreto-Ley de Sellos número 9.318 del 27 de junio del año de 1945, posibilitó el empleo en la redacción, de la máquina de escribir (reproducción a máquina o mecanográfica).

El Art. 121 de la Ley 879 dispuso que la redacción de las escrituras públicas podía practicarse en forma manuscrita o mecanográfica, en el empleo de tinta o cinta fija indeleble. Y su Art. 123 dio entrada a las copias por el procedimiento fotográfico.

De manera que para la utilización de cada uno de estos medios (manuscritos, mecanográfico, fotostático) tuvo que contarse con la

previa autorización legal. Para las copias impresas, si bien en otros países ya se admiten, en nuestro ordenamiento jurídico no tienen validez. Las copias para que tengan la categoría de instrumentos públicos, deben redactarse en el sometimiento de ritos jurídicos bien precisos. El Nuevo Código, lamentablemente, no se preocupó de los medios de reproducción de los instrumentos públicos.

6- Estamos en la referencia de las notas resaltantes del Nuevo Código, con relación a los Instrumentos Públicos. El Art. 383 puntualiza que el instrumento público hace plena fe, mientras no fuere argüido de falso, por acción civil o criminal, en juicio principal o en incidente. En su redacción y alcance, no termina con las distintas interpretaciones surgidas con el mismo texto en el Código de Vélez.

El solo hecho de interponer la acción judicial ¿desjerarquizar al instrumento o bien corresponde esperar el fallo judicial?, Las dudas se mantienen y ya tendremos a quienes sostengan que por la simple objeción de falsedad el instrumento público pierde su eficacia y quienes se jugarán que corresponderá esperar la sentencia firme, para que el instrumento pierda sus virtudes.

7- Resulta realmente increíble como quienes se consagraron a elaborar el Nuevo Código, en materia de instrumentos públicos y de escrituras públicas, se buscaron tantas complicaciones y, por supuesto, nos hayan convertido en herederos de tantas preocupaciones.

El Art. 380 del Nuevo Código en su inciso e) precisa que no pueden ser testigos en los instrumentos públicos "...los dependientes de otras oficinas donde se otorguen iguales instrumentos". De manera que no pueden ser testigos en los instrumentos públicos, los dependientes de oficinas donde se otorguen instrumentos públicos.

Esta prohibición repercute desfavorablemente en las escrituras públicas y tendrá sus consecuencias negativas.

La Ley 879, oportunamente, eliminó de las escrituras públicas y demás documentos notariales, a los testigos, con las excepciones

contempladas 135. Si bien los testigos han sido desplazados, en algunos casos tendremos que recurrir a los mismos (testamento por acto público; cuando los otorgantes no sepan o no puedan firmar; cuando el escribano lo creyere conveniente; cuando cualquiera de las partes otorgantes lo pidiere o cuando participare del miento un ciego).

Atendiendo a lo fijado por el inciso e) del Art. 380 ¿podrán ser testigos de las escrituras públicas los funcionarios públicos? Ellos, son dependientes de oficinas donde se generan instrumentos públicos.

Los redactores del Nuevo Código fueron muy lejos y olvidaron que ya cuando se discutiera la fe de erratas del Código de Vélez, texto en la edición de Nueva York, su Art. 990 expresaba: "...y los dependientes de otras oficinas que estén autorizados para formar instrumentos públicos". Inadvertidamente, los funcionarios o empleados públicos, quedaban imposibilitados de ser testigos en toda clase de instrumentos públicos. Tuvieron que dar un paso atrás y el Art. 990 del Código de Vélez quedó redactado así: "...y los dependientes de otras oficinas que estén autorizadas para formar escrituras públicas". Se reemplazó la expresión de "instrumentos públicos", que representa una abertura amplísima, por la de "escrituras públicas".

Y el panorama se agrava, si recordamos que el último párrafo del Art. 396 del Nuevo Código Civil, prescribe que será igualmente nula la escritura pública, si alguno de los testigos fuere incapaz.

Por lo tanto, la presencia de un empleado público como testigo de un documento notarial, nos llevará, a no dudarlo, a situaciones francamente embarazosas.

De las escrituras públicas.

Nuestro Notariado se encuentra en la línea del Notariado Latino. Sus agentes elaboran el documento auténtico que encierra o contiene las relaciones jurídicas, la vida comercial. Paralelamente brindan asesoramiento para la debida expresión de las voluntades.

Se ha señalado que en el documento griego se buscaba la autenticidad. En el romano la corrección y la exactitud y que el latino pretende la seguridad en la instrumentación de los acuerdos y negocios.

Y teniendo en cuenta las tareas del Notario y los fines que persigue, nos alarma de verdad las conclusiones del Nuevo Código, en lo vinculado a las escrituras públicas.

Las deficiencias consagradas, llevan al documento notarial al borde de su constante descalificación. En cambio, las novedades son de poca monta y, para peor, algunas conclusiones felices de la Ley 879, han quedado marginadas.

Actas Notariales.

El Nuevo Código concentra su atención en las escrituras públicas, olvidando la existencia de otros documentos notariales, como las Actas, por medio de las cuales se obtiene la comprobación y la fijación de hechos de importancia en el terreno jurídico.

Tenemos el acta de requerimiento, el de presencia, el de notoriedad, de subsanación, de depósito, de remisión de correspondencia que fueron regulados en otras legislaciones notariales.

No fija las pautas para las Actas que deban redactarse en el protocolo o fuera de él. Elude toda referencia a las Certificaciones Notariales como afirmaciones del Notario, en torno de situaciones jurídicas de interés.

Registro de los Testamentos.

El Nuevo Código mantiene responsabilidades para el Notario que no se justifican y de las cuales tendría que haberse liberado. Nos estamos refiriendo concretamente a su Art. 2.627 que textualmente determina: “El escribano que haya autorizado el otorgamiento de un testamento, o en cuyo poder obra uno de cualquier naturaleza, está obligado a comunicarlo al Juez de Primera Instancia en lo Civil de Turno, al Ministerio Público o a las personas interesadas, cuando tenga conocimiento de la muerte del testador”.

Se constituyen Registros de Buques, de Aeronaves, de Automotores, pero omitimos instalar el Registro de los Testamentos. Si fuere una novedad, vaya y pase. Pero ya el Congreso Internacional del Notariado Latino que se realizara en Madrid hace 36 años, recomendaba la creación de un Registro Nacional de Actos de Ultima Voluntad. En dicho Registro debían asentarse todos los datos necesarios para conocer de la existencia de testamentos confiados a la custodia del Notario.

Para toda sucesión abierta, correspondía presentar un certificado expedido por dicho Registro, donde se diese cuenta de la existencia o no de disposiciones testamentarias. De manera que la obligación de comunicar al Juez o al Ministerio Público o a las personas interesadas del Art. 2.627, bien podía haberse reemplazado por el deber de dar noticia al Registro de los Testamentos. Imprevisión lamentable, pues queda abierta la posibilidad de burlar la voluntad del testador e inclusive, escamotear las expectativas de los llamados a sucederle.

Deberes del Notario, ahora como causales de nulidad de la escritura pública.

Con los deberes que se imponen al Notario, se pretende que el mismo cumpla, como corresponde, sus funciones.

El inciso f) del Art. 111 de la Ley 879 fija como deber del Notario, recibir personalmente las manifestaciones de voluntad de las partes.

Se pretendía, con esta exigencia, que el Notario no trasladase en sus amanuenses, como ocurría y ocurre, el interpretar y traducir jurídicamente la voluntad de los otorgantes.

Pero de allí a consagrar la nulidad de la escritura pública por el hecho de no haberse consignado en el texto de la misma la recepción personal de la declaración de los otorgantes, nos parece una evidente exageración.

Una transgresión del Notario a sus deberes, debe afectarle a él, al Notario y no a quien o quienes acuden a él deseosos de seguridad jurídica en la instrumentación de sus acuerdos.

Algunas de las innovaciones observadas.

1- El Art. 395 determina la posibilidad de las correcciones o agregados en la escritura pública, una vez que las partes la hubieren suscripto. Suscribieron las partes, pero no el Notario. Seguidamente, a continuación de las firmas, se practican las correcciones o agregados que correspondan. Estas correcciones recomendamos que las practique el mismo Notario y deje constancia de su intervención personal. Hechas las correcciones corresponde leerlas a los otorgantes y testigos, en el caso que los mismos intervengan y se procede a la nueva suscripción, formalidad que la cumplen los intervinientes, partes y testigos, y finalmente el Notario.

No debe perderse de vista que la hipótesis de este artículo, es para el caso que el Notario no hubiere autorizado la escritura. De haberla suscripta, la corrección o agregado tendrá que consagrarse en otra escritura pública.

2- El Art. 392 del Nuevo Código mantiene la orientación que, en la Fe de Conocimiento, siguiera la Ley 879.

La Fe de Conocimiento abarca exclusivamente la identidad de los otorgantes, o sea, acredita que la persona es la misma cuyo nombre y apellido expresa. No comprendo los datos filiatorios, como la edad, el estado civil, la nacionalidad.

Los medios para alcanzar el conocimiento son de ciencia propia y supletorios. Por el de ciencia propia el escribano, por su propio juicio, conoce al otorgante o bien establece su convicción, en el aprovechamiento y suma de los elementos que ha podido reunir.

Los medios supletorios, consagrados por el Art. 392, son los tradicionales: testigos de conocimiento y el documento legal idóneo.

Por documento legal idóneo debemos entender la cédula de identidad policial, el pasaporte policial o la cédula de identidad militar. No reúnen la misma idoneidad, el pasaporte oficial, la libreta cívica, la libreta de baja, la libreta de conscripción vial, ni mucho menos el carnet partidario.

3- El Art. 395 del Nuevo Código nos trae el caso de quienes participan en el otorgamiento de las escrituras, representando a otros, actuando en nombre de terceros. La representación es la facultad que tiene una persona de actuar por otra, decidiendo por la misma y hasta obligándola.

Los dos casos de representación, siempre en la tónica del Art. 393, serían el poder (o procuración) y el documento habilitante.

En el poder se observa la representación voluntaria. Integran dicha categoría la designación de albacea y las cláusulas estatutarias relativas a la administración y disposición de bienes de una sociedad.

Los documentos habilitantes persiguen cubrir una falta de capacidad (venia marital, autorizaciones para el ejercicio del comercio) o una autorización que puede provenir de autoridad judicial o del acta de una asamblea o de un directorio o discernimiento de curatela o designación de liquidadores de sociedades.

El Art. 393 del Nuevo Código, con relación a los poderes y documentos habilitantes, fijan estas directivas:

a) Si los poderes especiales y documentos habilitantes vinculados al acto, no se hubiesen generados en el protocolo del Notario.

Ya no se recurre a la transcripción. Simplemente el escribano agrega o anexa al protocolo, entre los antecedentes o piezas de la escritura, estos documentos.

b) Si los poderes especiales o generales y documentos habilitantes se hubiesen generado en el protocolo.

El escribano indica tal situación y se reduce a expresar el folio o lugar de su protocolo donde se hallare.

El Nuevo Código omitió expresar: "...o se hallaren ya transcritos en su protocolo", lo que creará dificultades.

Se habla de "citar el tomo y el folio respectivo". El protocolo aparece como Tomo, con posterioridad a su encuadernación. Los términos empleados, hacen suponer que cada Tomo tiene su propia foliatura, lo que no se ajusta a la realidad.

c) Poderes generales no originados en el protocolo del escribano interviniente.

No permite su agregación al protocolo de forma directa o una fotocopia autenticada del mismo. Necesariamente debemos practicar su transcripción en el protocolo. Ahora no sabemos si en el cuerpo de la escritura o en otro lugar del protocolo.

a) Inciso d) Art. 393: "Si tuviera que devolver instrumentos otorgados por escribanos o funcionarios habilitados como tales, se limitará a dar fe de haberlos confrontado con la matriz o el original".

Redacción poco feliz y que para interpretarla o, por lo menos entenderla, nos obliga a consultar otros textos.

Habla de "funcionarios habilitados como tales". Es una categoría de funcionarios que no existe en nuestro ordenamiento positivo. Las funciones son las que se encomiendan a otros, como en el caso de los Jueces de Paz o Cónsules. Es posible que se quiso hacer mención de los Secretarios Judiciales y con relación a los expedientes judiciales.

Por otro lado, nos permite confrontar documentos con sus piezas originales, lo que resultaría materialmente imposible si los escribanos o "funcionarios habilitados como tales", no se encontraren en la misma ciudad donde ejerce sus funciones, quien deba confrontar.

Todas estas dificultades se hubieran salvados siguiendo el texto que de Bibiloni o del Anteproyecto Argentino del 36, donde se establece la posibilidad de confrontar con la matriz o el original,

siempre que el escribano o el funcionario se encontrasen en el lugar donde actué el escribano que deba cumplir con dicho cometido.

Las nuevas directivas del Art. 398 en lo que respecta a las protocolizaciones quedan para mejor oportunidad, de manera a encarar el capítulo de las nulidades de las escrituras públicas.

La nulidad.

No representa otra cosa que la reacción de la autoridad pública contra quien deje de lado un deber jurídico. La sanción es resarcitoria (intenta reparar el daño causado, represiva (entraña un castigo corporal) y cancelatoria (hace desaparecer los efectos del acto).

Como afecta la nulidad al documento notarial.

Al autor del documento, a las partes y a la redacción del documento.

Al autor del documento, como en estos casos, que dejare de firmar la escritura, que no tuviere competencia (material o territorial), que tuviera él, o sus parientes, interés en el negocio que autorice. La nulidad afecta a las partes como en el supuesto que una de ellas dejare de suscribir el documento o bien se omitiere su nombre en el cuerpo de la escritura. Y la nulidad puede surgir como consecuencia de vicios en la redacción de la escritura. Omisión de tiempo, de lugar o la no observancia del orden cronológico.

Nulidad y falsedad.

En el orden judicial, el recurso es, en su dinámica, un acto de impugnación de las resoluciones judiciales, como lo expresara Manuel Ibáñez Frocham. Con relación a los documentos notariales, los mismos también pueden ser impugnados, cuestionados. Empleando las palabras de Pelosi, la nulidad y la falsedad son dos estados que ofrece la patología del documento notarial. Cuando aparecen vicios en la elaboración del documento o que afectan a su autor, procede la nulidad. En cambio, cuando estamos en presencia de la alteración o

mutación de la verdad, corresponde hablar de falsedad (material o ideológica).

Causas de nulidad en el Nuevo Código.

En esta materia, ha incurrido en excesos. Tanto es así que el documento de la seguridad jurídica, el creado para recibir las convenciones y brindarles el peso de la autenticidad, se halla expuesto a sorpresas.

A partir del 1º de enero del año entrante, el Notario no debe olvidar cuanto sigue:

1- Por el Art. 1.037 del Código de Vélez los Jueces no podían declarar otras nulidades que las expresamente previstas. En lo pertinente a las escrituras públicas, las causas de nulidad de las mismas, se encuentran concretamente determinadas en los artículos 137 y 138 de la Ley 879. Ahora lo de las nulidades implícitas no se reduce o limita a la discrepancia entre los autores. Lo consagra el Art. 355 de tal manera que los Jueces, descubriendo una colisión entre el acto jurídico y la norma, podrá disponer la invalidez del acto.

2- Los artículos 376 y 377 del Nuevo Código consagran seis- casos de nulidad para los instrumentos públicos que afectan, por supuesto, a las escrituras públicas. Que el escribano supere los límites de su competencia material o territorial. Que el Notario autorice asuntos en que él o sus parientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tengan interés personal; Que el Notario, estando suspendido, destituido o reemplazado, autorice una escritura pública; Que el Notario deje de lado los requisitos legales que deben observarse para la redacción de las escrituras públicas o bien que no firmare la escritura en su cierre.

Nulidades propias o específicas de las escrituras públicas, contenidas del Art. 396.

Que se omita;

el lugar de otorgamiento de la escritura:

DERECHO NOTARIAL

la fecha de su otorgamiento;
el nombre de las partes;
el nombre de los representantes de las partes;
la firma de las partes o de una de ellas;
la firma a ruego, en su caso;
los motivos del impedimento para el caso de la firma a ruego;
firma de los testigos o de uno de ellos, cuando fuesen requeridos;
firma del escribano;
nombre de los testigos de conocimiento, si fueren llamados a participar del otorgamiento de la escritura;
la fe de conocimiento o que el otorgante haya acreditado su identidad por documento legal idóneo;
de haber recibido el Notario personalmente, la declaración de las partes.



Los documentos extraprotocolares en la legislación vigente

Damos a conocer un trabajo elaborado por la escribana pública ANA MANUELA GONZÁLEZ RAMOS, profesional en el ejercicio de su Ministerio Fedante, permanentemente preocupada por examinar todas las instituciones que conforman el Derecho Notarial¹

LOS DOCUMENTOS EXTRA-PROTOCOLARES:

Los Documentos Notariales por su forma instrumental pueden ser:

PROTOCOLARES:

Son los extendidos en hojas o sellos exclusivos para registros Públicos, llamados Protocolo. Tienen su grafía propia y nacen en ese objeto material.

EXTRA-PROTOCOLARES:

Son los que nacen fuera del Protocolo. Se entrega en original a los interesados. El escribano debe actuar en ellos con autorización de la Ley. Seguidamente nos referimos al específico tema de nuestro trabajo empezando con la definición.

DOCUMENTO EXTRA-PROTOCOLAR:

Es el instrumento público autorizado por el notario en original, fuera del protocolo, con las formalidades de la Ley en ejercicio de sus funciones, y dentro de los límites de su competencia. En principio se extiende, se firma, y se autoriza un solo ejemplar que es destinado a circular tal como ha sido creado, sin perjuicio de la entrega, guarda,

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 20-1987.

colección o archivo de otros ejemplares que voluntariamente, o por mandato legal, o exigencia de las formas de anotaciones o registración puedan reglamentarse.

Siguiendo una clasificación conforme lo establecen algunos autores y ajustándola a nuestra legislación, podemos decir que los documentos extra-protocolares que produce el notario son:

A) ACTAS:

Introducción:

Las ACTAS NOTARIALES van adquiriendo cada vez, mayor valor procesal. Se reclama la intervención notarial, no solo cuando la ley la impone sino en todos los casos en que se exige forma fehaciente. Bien sabemos que las actas protocolares de intimación, de requerimiento, de depósito, de constatación etc., son categorías perfectamente tipificadas y reglamentadas en el derecho notarial comparado desde hace considerable tiempo. Analizando nuestro derecho positivo y partiendo del Código de Vélez Sarsfield, hallamos que en su artículo 979, al enumerar los “INSTRUMENTOS PÚBLICOS” no tuvieron acogida las actas notariales. Estando en vigencia dicha legislación y como un gran avance encontramos en la Ley 879 del año 1981 una alusión expresa a las mismas: el artículo 111 inciso G. prescribe:

“EL PROTOCOLO SE FORMARÁ: 1- CON LAS ESCRITURAS MATRICES ENTENDIDAS POR TALES, LAS ESCRITURAS PÚBLICAS Y LAS ACTAS PROTOCOLARES”

A pesar de ello, llegamos a la sanción del nuevo Código Civil Paraguayo el cual, al enumerar los instrumentos públicos en su artículo 375, fueron excluidas nuevamente las actas notariales. No obstante, estamos convencidos de que el espíritu del nuevo Código Civil Paraguayo, es el de dar existencia propia a las ACTAS. Esta creencia se funda en el examen del artículo 389 que dispone: “LAS ESCRITURAS Y DEMÁS ACTOS PÚBLICOS” (idéntica redacción al artículo

118 de la Ley 879 en donde tuvieron cabida las ACTAS NOTARIALES en el artículo 111 inciso G) o el artículo 375, que al citar los instrumentos públicos prescribe: “Cualquier otro instrumento que autoricen los escribanos en las condiciones determinadas por las leyes”.

Creemos, que las ACTAS han ganado terreno contra la inercia de nuestra legislación, la que no ha proveído norma alguna para regir el rito documental de las ACTAS. Sin embargo, el Código Civil Paraguayo en numerosos artículos emplea la expresión ACTAS. Tomamos como ejemplos los siguientes: El artículo 398 que refiere a la protocolización de documentos exigida por la Ley, ordena que el notario debe consignar un ACTA; el artículo 1365 (de los protestos) artículos 2652 y 2653 (testamento cerrado); Artículo 528 Acta de notificación de cesión de créditos.

ACTAS EXTRA-PROTOCOLARES:

El avance de las leyes notariales ha desarrollado la teoría de la AUTENTICACIÓN NOTARIAL, creando el documento extra-protocolar, sede material idónea para numerosas actas. Empero en nuestro país existe un evidente vacío legal a este respecto. Esto genera, como consecuencia, que no existan requisitos de forma. Un ejemplo de ACTA EXTRA-PROTOCOLAR hallamos en el artículo 2651 cuando prescribe:

“EL ESCRIBANO DARÁ FE DE LA PRESENTACIÓN Y ENTREGA EXTENDIENDO EL ACTA EN LA CUBIERTA DEL TESTAMENTO QUE FIRMARAN CON EL, EL TESTADOR Y TODOS LOS TESTIGOS QUE PUEDAN HACERLO”.

En la legislación comparada se incluyen en esta especialidad las actas de: sorteo, de concursos, de existencia de personas, de notificaciones, etc.

B) CERTIFICACIONES:

El objeto y fin de la certificación es el aseguramiento de la verdad de un hecho. Existe una facultad del notario de certificar que es independiente del uso del protocolo, pero con fe pública. Determinados actos son realizados únicamente con documentos autenticados notarialmente. Ej: Artículo 272 Ley 879 referente a inscripciones de Contratos Privados de locación.

LEY 879: DE LOS TÍTULOS QUE DEBEN INSCRIBIRSE (Art. 272). “SI EL TÍTULO FUESE UN DOCUMENTO PRIVADO QUE HAGA CONSTAR UN CONTRATO PRIVADO DE LOCACIÓN, LAS FIRMAS DE LAS PARTES A LOS EFECTOS DE SU INSCRIPCIÓN DEBEN ESTAR AUTENTICADOS POR UN ESCRIBANO PÚBLICO”.

Citemos algunos Ejemplos en el N.C. Paraguay-Artículo 390-inciso “A” que prescribe sobre autenticación de las firmas puestas en la minuta en el caso de que los otorgantes no supieren hablar el español. Lo mismo el Artículo 391, referente a minutas en el caso de mudo o sordomudo que sepa darse a entender por escrito. En ambos casos la escritura se hará de acuerdo a una minuta cuya firma o firmas deberá ser reconocida ante un escribano, sino se la hubiera suscripto en su presencia.

Artículo 1053 del C. Civil en el párrafo referente a suscripciones de acciones de Sociedad Anónima establece: La suscripción de las acciones debe resultar de acto público o de una escritura privada autenticada.

Artículo 1085 del mismo Código referente a Cartas Poderes de los accionistas de Sociedad Anónima para hacerse representar en las Asambleas será suficiente una carta poder con firma autenticada.

La escritura pública que es el instrumento público por excelencia deriva del otorgamiento de las partes y de la autorización del notario. Está sujeta a la matricación a través del protocolo.

LAS CERTIFICACIONES, en cambio, por una suerte de licencia legislativa no tienen reglamentación específica. Para formalizarlas, no es necesario el empleo de los requisitos preceptuados para las escrituras públicas.

Siguiendo a Neri podemos definir la CERTIFICACIÓN como “UN INSTRUMENTO PÚBLICO EXTRA-PROTOCOLAR POSESIIVO DE CREENCIA PÚBLICA EN CUANTO A DECLARACIÓN DE VERDAD DEL HECHO QUE CONSIGNA” (Neri, Los Instrumentos – tomo 2 – edición 1969).

LAS CERTIFICACIONES se diferencian de las Actas porque en estas, hay declaración de las partes o de los sujetos instrumentales, y “narración” del notario, en tanto que, en los CERTIFICADOS, solamente se dan declaraciones del notario. Se pregunta. La certificación de autenticidad emitida por un notario. ¿Es instrumento público?

Para contestar esta pregunta interpretamos el artículo 375 C. Civil Paraguay, son instrumentos públicos: a) Las escrituras públicas, b) “CUALQUIER OTRO INSTRUMENTO que autoricen los escribanos o funcionarios públicos en las condiciones determinadas por las leyes”. Si la misma normativa de fondo faculta al notario realizar actuaciones como las contenidas en los Artículos 408 inciso b; 1053: 1085 y el Artículo 272 (Ley 879) para citar como ejemplos, aseguramos con Neri, Salvat y Borda, que las certificaciones notariales fuera del Protocolo son instrumentos públicos. En este aspecto disentimos con la nota al Artículo 375 de la página 461 (penúltimo párrafo) Código Civil Paraguay comentado, del Prof. M. A. Pangrazio (Ver TOMO I).

Entre las certificaciones notariales más usuales podemos citar:

1- CERTIFICACIÓN DE FIRMAS:

La certificación, es la dación de fe que hace el notario de un hecho cierto que ha sucedido en su presencia. En el caso de la certificación de firmas, el notario certifica el hecho de la firma, no juzga

sobre su autenticidad, por tanto, el notario debe limitarse a certificar que la firma ha sido puesta en su presencia, por la persona que ha acreditado su identidad.

El Artículo 408 del Nuevo Código Civil Paraguay que cuya fuente inmediata es el 1035 de Código de Vélez consagra el instituto de la fecha cierta de los instrumentos privados con relación a terceros, y precisamente uno de los cuatro modos de hacer adquirir fecha cierta a los instrumentos privados, lo legisla en el inciso b (Art. 408) que establece: “LA DE SU AUTENTICACIÓN O CERTIFICACIÓN POR SU ESCRIBANO”.

Es posible que el documento privado sea redactado en una determinada fecha, y que sea suscripto en una fecha posterior en presencia del escribano público. En este caso la certeza se refiere siguiendo el espíritu del b del artículo 408, a la fecha de la realización de la Certificación o Autenticación, por cuanto que el documento adicionado de certificación de firma (instrumento público), es independiente del documento privado.

Si el escribano al certificar las firmas expresa simplemente: “QUE TALES FIRMAS HAN SIDO PUESTAS EN SU PRESENCIA”, debe entenderse, que la certificación fue efectuada el mismo día en que se fechó el instrumento.

La cuestión de la fecha cierta adquiere un importante capital con respecto a los terceros. Por dicho motivo conviene ser cautos en analizar los alcances de la correcta aplicación práctica de lo estipulado en los cuatro incisos del Artículo 408, y en especial del inciso b.

Traemos a colación la opinión autorizada del profesor Miguel Norberto Falbo, quien a su vez cita a varios autores que transcribimos:

“CONFORME LO DISPONE EL ARTÍCULO 1035, PARA QUE UN DOCUMENTO PRIVADO ADQUIERA FECHA CIERTA ES NECESARIO QUE SEA EXHIBIDO, RECONOCIDO, TRANSCRIPTO,

ETC. COMO UNA COSA MATERIAL. PARA QUE EL OFICIAL PÚBLICO LO VEA Y LO EXAMINE COMO UN HECHO LÍCITO. PERO NO ADQUIERE FECHA CIERTA SOLO PORQUE LA PARTE INTERESADA LO EXHIBA, SE ARCHIVE, SE RECONOZCA, SINO PORQUE ADEMÁS DE ESTA PRESENTACIÓN CORPORAL DEBE PRODUCIRSE UNA ACTUACIÓN DEL FUNCIONARIO, QUE NECESARIAMENTE DEBE ORIGINAR LA FORMALIZACIÓN DE UN INSTRUMENTO PÚBLICO COMPLEMENTARIO, COMO SER: AUTO, PROVIDENCIA, CARGO, CERTIFICACIÓN, ETC.”. Neri, Salvat, y Borda, sostienen que la simple suscripción del notario al pie del instrumento privado, no es aconsejable, porque no excluye la posibilidad de que se complazca una falsa certificación por lo que afirman, que el espíritu de la ley, es que el acto de reconocimiento de la firma (o certificación para nuestra legislación vigente) sea redactado en un instrumento perfectamente individualizado, en el cual debe estar debidamente determinado el instrumento privado objeto de la certificación.

Debe existir un requerimiento oficial público para provocar su intervención, y quedar documentado el requerimiento en sede notarial, en el libro de Registro de Firmas. La ley de Organización Judicial 879, define como los otros documentos notariales:

“AQUELLOS EN LOS CUALES EL ESCRIBANO ACTÚA FUERA DE SU PROTOCOLO CON AUTORIZACIÓN DE LA LEY”, en el artículo 151. La misma norma legal dio origen al libro de Registro de Firmas en su artículo 152, que dice:

“LOS ESCRIBANOS DEBERÁ HABILITAR UN LIBRO ESPECIAL PARA REGISTRO DE FIRMAS QUE SERVIRÁN PARA AUTENTICAR O CERTIFICAR LAS FIRMAS QUE OBRAN EN DOCUMENTOS PRIVADOS”.

Dicho Libro de Registro de Firmas no ha sido reglamentado por disposición alguna y su actual confección se debe a una gestión del Colegio de Escribanos del Paraguay.

Ante la falta de reglamentación expresa. ¿Cuál debe ser el procedimiento para la Certificación de Firmas?

Es de advertir que apoyándonos, en la doctrina de que el acto notarial es de “CERTIFICACIÓN” y no de AUTENTICACIÓN” y que tanto la Ley 879 (Art. 151-272) como el Código Civil Paraguayo emplean tales vocablos como sinónimos modificando el texto del inciso “b” del Art. 1035 de Vélez (la de su reconocimiento) y el inciso 2° del 747 del anteproyecto de De Gásperi.

Sirviéndonos de la Legislación comparada encontramos que: en la República Argentina donde rige Artículo 1035 de Vélez, que tiene idéntica redacción al inciso “b” Artículo 408 C.- Civil Paraguayo fueron las leyes notariales de las provincias y los reglamentos notariales los que establecieron los procedimientos a seguir para las actuaciones extra-protocolares y en especial para las certificaciones de Firmas: Citemos algunos ejemplos:

LEY 5015 de la Provincia de Buenos Aires. Creó el libro Retro Especial en el cual “el escribano debía hacer constar bajo su firma en términos breves y claros su intervención en los casos de actuaciones extra-protocolares y debía dejar copia íntegra de los documentos certificados”. (Libro más completo que nuestro libro de Registro de Firmas).

La Ley Notarial de Santa Fe de 1973 introdujo el Registro de Intervenciones que dispone que:

“LOS ESCRIBANOS DE REGISTRO HARÁN CONSTAR POR RIGUROSO ORDEN DE FECHA EN TÉRMINOS CLAROS QUE PERMITAN INDIVIDUALIZAR EN FORMA INDUBITABLE LA GESTIÓN NOTARIAL EN QUE HAYA INTERVENIDO IDENTIFICANDO LAS PERSONAS, COSAS O BIENES QUE HAN SIDO OBJETO DEL ACTO, RELACIONÁNDOLO EN FORMA DE ACTA QUE SUSCRIBIRÁN JUSTAMENTE CON ÉL O LOS INTERESADOS”.

Asimismo, el Reglamento Nacional Uruguayo de 1971 establece las normas para las intervenciones extra-protocolares.

Por las razones expuestas, sugerimos a los colegas un sistema de autenticaciones, mediante el agregado de un sellado notarial complementario vinculado al instrumento privado cuyas firmas se certifica, debiendo constar en dicho sellado complementario, a) La identificación de las personas que han intervenido en el contrato con sus respectivos documentos de identidad; b) Las fojas del Libro de Registro de Firmas en que constan las mismas y al mismo tiempo; c) Dejar constancia en dicho libro, el motivo por el cual el firmante ha requerido la certificación de su firma.

Con el libro de Registro de Firmas se halla foliado y rubricado por la Autoridad Judicial, su empleo en esta forma justificaría plenamente su existencia, y con dicho procedimiento se evitaría el camino abierto al fraude en perjuicio de terceros, pues bien, podría un escribano complaciente formalizar una certificación falsa si en sede notarial no se registran sus actuaciones extra-protocolares.

Adjunto a este trabajo acompañamos un modelo de CERTIFICACIÓN que a nuestro criterio y por todo lo expuesto es compatible con nuestra legislación (inciso b Art. 375 Código Civil). Quizás con este método de autenticación en hoja separada podamos evitar la gran confusión que existe entre los funcionarios de las oficinas perceptoras de Impuestos quienes al encontrar la certificación al pie de un documento privado en numerosos casos y muy a beneficio fiscal, han tratado de aplicar al notario certificante el Artículo 5° de la Ley 1003 INVOLUCRÁNDOLO en el principio de “OBLIGACIÓN SOLIDARIA ENTRE LAS PARTES” o el artículo 44 de la misma Ley.

Se impone la imperiosa necesidad de recalcar en el texto de la certificación con suma precisión del acto que se formaliza. El Notario, no es otorgante, no endosa, no admite, no tramita, ni autoriza el acto, el cual sigue siendo “PRIVADO” en su contenido y forma, por lo tanto de entera responsabilidad de los contratantes. El Notario, en resu-

men, clara y terminantemente expide la CERTIFICACIÓN de un hecho cierto que ha sucedido en su presencia cual es “LA FIRMA DE LAS PARTES” (Ver modelo 1).

Deseamos que, el mismo Colegio de Escribanos del Paraguay, dictamine sobre esta propuesta y tal vez en breve se dicte una reglamentación al respecto ya que los motivos son obvios.

Algunos cuestionamientos respecto al tema:

1- ¿Puede un notario certificar solamente una de las firmas puestas en un instrumento si en él existieren más de una? Si, puede, debiendo ser expreso en el texto de la certificación a cuál de las firmas hace referencia.

2- Si el documento ya estuviere firmado por los contratantes antes de venir a la escribanía. ¿Que debe hacer el notario? Debe requerir que los interesados vuelvan a firmar en ese acto y en su presencia.

3- ¿Puede el Notario remitirse a una registración anterior en caso de que los interesados fueren habituales requirentes de la Escribanía?

La respuesta es NO. Si la certificación de fe de un hecho (firma) que sucede en presencia del NOTARIO, quien “NARRA” que fueron puesta en su presencia, indispensablemente debe consignarse UNA REGISTRACIÓN DE FIRMA POR CADA CONTRATO PRIVADO.

4- ¿Pueden certificarse las impresiones digitales?

El artículo 152 de la Ley 879 que crea el Libro de Registros de Firmas no hace relación a las impresiones digitales. No extiende su alcance a las impresiones digitales, como lo hacen las leyes orgánicas de la República Argentina.

El Artículo 144 de la Ley de Organización Judicial, se refiere a la firma a ruego únicamente en el capítulo de las Escrituras Públicas. Surge de lo expresado que la firma a ruego no es posible en los con-

tratos privados. Encontramos que en la legislación comparada los notarios pueden certificar las impresiones digitales puestas en su presencia. Artículo 46 Ley 6191 Orgánica de la Provincia de Buenos Aires de 1959, alude expresamente a la “CERTIFICACIÓN DE FIRMAS O IMPRESIONES DIGITALES EN DOCUMENTOS PRIVADOS SIEMPRE QUE SE TRATE DE PERSONAS DE SU CONOCIMIENTO”.

Por otro lado, afirmamos que el uso de la impresión digital en contratos privados no está prevista en la Legislación Paraguaya tanto en la Ley 879, como en el Código Civil en parágrafo de los instrumentos Privados. En sus artículos 399 al 409 no se dio cabida al Artículo 750 del Anteproyecto de De Gásperi que daba validez a los documentos otorgados por analfabetos suscriptos con impresiones digitales, una vez autenticadas las mismas por la oficina Dactiloscópica del Estado. Como no faltan reglas sin excepciones detectamos en la legislación vigente un caso de excepción de firma a ruego en escrito privado. Artículo 66 –Código Procesal Laboral que transcribimos:

ARTÍCULO 66: (C.P.L.)

“LOS OBREROS, EMPLEADOS Y APRENDICES SUS DERECHOS-HABIENTES, PODRÁN HACERSE REPRESENTAR POR ABOGADO O PROCURADOR, MEDIANTE SIMPLE CARTA PODER, CUYA FIRMA SERÁ AUTENTICADA POR ESCRIBANOS PÚBLICOS O JUEZ DE PAZ DEL LUGAR EN QUE RESIDA EL PODERDANTE.

EN CASO DE QUE EL PODERDANTE NO SUPIERE FIRMAR LO HARÁ A SU RUEGO UNA PERSONA CAPAZ ANTE EL JUEZ DE PAZ O ESCRIBANO PÚBLICO” (Ley 742 Código Procesal Laboral).

INTERROGANTE:

a) Que sucede si un analfabeto necesita otorgar un contrato privado?

Necesariamente deberá otorgar por instrumento público (con firma a ruego) y formalizar el contrato por intermedio del apoderado.

2- AUTENTICACIÓN DE FOTOCOPIAS:

a) DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS: Pasados ante el Notario.

Cabe destacar que con el advenimiento de la tecnología de las máquinas fotocopadoras se difundió la práctica del uso de las mismas, la que tuvo su mayor auge en el Poder Judicial. Luego de varios años de uso por simple costumbre se sancionó la Ley 879 que en su artículo 123 establece con carácter optativo el uso de la copia o “fotocopia” de las Escrituras Públicas; lo mismo sucede con el inciso H del artículo 375 del N.C. Paraguay que alude a las copias o fotocopias de los “INSTRUMENTOS PÚBLICOS”. (Concordantes art. 124-126-127-128, de la Ley 879).

b) AUTENTICACIÓN POR COTEJO DE UN DOCUMENTO ORIGINAL:

Si bien no ha tenido cabida expresa en las leyes. Comprende las certificaciones hechas a diario por el Notario que efectúa el cotejo de la pieza fotocopada con el original que tiene a la vista. El Artículo 111 de la Ley 879, y su fuente (art. 91 – Ley 325) no introducen entre los deberes y atribuciones del Notario el de “CERTIFICAR AUTENTICIDAD DE FOTOCOPIAS” tal como se legisla expresamente en el derecho comparado. (Ver Art. 46 Ley 6191 – año 1959 Orgánica del Notario Provincia de Bs.As.)

En la práctica y sin un aparente sustento legal estas autenticaciones notariales se han convertido en auxiliares de la vida de relación jurídica como principio de prueba de hechos o circunstancias que son difíciles de demostrar. Sin embargo, en el 415 del C.C.P. se menciona “LAS FOTOCOPIAS DE INSTRUMENTOS PRIVADOS OBRANTES EN EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS O JUDICIALES, O EN EL PROTOCOLO DE UN ESCRIBANO QUE LLEVAREN LA CERTIFICACIÓN DEL FUNCIONARIO ADMINISTRATIVO COMPETENTE, DEL ACTUARIO DEL PROCESO O

DEL ESCRIBANO, EN SU CASO, “SERÁN CONSIDERADAS” COMO FIEL Y EXACTA REPRODUCCIÓN DE LOS ORIGINALES”.

¿Cuál es el apoyo jurídico de esta arraigada costumbre material?

En este supuesto, de autenticación por cotejo, EL NOTARIO DA FE DE QUE LA REPRODUCCIÓN ES FIEL REFLEJO DEL ORIGINAL QUE TIENE A SU VISTA. Está pues constatando un hecho, no la certeza de su contenido, ni de las firmas puestas en el original.

Creemos con Pelosi que estas certificaciones son una especie de actas breves, en cuanto solo se autentican, a pedido del interesado, hechos y no actos. Tienen una estructura especial, pues en principio solo documentan declaraciones unilaterales del notario. Se impone reglamentar la redacción de estas certificaciones. Como la declaración es efectuada necesariamente a instancia del interesado, es importante hacer constar dicho requerimiento, dando cumplimiento al inciso “a” del artículo 111 que ordena al notario actuar únicamente por mandato de autoridad pública, o a pedido de parte interesada o de su representante.

En ausencia de requisitos formales, es necesario uniformar un sistema de “Autenticación de Fotocopias ajustando al criterio de Actas Breves” que a nuestro juicio tiene cabida en el Art. 375 del Nuevo Código Paraguayo cuando menciona “CUALQUIER OTRO INSTRUMENTO QUE AUTORICEN LOS ESCRIBANOS...” en el 389 en la frase “Y DEMÁS ACTOS PÚBLICOS”, y en el Artículo 111 de la Ley 879. En el inciso “j” en el párrafo “COMPROBAR HECHOS Y ACTOS NO CONTRARIOS A LAS LEYES”. En el inciso “N” “SOLO PODRÁ EXCUSARSE DE PRESTAR SERVICIOS CUANDO LO SOLICITADO FUESE CONTRARIO A LA LEY, A LA MORAL O A LAS BUENAS COSTUMBRES”.

Sobre este tema adjuntamos una propuesta de modelo de autenticación de fotocopias que los colegas pueden perfeccionarlo, y un consejo: Formar un archivo de Documentos Fotocopiados. (modelo 2).

c-) AUTENTICACIÓN DE FOLLETOS IMPRESOS

El Notario Público no tiene facultad expresa de autenticar los “FOLLETOS IMPRESOS” de Estatutos Sociales de Sociedades u otras entidades análogas. Nos encontramos ante el mismo vacío legal ya expuesto al hablar de autenticación de fotocopias.

Sin embargo, en la práctica se realiza con suma frecuencia dicha autenticación, muy recomendada y aceptada en el ambiente comercial, en los Banco, entidades financieras, binacionales, ministros, instituciones Estatales, etc. Tal costumbre notarial nos ha llevado al rastreo de un apoyo legal a tal difundida práctica.

Como dijimos al comienzo, el objeto y fin de la certificación es el ASEGURAMIENTO DE LA VERDAD DE UN HECHO, también dijimos, que el notario tiene facultad de dar fe independientemente del uso del Protocolo, como en el caso de las certificaciones de firmas, cargos, notas, que solo contienen declaraciones del Notario. Si leemos detenidamente los incisos a-d-f-j y N del Artículo 111 de la Ley 879 y si nos apoyamos en el inciso B Artículo 375, Preguntamos: Existe algún impedimento para que el notario teniendo a la vista (por ejemplo) una copia autentica o autenticada de la escritura pública de constitución de la Sociedad Anónima, además del expediente original de las actuaciones oficiales; Decreto, Certificado de Inscripción en el Registro Público de Comercio, coteje detenidamente y redacte una constancia, más o menos en los términos siguientes:

“TAL EJEMPLAR IMPRESO, DE FOJAS CONTIENE LA TRANSCRIPCIÓN FIEL DE LOS ESTATUTOS SOCIALES DE...CUYA COPIA NOTARIAL AUTENTICADA Y CONSTANCIAS ORIGINALES TUVE A LA VISTA PARA SU COTEJO, QUE EFECTUÓ TAL CONSTANCIA A PEDIDO DEL SEÑOR...A LOS...DÍAS DEL AÑO... (Ver Art. 111 de la Ley 879 – inciso a-j y N) (modelo 3).

El Notario debe ser responsable de lo que afirma, pues nadie cree, cuando el que afirma no es responsable de lo que sostiene, y en caso de que él no respondiere de esa fe, caerá todo el ministerio fedatario.

Creemos que la sanción de la Ley Orgánica del Notariado Paraguayo llenará las numerosas lagunas reglamentarias de las que padecemos hasta la fecha.

NOTAS:

Las notas son generalmente protocolares, conforme al Art. 111 (1) de la Ley 879, art. 122; Artículo 126, de la misma ley, y cuando se producen fuera del Protocolo sirven para hacer referencia a documentos otorgados. (Ver Acordada Corte Suprema de Justicia del 3.III.84 – incisos g-k-n-ñ-).

Las notas al pie de los títulos de propiedad o de los planos de loteamientos son de gran valor, pero no existe una disposición legal que obligue al notario a redactarlas. Un ejemplo de nota extra-protocolar encontramos en el inciso b del Artículo 393, que dice: “SI LAS PRODURACIONES FUEREN GENERALES LAS TRANSCRIBIRÁ EN SU PROTOCOLO Y PONDRÁ EN ELLOS NOTA DE HABERLOS EFECTUADO”.

CARGOS:

Típico ejemplo de documento extra-protocolar perfectamente tipificado en nuestra legislación:

CARGO DE ESCRIBANO:

Es la atestación hecha por el notario en su escrito firmado que le ha sido entregado en determinado día y hora, con obligación de presentarlo él personalmente ante la autoridad judicial o administrativa a sus efectos y dentro de los términos que prescriben las normas rituales, del Código de Procedimientos en materia Civil y Comercial las que refieren a los “Cargos de Escribanos” sin especificar

las solemnidades que debe contener su redacción. (Acordada N° 22 del 18.XII-1903).

PALABRAS FINALES:

Nos resulta muy atinado recordar al respecto de este trabajo las palabras del notario MARIO ANTONIO ZINNY cuando dice:

“LA FE PÚBLICA NOTARIAL ES UNA FE IMPUESTA POR EL ESTADO, EL NOTARIO NO SOLO LA IMPONE A LOS OBJETOS QUE CREA (DOCUMENTOS PROTOCOLARES) Y A SUS PROPIOS ACTOS, SIN O TAMBIÉN LOS ACTOS QUE PERCIBE LO CUAL APARECE CLARAMENTE DETERMINADO EN EL ARTÍCULO 993 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ Y QUE EXTIENDE LA FE PÚBLICA SOBRE LA REALIDAD DE LOS HECHOS QUE EL AUTORIZANTE ANUNCIARE COMO CUMPLIDOS POR EL O QUE PASEN EN SU PRESENCIA”.

Este Instituto no fue desechado de la redacción del Artículo 383 del Nuevo Código Civil Paraguayo, por cuyo motivo creemos que con estos modelos de certificación no estamos fuera de la ley, siempre que lo planteemos como actas breves, esto es, indicando quien solicita, consignando la fecha y en lo posible tener un archivo de tales documentos en sede notarial.

Una Aclaración: Los esquemas preparados no son la última palabra en materia de interpretación de las normas vigentes. Solo deben verse en ellos un gran deseo de hacer más perfectible nuestra labor de asesoramiento jurídico de todos los días.

Además, debo decir, que no consideramos agotado el tema, máxime cuando se tiene en cuenta la escasa literatura notarial nacional. Insto a profesores, juristas, y colegas notarios a investigar sobre la problemática de los documentos extra protocolares, en razón de que la delicada misión del notario lo obliga a desempeñar su ministerio sin equívocos de que el acto que realiza es puro, natural y por sobre todas las cosas encuadrado en las más estrictas normas legales.

N.P. Ana M. González Ramos

19 – VI – 1987

MATERIAL BIBLIOGRÁFICO CONSULTADO

1- Argentino I. Neri

Tratado Teórico y práctico de Derecho Notarial

Volumen II – INSTRUMENTOS.

2-Monografía – “Fecha cierta – Carácter de la enumeración legal”

AUTORES:

HADA E. CARBALLAL

CARLOS A. PELOS

LAUREANO MOREIRA

JORGE BOLLINI

MIGUEL N. FALBO

EDUARDO B. PONDE

FRANCISCO FERRARI CARALTI

Publicada en la Revista de Derecho Notarial (Provincia de Buenos Aires – La Plata).

3- Ley Orgánica del Notariado-Provincia de Buenos Aires. Ley 6191.

4- Ley Notarial de Provincia de Formosa 719/79 y Reglamento del uso del Libro de Intervenciones.

5- Carlos A. Pelosi – El documento Notarial – año: 1980.

6- Carlos A. Pelosi – Estudios Jurídicos Notariales – Editorial Abeledo Perrot – 1995 (Buenos Aires). Reglamento Notarial Uruguayo (Año: 1971).



Hitos Notariales

I. HOMENAJE A LA CIUDAD DE ASUNCIÓN EN EL 450º ANIVERSARIO DE SU FUNDACION

Asunción 15 –Agosto- 1987

Escribano Alejandro Doldan Insfran¹

“En la misión de asegurar derechos y patrimonios y evitar contiendas entre los hombres, el Escribano asentaba en sus Libros, y más tarde al instuirse este, en las Actas del Cabildo, los mandatos locales, las ordenanzas virreinales, las cédulas de su Majestad, y también cuando las había, las Bulas Papales. Tomaron estos hombres nota de las expediciones, las resoluciones de los regidores y registraban la fundación de los Pueblos Pueblos y Fuertes...” (Tomás L. Micó “Los primeros Escribanos del Paraguay” 1977).

HITO, lo define el Diccionario de la Real Academia Española, como mojón o poste de piedra que sirve para conocer la dirección de

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 23-1988.

Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.N.A. Titular del Registro de Contratos Públicos N° 99 con sede en la Capital -Calle Benjamín Constant N° 595- Ex-Presidente del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos del Paraguay, (1981-1983), así como miembro de varios consejos directivos. Pro-Tesorero de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado Latino (1982-1984). Miembro Titular del Instituto de Perfeccionamiento Profesional de la Universidad Notarial Argentina. Delegado del Colegio de Escribanos del Paraguay a los Congresos Internacionales realizados en París (1979) y Lima (1983). Segundo premio en el Concurso Histórico-Literario organizado por el Instituto Cultural Paraguayo-Alemán, con motivo del Centenario de la Fundación de la Ciudad de San Bernardino (1981). Presidente del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos del Paraguay y Miembro del Instituto de Derecho Notarial (1985/87). REELECTO COMO PRESIDENTE DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DEL PARAGUAY POR EL PERIODO 1987-1989.

los caminos y para señalar los límites de un territorio, lo usaremos en sentido figurado e iremos colocando para señalar y fijar los caminos seguidos por los documentos notariales y sus ejecutores en los hechos más salientes de nuestra nacionalidad.

1- No quisiéramos iniciar esta recopilación de hechos, sin comenzar con la mención de un acontecimiento que nos afecta como cristianos que somos, pues si se ha de dar crédito a ciertas crónicas, en el proceso de Cristo ante Poncio Pilatos figuran autorizando la sentencia de muerte los Notarios Natán, Lucio, Sertillo y Amastrisillo; escribas regis de que se servían los Reyes de Judea y Persia y que eran verdaderos notarios. (Juan Baldana-DERECHO NOTARIAL APLICADO - T. III-Ed. 1932).

Se llamaban Notarios en consideración al hábito que tenían de escribir valiéndose de notas, eran simples secretarios de las personas a quienes servían, y a veces ni siquiera llegaban a tales, eran simples esclavos con la habilidad de estenografiar las sentencias y los discursos.

Pero nuestra intención no es hacer la historia del Notariado sino una mención de hechos salientes.

2- Los preparativos del viaje de Cristóbal Colón, constituyen un hito importante en nuestra recopilación y el personaje elegido es MOSEN LUIS DE SANTANGEL, Notario español (fallecido hacia 1507), protector del navegante genovés. Decidió a la Reina Isabel la Católica a patrocinar la empresa de Colón, facilitándole de su peculio particular 140.000 maravedises para el equipamiento de las carabelas. Nació en Cataluña o Aragón. Su estatua figura entre las del monumento erigido a Cristóbal Colón en Barcelona.

3- El 12 de Octubre de 1492 Cristóbal Colón pisó tierra en la isla de "Guanahaní", por él bautizada como "San Salvador" y que posiblemente sea conocida hoy con la denominación de "Watlin", estableciéndose así la otra cabecera del imaginario puente marítimo que unía a Europa con el nuevo continente que luego pasaría a llamarse América. Acompañaban a Colón a más de la tripulación propiamente

marinera, otros hombres con distintos quehaceres específicos y así tenemos a:

un cirujano; que fue Maese Juan;

un Droguero, Maese Diego;

un repostero, llamado Pedro Gutiérrez;

un físico, que fue Maese Alonso;

El Monarca envió un Veedor, que fue Rodrigo Sánchez; pero lo insólito, como lo comenta Diego comenta Diego Luis Maolinari (La Empresa colombina y el descubrimiento - Bs.As. 1937), es que no figurara en la expedición ningún sacerdote.

A esta enumeración, hay que agregar el nombre de don RODRIGO DE ESCOBEDO O DESCOVEDO, un Escribano que participó de la empresa por disposición del Consulado del Mar. Ese día 12 de Octubre de 1492 se iniciaba en América las funciones notariales y fue precisamente don Rodrigo de Escovedo o Descovedo, cuando en su carácter de Notario de Armada y cumpliendo los requisitos reglamentarios, levantaba el Acta Notarial relacionada con el hecho de la toma oficial de la isla Guanahaní, certificando a instancia del Descubridor “como él por ante todos tomaba, como de hecho tomé, posesión de dicha isla para el Rey por la Reina sus señores, haciendo las protestaciones del caso”.

Datos posteriores nos indican que este Primer Notario de América, fallecía poco después en el Fuerte de Navidad, siendo uno de los 39 españoles voluntarios que quedaron en “La Española, cuando Colón regresó a España en Enero de 1493 (Saúl Cestau Historia del Notariado Uruguayo-1976).

Nos comenta el Historiador Argentino Eduardo Bautista Pondé en su magistral obra “Origen e Historia del Notariado” -1967- que Rodrigo de Escovedo no solo fue el primero que cumplió funciones notariales en América, personificó, también, el trasplante del instituto jurídico del notariado de España a América.

Es interesante para mejor comprensión de nuestros hitos posteriores, transcribir en su texto original las instrucciones a que debían ajustar los procedimientos a seguir en los nuevos descubrimientos, ellas decían;

“La manera que habéis de tener en el tomar de la sesión de las tierras e partes que descubrièdes ha de ser, hagáis ante escribano público y el más número de testigos que pudieredes é los más conocidos que hubiere, un acto de posesión en nuestro nombre cortando árboles é ramas, é cavando ó haciendo, si hubiere disposición, algún pequeño edificio, é que sea en parte donde haya algún cerro señalado o árbol grande, é decir cuantas leguas está la mar, poco más o menos é á que parte é que señas tiene, y hacer allí é una horca, y que algunos pongan demanda ante vos, como nuestro capitán é juez, juez, lo sentenciéis y determineis de manera que en todo toméis la dicha posesión, la cual ha de ser por aquella parte donde la tomare- des, é por todo su partido é provincia ó isla, é de e ello sacaréis testimonio sinado de dicho escribano, en manera que haga fe. PEDRO MANCILLA, á 24 días del mes de noviembre de 1514 años, YO EL REY”.

4- El 2 de Febrero de 1516, JUAN DIAZ DE SOLIS pisaba tierra americana, en el paraje que se denominaó “NUESTRA SEÑORA DE LA CANDELARIA” (posiblemente lo que hoy es puerto de Montevideo, frente al cerro) y, ante el Escribano PEDRO DE ALARCÓN y el Estado Mayor de la Armada, “tañendo trompetas, tomó posesión de estas tierras para la Corona de Castilla.

Consecuentemente a Juan Díaz de Solís se lo tiene como el primero que llegó a las márgenes del “Mar dulce”, que más tarde sería llamado Río de la Plata.

5- El primero en cumplir funciones notariales Ciudad de Asunción, capital de la República del Paraguay, fue el Escribano de Su Majestad Don AMADOR DE MONTTOYA.

Desgraciadamente no existe el Acta de fundación del fuerte, devorada tal vez vez por el incendio del año 1543; con referencia a este

hecho escribe Carlos Zubizarreta en su “Historia de mi ciudad” - 1964-:

“Ocurrió el 4 de Febrero de 1543. Era un domingo de madrugada y antes que las campanas de la Merced y San Francisco llamaran a misa de alba soplaban ya un infernal viento norte, anunciador del día tórrido. La indiecilla manceba de un soldado anónimo encendía el fuego pobre rancho de adobe, paja y palo... Repentinamente, un fuerte golpe de viento desbarato en remolino por la reducida habitación y una hamaca tendida, tibia aún de sueño, comenzó a arder. La manceba se incorporó y, descolgándola, sacudióla contra la pared. El fuego prendió en baja techumbre pajiza y, con el viento huracanado, pronto se convirtió en hoguera...”.

Conocida es la polémica sobre el verdadero fundador de la ciudad de Asunción, mientras unos sostenían que fue don Juan de Ayolas el 15 de Agosto de 1536, otros afirmaban que fue Juan de Salazar de Espinosa el verdadero fundador el 15 de Agosto de 1537.

Fué el Doctor Manuel Domínguez quién demostró la verdad, “...como Ayolas iba fundar Asunción el 15 de Agosto de 1536, dos meses antes de su partida de Buena Esperanza, de donde salió el 14 de octubre del mismo año?”.

El historiador nacional-recientemente fallecido, Doctor Hipólito Sánchez Quell en un trabajo de su autoría, aparecido en la revista “GUARAN”, hoy desaparecida, con motivo de la Asunción al mando del Mariscal José Félix Estigarribia y que lleva la fecha 11 de Agosto de 1939, no dice que “tanto Domínguez, como Fulgencio R. Moreno, Enrique de Gandía y otros sostienen que Asunción fue fundada el 15 de Agosto de 1537 por Juan de Salazar.

Ocho años después de la fundación, en cierto documento, el mismo JUAN DE SALAZAR DE ESPINOSA, que así es verdadero nombre, nos cuenta que, habiendo partido del Puerto de Buenos Aires el 15 de Enero de 1537, rumbo a La Candelaria, entró en la bahía del Cacique Caracará y allí concibió ya la fundación de Asunción.

“A la subida de este río Paraguay, llegamos a este paraje de la Frontera y, vistas las grandes necesidades tomó parecer pasadas, este testigo (que lo fue Salazar) tomó de Hernando de Ribera, de Gonzalo de Morán, de Gonzalo de Mendoza, de dos Religiosos y de otras Religiosos y de otras personas, si les parecía bien y convenía al servicio de su Magestad hacer casa fuerte en este paraje y hacer paces con esta generación de indios Carios. Los cuales dijeron ante AMADOR DE MONTTOYA, escribano de su magestad, que les parecía bien y cosa muy útil y provechosa a esta conquista. Y así, visto lo susodicho, asentaron paz y concordia con los indios de esta tierra y les dijeron que de vuelta se haría una casa y pueblo”.

Carlos Zubizarreta, en su obra ya citada nos cuanto sigue: “La fundación del fuerte de Nuestra Señora Santa María de la Asunción tuvo lugar esa misma mañana (15 de Agosto de 1537), pocas horas después del desembarco. A tres tiros de ballesta de la taba indígena y en despejado otero que dominaba la cinta brillante del río, Don Juan de Salazar y Espinosa (sic), con la espada desnuda, la cabeza destocada y el amarillo pendón de Castilla desplegado ante la hueste, cumplía el rito impuesto por la pragmática castellana tomando solemne posesión de la tierra nueva en nombre de la católica y Cesárea magestad de Carlos V. Nació Asunción bajo el vuelo jubiloso de pájaros y el Escribano AMADOR DE MONTTOYA labraba Acta de Fundación. A pocos pasos los Carios estupefactos contemplaban el espectáculo con sus ojos oscuros”.

Juan de Salazar de Espinoza y de los Monteros (que así es su nombre completo, fundó el Fuerte, GONZALO DE MENDOZA fue su primer Alcalde, pero más tarde surge el nombre de Domingo Martínez de Irala, quien crea la ciudad de Asunción, capital de la provincia gigante de las Indias.

6) Biografía del Fundador de la ciudad de Asunción Manuel Domínguez.

“Juan de Salazar de Espinoza, de una familia noble, nació en la Villa de Pomar en 1508. Era doctor y Comendador de la Orden de

Santiago, se alistó en el Estado Mayor de don Pedro de Mendoza y vino en la gran expedición, mandando el galeón La Anunciada (Madero). Estuvo en la fundación de Buenos Aires, donde, es fama, mató de un argonazo un tigre que había devorado a un oficial. Pasó a Buena Esperanza con el Adelantado, quien allí le nombró veedor interino, por fallecimiento de Gutiérrez Laso de la Vega. Fue el jefe de la expedición despachada en seguimiento de Ayolas y fundó el fuerte de la Asunción, del que más tarde fue alcalde”

“Irala, recibido del Gobierno, fue a despoblar Buenos Aires, quedando de gobernador interino de Asunción, García Benegas, y entonces los indios, encabezados por Carduaraz, anularon una conspiración contra los españoles (Oviedo)”. “Pero fue Dios servido de que se descubriese la tramoya por medio de una india que tenía a su servicio el capitán Salazar, hija de un cacique principal, la que habiendo entendido lo que los indios determinaban, dio de ello aviso a Salazar sucintamente”.

“La conjura fue así ahogada, salvándose la naciente colonia”.

“Viene Alvar Núñez y va al Puerto de los Reyes, dejando a Salazar como su lugar teniente general”.

“Estando el Adelantado a punto de ser embarcado para España, declaró dejaba como sucesor al Capitán Salazar”. Otro relato quiere que este “enseña se cierta provisión que el gobernador había dejado”. Pero lo que sea, los comuneros le embarcaron entonces también a Salazar.

“Vuelto a España y absuelto por el Consejo de Indias y legitimados por el Emperador, dos hijos que tenía, se retiró a Granada...” (Cartas de Indias). “El Emperador, después de oír a su Consejo, acordó (a Salazar) el 30 de Mayo de 1547 un escudo de armas además del que tenía por su linaje”.

“En octubre de 1548 le encontramos en Sevilla; 1549 fue nombrado Tesorero de las Provincias del Río de la Plata”.

“Se le encomendó el despacho de la expedición de Sanabria. Naufraga en las costas del Brasil y las desavenencias habidas entre él y Hernando de Trejo le privaron del mando y dividieron la gente; de la cual gran parte le siguió a San Vicente en donde las circunstancias le obligaron a permanecer más de dos años...”.

Con Ruíz Díaz de Melgarejo, los hermanos Goes otros portugueses y las mujeres españolas que le habían acompañado incluso doña Isabel de Contreras, con quién se casó, dirigióse: guiado y protegido por el jesuita Manuel de Nobrega, al Guaírá, donde llegó a los cinco meses de viaje. De allí despachó a Bartolomé Justiniano con las Cédulas Reales que llevaba para Domingo de Irala. Salazar llegó y fue recibido en los cargos de Tesorero General y Regidor, en octubre de 1555. Tres años después presentóse como candidato la elección de Gobernador. “Francisco Ortiz de Vergara obtuvo el triunfo”. (Cartas de Indias). En el viaje de San Vicente a la Asunción trajo el primer toro y las primeras siete vacas que hubo en el Paraguay (Ruiz Díaz de Guzmán), y otra tradición quiere que entonces trajese también la imagen de la Virgen de la Asunción que, por mucho tiempo en poder de la familia Zavala, se quemó después de la guerra en Villa Hayes. La llamaron La Conquistadora.

“Queda de él una carta datada en la Asunción el 20 de marzo de 1556, donde relata su penoso viaje por el Guairá, pide a perpetuidad un repartimiento de indios, recordando haber sido el primer poblador y fundador de esta ciudad...”. Yo estoy, decía, viejo, muy cansado y pobre”. Murió en Asunción, desempeñando su cargo de Tesorero el 11 de febrero de 1560, antes que amaneciese”.

“Dejó tres hijos, uno de ellos, Juan de Salazar, cruzó el Chaco con Ortiz de Vergara, tomó parte en la expedición de Chávez a los jarayes y con el mismo fue al Perú. Volvió a la Asunción con Felipe de Cáceres, fundó Santa Fe y después Buenos Aires con Garay. Los otros fueron Hipólito y Agustín. Revolucionarios en Santa Cruz de la Sierra, perdieron la vida en el cadalso”.

“Los tres grandes servicios prestados por Salazar fueron: la fundación de la Asunción, el descubrimiento de la conspiración guaraní-, -y la introducción de los primeros ganados en el Paraguay, -es decir, que salvó tres veces a la conquista. A no fundar la Asunción y no pudiendo subsistir Buenos Aires, la expedición de Mendoza, desbaratada y maltrecha, hubiese probablemente acabado como la infortunada de Gaboto. A no haber descubierto la primera formidable conjunta del indígena, todos los conquistadores hubiesen perecido. El tercer servicio, la importación del ganado vacuno, fue la salvación económica de la colonia. ¡Y en el Paraguay, ni rastro de su ilustre estirpe!”.

7) ASUNCIÓN MADRE DE CIUDADES-AMPARO Y REPARO DE LA CONQUISTA

Muchas de las ciudades que luego pertenecieron al Virreinato del Río de la Plata, tiene su historia y su fundación vinculada a la ciudad de Asunción, pues desde ahí partieron sus fundadores con indios y mancebos de la tierra, para ampliar la conquista y convertirla en “amparo y reparo de la conquista y así tenemos que>

Año 1554: García Rodríguez de Vergara, funda Villa Ontiveros.

Año 1556: García Rodríguez de Vergara, funda Ciudad Real.

Año 1559: Nuflo de Chávez, funda Nueva Asunción.

Año 1561; Nuflo de Chávez, funda Santa Cruz.

Año 1570: Ruy Díaz de Melgarejo, funda Villarrica del Espiritu Santo.

15 de Noviembre de 1573, Juan de Garay funda la ciudad de Santa Fe de la Vera Cruz y cuya Acta de fundación, fue redactada por el Escribano Pedro de Espinoza.

Año 1579: Ruy o Ruiz Díaz de Guzmán, funda Santiago de Jérez.

11 de Junio de 1580, Juan de Garay funda la Segunda Buenos Aires y cuya acta de fundación la redacta el Escribano Pedro de Xeres.

Año 1585: Alonso de Vera, funda Concepción del Bermejo.

Año 1588: Alonso de Vera, funda San Juan de Vera de las siete Corrientes.

Todas estas fundaciones tienen su entronque o punto de partida, en la Santa María de la Asunción.

8) El 3 de octubre de 1541, Domingo Martínez a sazón Gobernador de Asunción, en acuerdo con los oficiales reales y por ante el Escribano JUAN VALDEZ DE PALENZUELA, establece que:

“Visto que no hay oro ni plata ni otras cosas en la tierra para poder contratar en manera de moneda...é porque las dichas cosas y asimismo el bastimento que hay de su magestad se come de gorgojo y se pierde, y se establece se espera que cada día valdrá menos”, que “valga un anzuelo de malla un maravedí, é un anzuelo de rescate valga cinco maravedíes, é un escoplo valga diez y seis maravedíes, una cuña de la que aquí se acostumbra hacer valga cincuenta maravedíes... y que alguno los pueda desechar por los dichos precios...”.

9) El 16 de Septiembre de 1541, Domingo Martínez de Irala, convierte el Fuerte en Ciudad, siempre de acuerdo con los Oficiales reales y se crea el Cabildo; Asunción se convierte entonces en ciudad y podrá asentar documentos, la frase “esta República”.

El Acta de Fundación de la ahora convertida en ciudad, fue labrada por el Escribano JUAN VALDEZ DE PALENZUELA y se reglamentaba con toda minuciosidad la constitución del municipio y el sistema electoral adoptado.

10) Alvar Núñez Cabeza de Vaca, Segundo Adelantado al Río de la Plata consigna en sus comentarios que cuando subían el río Paraguay en busca de la Sierra de la Plata encontraron limones “no más grandes que huevos de paloma, que en sabor y olor nada difieren del

limón ceutí de España (se refería posiblemente a nuestra lima sutí), y el Escribano MARTIN DE ORUE, agregaba en el año 1573, que los melones jugosos se encontraban entre las frutas más exquisitas y jugosas cultivadas en Asunción.

Posteriormente este Escribano sufrió un procesamiento y un conato de tormento, sobre presuntas vinculaciones con el intento de fuga de frailes franciscanos.

11) En las crónicas sin mención de año, presumiblemente entre los años 1544 a 1556, figura el escribano Gaspar de Ortigoza, quien asentaba en acta los votos con la firma de los que sabían escribir o la simple cruz de los analfabetos.

12) En el mes de Julio de 1555, Domingo Martínez de Irala recibía las reales provisiones para su designación efectiva de gobernador y Capitán General de la Provincia del Paraguay y Río de la Plata. El Escribano BARTOLOME GONZÁLEZ dio lectura a la copia de las reales provisiones, concluida la formalidad, Irala se presentó armado de armas, al Cabildo y Regimiento de la ciudad para su reconocimiento por los señores Regidores.

13) Leemos a Carlos Zubizarreta en la obra ya citada: “A comienzos de la primavera de ese año -3 de octubre de 1556- Domingo Martínez de Irala entregaba su alma a Dios en su morada de Asunción, tras breve enfermedad contraída mientras dirigía en los bosques aledaños de Mburicao un corte de madera destinado a concluir los retablos de la Catedral...”.

“En su lecho de muerte, ante el Escribano de Gobierno BARTOLOME GONZÁLEZ, dispuso que por bien de la tierra no se innovase cuanto tenía ordenado y se hiciera cargo del gobierno de la Provincia su yerno y lugarteniente don Gonzalo de Mendoza. Su última voluntad fue respetada y, como tenía dispuesto en su testamento, tuvo su solemne sepelio con desfile de comunidades, cofradías, misas, cánticos y pobres vestidos a su costa, en medio de la general consternación

de la ciudad. El difunto fue sepultado en la Catedral por él construida, al pie del altar mayor y a la vista de los retablos de cándida y amorosa artesanía que hiciera labrar con sus indios conversos”.

En su testamento -que felizmente llegó hasta nosotros- prosigue Carlos Zubizarreta, reconocía descendencia mestiza. Eran nueve hijos. “Declaro y confieso que tengo, y Dios me ha dado, en esta Provincial ciertos hijos e hijas que son don Diero Martínez de Irala y Antonio de Irala y Doña Ginebra Martínez de Irala, mis hijos de María mi criada, hija de Pedro de Mendoza -Moquiracé- indio principal que fue de esta tierra; y doña Marina de Irala, hija de Juana mi criada; y doña Isabel de Irala, hija de Agueda mi criada; y doña Úrsula de Irala, hija de Leonor mi criada; y Martín Pérez de Irala, hijo de Escolástica mi criada; y Ana de Irala, hija de Marina mi criada; y María de Irala, hija de Beatriz, criada de Diego Villapardo; y por como yo lo digo, su numerosa los tengo y declaro por mis hijos e hijas... He casado a ley y a bendición a la dicha doña Marina con Francisco Ortiz de Vergara y a doña Isabel con el Capitán don Gonzalo de Mendoza, y a la dicha doña Ginebra con don Pedro de Segura, y a la dicha doña Úrsula con Alonso Riquelme de Guzmán”...

14) Poco después de la muerte de Irala, el Escribano MARTIN DE ORUE elevaba un informe al Consejo de Indias atribuyendo a Asunción una población mestiza de más de tres mil almas, a más de los españoles.

15) El 26 de enero de 1576 fallecía en Asunción, el adelantado Juan Ortiz de Zárate, atacado por el “mal de cámaras” conocido hoy con el nombre de disentería.

Pocas horas antes de su muerte dictaba su testamento al Escribano BARTOLOMÉ GONZÁLEZ, designando como única y universal heredera de sus cuantiosos bienes a su hija natural Juana de Zárate.

Disponía el testamento que el Adelantazgo correspondería a quien la desposara, por lo cual debiera elegirse -nos cuenta Zubizarreta en la obra ya citada- ...”tal persona que como caballero pueda gobernar estas dichas provincias”... nombraba albacea testamentario

y tutor de la menor Juana de Zarate al Escribano MARTIN DE ORUE y, mientras tanto, encargaba interinamente el gobierno a sobrino Diego de Mendieta.

16) El Escribano de Cabildo don JUAN ORTIZ DE VERGARA, descendiente de Irala y del conquistador de ese mismo nombre, fue el encargado de llevar la notificación de la expulsión de la ciudad del Colegio de la Compañía de Jesús y de los Jesuitas, acordándole un plazo perentorio de tres horas para abandonarlo, ocurría esto el 7 de Agosto de 1724.

Y fue este mismo Escribano JUAN ORTIZ DE VERGARA, quien leyó al Gobernador Martín de Barúa, cuando por nota del 13 de Febrero de 1728 se disponía la restitución de los Padres Jesuitas a su Colegio de la Compañía de Jesús, que se realizó con toda solemnidad.

Posteriormente y durante la Gobernación de don Carlos Morphy, por un decreto real del Monarca Carlos III de fecha 27 de Febrero de 1767, se ordenaba la expulsión de los religiosos de la Compañía de Jesús de todos sus dominios y confiscando todas sus temporalidades, archivos, libros y papeles; todos los trámites pertinentes se llevaron a cabo con la intervención del Escribano de Cabildo, desapareciendo del Paraguay colonial luego de más de siglo y medio de permanencia.

17) Corría el año 1792 y una mañana de Febrero, el párroco del templo de la Encarnación, advirtió la desaparición de elementos utilizados para el culto, hecha la denuncia, fue descubierto el malechor y sometido a proceso, a cuyo efecto fue labrada un Acta por el Escribano Judicial MANUEL BENITEZ en fecha 12 de Enero de 1792 (Archivo Nacional de Asunción).

18) 10 de Noviembre de 1548. DIEGO DE LABARRIETA, Escribano de Su Majestad firma como testigo por los que no saben firmar, un acta que es autorizada por el Escribano BARTOLOMÉ GONZÁLEZ. Nombramiento de DOMINGO MARTINEZ DE IRALA, en

nombre de S.M., como “teniente de Gobernador y Capitán General de la Provincia y conquista del Río de la Plata”.

19) 25-Julio-1559. A la muerte de Irala, le sucede su yerno; - falleciendo al poco tiempo.

En su reemplazo es electo don FRANCISCO ORTIZ DE VERGARA...”la votación fue secreta, escrita y obligatoria... el escrutinio presidido por el Obispo de la ciudad de Asunción rodeado de Alcaldes y Regidores, fue público, anotándose los resultados ante ESCRIBANOS en registros duplicados.

20) 22-October-1575. El Escribano de Gobernación LUIS MARQUES, autoriza un acta otorgada por el Adelantado JUAN ORTIZ DE ZARATE.

21) 19-Julio-1598. El Escribano Público y de Cabildo JUAN CANTERO, autoriza un Acta otorgado por HERNANDO ARIAS DE SAAVEDRA.

22) Año de 1.615. Figura como Escribano Público y de Cabildo don DIEGO GONZÁLEZ DE SANTA CRUZ, Padre Roque González de Santa Cruz, hoy Santo.

23) 23-Enero-1.724. El Escribano Público de Gobernación y de Cabildo JUAN ORTIZ DE VERGARA, autoriza un Acta suscrito por RAMON DE LAS LLANAS, JOAQUIN ORTIZ DE ZARATE, JUAN CABALLERO DE AÑAZCO Y OTROS. Los detalles y contenidos de estas actas que mencionan, serán transcriptas en un próximo trabajo y que no cabe dentro de los alcances de una exposición.

24) 31-Diciembre-1733. Don MANUEL FRANCISCO FERNANDEZ PAREDES, Caballero de la Orden de Santiago, Escribano Mayor de la Gobernación y Guerra de “estos Reinos”, autoriza con su firma un Decreto, por el cual se corta toda comunicación del Virreinato del Perú con la Provincia del Paraguay.

25) 15-Marzo-1735. Don BRUNO MAURICIO DE ZABALA “...mandó y firmó con testigos, A FALTA DE ESCRIBANO PÚBLICO NI REAL y en este papel por falta de sellado...” (sic).

26) 20-Julio-1740. Ante el Escribano Público y de Gobierno don JOSE PICOLINI se ordena la extinción por el fuego de los legajos de la Revolución Comunera y es consumida la más sacramental documentación, que la ciudad de Asunción guardaba en sus archivos, como acervo, el más glorioso de sus luchas por su tierra y su libertad.

En efecto el mencionado Escribano consigna: “...habiendo puesto un bracero encendido se pusieron en él todos los Autos y papeles... y en llama se quemaron y consumieron sin quedar de ellos por mandato de dicho señor Gobernador e ilustre cabildo (Martín de Echauri), doy la presente en este papel por falta de sellado...”.

Finalizando la época Colonial, consignemos que el:

27) 23-Agosto-1776. El Escribano de Cabildo don JOSE RAMON ORTIGOZA, autoriza el acta por el cual, por Real Cédula del 23 de Agosto de 1776 se creaba el Colegio Seminario.

28) En los días previos a los hechos del 14 y 15 de Mayo de 1811, existía el CUERPO CAPITULAR DE ASUNCIÓN Y en ese cuerpo oficiaba de secretario el Escribano IGNACIO RUIZ.

II- ÉPOCA INDEPENDIENTE - 1811-1870

29) Se puede afirmar que el Escribano de la Independencia es el ESCRIBANO JACINTO RUIZ, pues figura autorizando las siguientes Actas: o certificando Autos, Bandos u Oficios:

15-Mayo-1811: Oficio enviado por el Capitán Pedro Juan Caballero al Señor Gobernador Intendente don Bernardo Velazco, reclamando la entrega de armamentos y demás propuestas hechas.

16-Mayo-1811: Oficio dirigido al Capitán Pedro Juan Caballero por el señor Gobernador Intendente don Bernardo Velazco, comunica la entrega de documentos al Escribano y que en virtud del Bando han sido entregadas las armas que las llaves de Tesorería obran en poder.

Existen otros documentos certificados por este Escribano, pero citemos los principales:

15-Febrero-1814: Toca a Fulgencio Yegros el turno Gubernativo, para lo cual labra la respectiva acta y se hace público el cambio del Cónsul de turno.

Años después y ya en plena dictadura aparece el nombre de JACINTO RUIZ integrando, pero no ya como Escribano, una delegación que entrevista al Supremo para que se permitiera celebrar el día de San Baltazar, fiestas que estaban suprimidas o prohibidas con motivo de la última conspiración, y el Dictador les contestó que lamentaba no poder acceder al pedido, porque aparte de estar prohibidas...” en esas fiestas se producían hechos escandalosos y bochornosos.

30) Se produce luego un largo silencio notarial que dura hasta la muerte del Doctor Francia y el advenimiento del Consulado.

Durante la dictadura francista, el funcionario público a quien más confianza le tenía el Dictador, era su secretario POLICARPO PATIÑO, siendo el mismo el trasmisor de la mayor parte de las órdenes que dictaba.

31) Nos cuenta el Coronel SILVESTRE AVEIRO en sus “APUNTES AUTOBIOGRÁFICOS”:

“En la tarde del 8 (Setiembre de 1862) me dictó (Don Carlos Antonio López, entonces presidente de la República), desde su lecho de dolor, mi despacho nombrándome ESCRIBANO DE GOBIERNO Y HACIENDA, y Archivero General...”

“Al día siguiente a la tarde, volví a darle cuenta de que me hice cargo del empleo, por cuya confianza le tributé gracias, como de costumbre, y me dijo:

-”Es un empleo que lleva consigo algunas dificultades en su ejercicio, -pero poniendo atención, - en breve te será fácil todo, teniendo buenos maestros, en los expedientes de la Secretaría y del archivo”.

“En fin agregó:

-”Tú eres joven. Tienes un porvenir y procura hacerte útil, para que te conserven después de mis días. Voy a morir; la cuestión es solo de tiempo, de momentos quizás. Pero de esto no hay que hablar afuera”.

“Y alargándome la mano por primera vez, y postrera, la tomé entre las mías, diciéndome:

-”Adiós Aveiro. Mil gracias por tus buenos servicios”

Prosigue el Coronel Silvestre Aveiro: “Por fines de Agosto, días después de su enfermedad, firmó e hizo sellar el pliego de reserva, prevenido para estos casos, por la entonces Ley Orgánica del País, estableciendo sucesor interino que debía, inmediatamente convocar un congreso electoral para designar la persona que debía desempeñar la Presidencia de la República”...

“Héchose cargo, en virtud de aquel pliego, el Mariscal López, el mismo día del fallecimiento de su padre, del gobierno provisorio, con el título de Vice-Presidente eventual, con dos adjuntos, que fueron el Coronel Felipe Toledo y don Manuel Ignacio Lezcano, Juez Superior de Apelaciones, procedió, pasado los funerales, a un Congreso electoral, que se reunió, el 16 de octubre de 1862, y le proclamó Presidente de la República por diez años...”

32) El Coronel Silvestre Aveiro estuvo en el cargo de Escribano de Gobierno y Hacienda hasta el año 1867, en que lo sustituyó en calidad de provisorio, en vista de su prolongada ausencia de la capital Don VICENTE VALLE.

Y aquí plantamos un mojón para luego seguir con los demás hitos, para referirnos brevemente a la legislación hispánica en América, para lo cual recurriremos a lo que nos dicen los historiadores Eduardo Bautista Pondé y Saúl D. Cestau:

La presencia del Escribano Rodrigo de Escovedo en la expedición de Cristóbal Colón, representa el “trasplante del instituto jurídico del notariado de España a América, en consecuencia la legislación española fue volcada en su totalidad a América, haremos una rápida mención de las principales leyes:

a) EL FUERO REAL Y LAS PARTIDAS. ALFONSO X, llamado el “Sabio”, formó dos códigos: el primero fue el Fuero Real, el segundo Las Siete Partidas.

EL FUERO REAL constituyó un cuerpo de legislación para todo el Reino; fue concluido en el año 1255 y fue promulgado con el nombre de “Fuero Real o Fuero de las Leyes”.

Se componía de cuatro libros y la institución notarial aparece regulada en siete leyes contenidas en el Título 8 del Libro I.

LAS PARTIDAS constituye en cuerpo completo de Derecho Público y privado y la obra se divide en siete libros, divididos a su vez en 182 títulos y estos en 2802 leyes; su primera publicación data del año 1348 pero su publicación completa se llevó a cabo en 1505.

La Partida Tercera, en los títulos XVIII y XIX estatuye un cuerpo legal orgánico de las Escrituras y de los Escribanos, respectivamente.

b) EL ORDENAMIENTO DE ALCALÁ es un código publicado en el año 1348, contiene 32 títulos, dividido en leyes.

c) LA PRAGMÁTICA DE ALCALÁ, dictada por los Reyes Católicos en el año 1503, en ella se reglamenta entre otras cosas el proceso formal del instrumento público la custodia del protocolo y expedición de copias. Es interesante consignar que a partir de esta fecha,

las escrituras matrices formaron el protocolo y a los interesados se le entrega una copia.

d) **LEYES DE TORO.** Es un cuerpo compuesto de 83 leyes, elaboradas bajo los auspicios de Fernando e Isabel en el año 1502 y publicadas en la ciudad de Toro 1505, de ahí su denominación.

e) **LAS RECOPIACIONES**, así se denominaban los principales cuerpos legales (reguladores de todas las jurídicas), lo canónico, político, administrativo, militar, civil, penal, mercantil, laboral, fiscal, etc.

El profesor Pondé nos dice, que en la “Nueva recopilación”, todo lo relacionado con el Notariado se encuentra en el Libro II, en los títulos XII, XIX, XX y XI, y que esos títulos regulan respectivamente, lo referido a los notarios de las provincias; lo relacionado con los Escribanos de Cámara y del Consejo y con los derechos que competen a ellos; prestando ordenación a los Escribanos de Cámara de Audiencias, y Cancillerías y finalmente legisla sobre los Escribanos del Crimen, los Alcaldes de corte y de cancillería y de sus aranceles.

En cambio en la “NOVISIMA RECOPIACIÓN” se trata todo lo que tiene que ver con los Escribanos Públicos y del número de los pueblos, de los notarios de los reinos y de las visitas que han de hacerse y está contenido en el Libro VII, título XV.

Hasta aquí la mención de la legislación española aplicada en la época colonial, mencionando se comprende las principales.

33) Por decreto del 24 de Noviembre de 1842 se sanciona el **ESTATUTO PROVISORIO DE JUSTICIA** que constituye la primera **LEY ORGÁNICA DE LOS TRIBUNALES** dictada en el país (J.J.Soler-Introducción al Derecho Paraguayo-1959).

Consta este cuerpo legal de 82 artículos, siendo los puntos más salientes de este Estatuto la abolición de las leyes de Indias, la fijación de un nuevo orden de prelación de las leyes y la aspiración de tener códigos propios y es de destacar que el Paraguay fue el primer

país en abolir las Leyes de Indias, por ser “INCOMPATIBLES CON NUESTRA EXISTENCIA POLÍTICA LIBRE E INDEPENDIENTE”.

El nuevo orden de prelación comprendía las leyes patrias en primer término, y, luego, las de Castilla, Partidas y las de Toro, pero las tres últimas, como nos dice el Profesor Soler, con carácter provisional, o como dice en el Art. 73 de dicho cuerpo legal... “MIENTRAS LA REPÚBLICA SANCIONE SUS CÓDIGOS”.

La actividad notarial se seguía rigiendo por las leyes hispánicas.

34) Por providencia del 14 de Octubre de 1858, don FRANCISCO SANCHEZ, Escribano de Gobierno y de Hacienda, aparece firmando un expediente sobre una escritura, en virtud del cual comparecía don Francisco Antonio Lara, Albacea y Heredero de doña JUANA DE LARA, ilustre dama los que en la mañana del 15 de Mayo de 1811, enviara procederes de Mayo un ramo de rosas rojas, jazmines y azucenas, cuyos colores inspiraron los colores de nuestra enseña patria.

35) Posteriormente don Francisco Sanchez fue nombrado Vicepresidente en el Gobierno del Mariscal Francisco Solano López, con quien compartiera el sacrificio en el holocausto de Cerro Corá.

36) 24-Julio-1867. Reciben la “Estrella de Caballeros” los ciudadanos BERNARDO ORTELLADO, Escribano en lo Civil y VICENTE VALLE, Escribano de Gobierno y Hacienda, del natalicio del Mariscal con motivo de los festejos del natalicio del Francisco Solano López.

Es de recordar que el Escribano VICENTE VALLE, es el mismo que suplantó en el cargo al Escribano de Gobierno y Hacienda don SILVESTRE AVEIRO, quien terminó la guerra con el grado de Coronel cayendo prisionero de las tropas brasileñas. De él nos quedan sus “MEMORIAS MILITARES 1864-1870” (Ediciones Comuneros-1970).

III- ÉPOCA CONSTITUCIONAL - 1870 en adelante

Imaginemos a nuestra ciudad capital en el año 1870; la guerra de la Triple Alianza había concluido -una ciudad destruida, saqueada, ocupada militarmente por tropas extranjeras- iniciando su reconstrucción, no solamente en el orden material, también en lo político y administrativo y así tenemos que:

37) 24-Noviembre-1870: El presidente de la Honorable Convención don JOSÉ DEL ROSARIO MIRANDA, por ante su Secretario Don Otoniel Peña, por nota oficial comunica al Señor Presidente Provisorio de la República don Cirilo Antonio Rivarola, que “...en la sesión de la mañana de hoy ha sido firmada la Carta fundamental de la República...”

Por Decreto del mismo día “...promulgase dicha Constitución y téngase por Ley en por Ley en todo el territorio de la República...”.

Y, declárase día feriado de la Nación el prefijado día 25 de Noviembre del corriente para todos los años, y mientras exista el Paraguay como Nación libre e independiente.

38) 25-Noviembre-1870. “En la capital el acto del Juramento tendrá lugar a las 7 y media hora de la mañana” y... “y, así se cumplió”.

3 de Abril de 1871: Por Ley de la fecha, se crea una oficina que se denomina “OFICINA DE HIPOTECAS DE LA REPÚBLICA Y REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD”.

En dicha Oficina, decía el Art. 2º de dicha ley “se llevarán tres registros separados, uno para la toma y razón de los títulos -otra para las Hipotecas- y otro para los Embargos.

Sucesivas leyes orgánicas fueron reglamentando funcionamiento de este importante organismo, hasta llegar a lo que es hoy la DIRECCIÓN DE LOS REGISTROS PÚBLICOS, regulado por Ley 879 -Código de Organización Judicial y su modificatoria ley 963.

La ciudad no estaba carente de servicios notariales; existían Escribanos con títulos argentinos que habilitados ejercían su profesión y sus procedimientos se regían por Acordadas dictadas por la Corte Suprema de la ciudad de Buenos Aires.

Las Escribanías pertenecían en propiedad a sus titulares y los Registros podían negociarse.

39) Para reglar esta situación, el gobierno de don Salvador Jovellanos dicta el Decreto de fecha 14 de Febrero de 1872 y declara de propiedad fiscal todas las Escribanías que pasan a ser públicas o de propiedad del Estado con lo cual se pone fin a la venta de Registros.

40) Durante el gobierno del General Bernardino Caballero, se promulgan en forma curiosa dos leyes orgánicas:

a) LEY ORGÁNICA DE LAS ESCRIBANIAS DE LOS TRIBUNALES, que regulaba la actuación de los Escribanos Actuarios, hoy denominados Secretarios de Juzgados.

b) LEY ORGÁNICA DE LOS TRIBUNALES y entre otras disposiciones se regula las Escribanías de Registro.

Estas leyes entraron en vigencia el 19 de Enero de 1884.

41) Por Ley del 26 de Septiembre de 1880 se crea el REGISTRO DEL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS.

42) Por Leyes de fecha 19 de Agosto de 1876 y 27 de Julio de 1889 se adopta el CÓDIGO CIVIL ARGENTINO (Código de Vélez).

43) Por Ley del 6 de Octubre de 1898 se promulga la LEY ORGÁNICA DE LOS TRIBUNALES, entrando en vigencia el 10 de Enero de 1899 y ya se establece claramente la diferencia entre Actuarios y Escribanos de Registro legislado en un solo cuerpo.

44) Por Ley del 29 de Agosto de 1891 se adopta el CÓDIGO DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (Dalmacio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo).

HITOS NOTARIALES

45) 14-Agosto-1892. Se funda el COLEGIO DE ESCRIBANOS DEL PARAGUAY, siendo su primer Presidente el Escribano don Juan B. Villasantí.

46) Por Decreto del 8 de Septiembre de 1902 se dispone que las Escribanías que antes llevaban la denominación de sus titulares pasen a ser enumeradas y se crean: 6 Escribanías de Registros Civiles, Comerciales y de Marina y se denominan: REGISTRO DE CONTRATOS PÚBLICOS N°....

47) No podemos dejar de mencionar que en fecha 11 de Noviembre de 1898 se dicta la LEY DE MATRIMONIO CIVIL.

En el Art. 118 de las Disposiciones transitorias se establece que en la primera edición que se haga del Código Civil, se incorpore esta ley en lugar del Título Primero Sección Segunda del LIBRO PRIMERO y arreglando la numeración que corresponda a los artículos.

48) En fecha 23 de Noviembre de 1918 se dicta LA LEY ORGÁNICA DE LOS TRIBUNALES conocida como la LEY 325 entrando a regir el día 25 de noviembre de 1918.

49) En fecha 2 de diciembre de 1981 se promulga la LEY 879 - CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL, entrando en vigencia en fecha 2 de Marzo de 1982.

Esta Ley fue modificada por LEY N° 963

50) 23-Diciembre-1985: Se dicta la Ley 1183 promulgado por el P.E. el NUEVO CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO.

51) 10-Enero-1987: Entra en vigencia el NUEVO CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO.

52) 14-Agosto-1987: El Colegio de Escribanos del Paraguay cumple sus 95 años de existencia, constituyendo la organización gremial universitaria más antigua del país.

53) 15-Agosto-1987: Asunción, 450 años de vida.

En esta forma el Colegio de Escribanos del Paraguay y la Asociación de Mutualidad Notarial han querido rendir este Homenaje y lo han conseguido, gracias a ustedes en este 450º aniversario de la ciudad de Asunción que para el historiador será siempre **“la madre y fundadora de Ciudades-Amparo y reparo de la conquista-la muy ilustre y muy noble- la ciudad comunera de las Indias y cuna de la libertad de América”**.

Para el músico **“la ciudad de los naranjos y sus flores”**.

Para el poeta **“Asunción – la ciudad con nombre de mujer”** - por eso la amamos.

Para el campesino **Paragua-y**.

Y para nosotros los Escribanos el muy noble título conquistado de -simplemente- **la ciudad de Asunción, capital de la República del Paraguay**.



Jornadas de reflexión

Antonio Colmán Rodríguez¹

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con mi encuesta, con gente de mi “entorno”; la reflexión como disposición a considerar detenidamente una cosa, es materia casi exclusiva de los temas relacionados con la religión. De donde una jornada de reflexión profesional, si no es frecuente, hasta podría decirse es rara.

Sin embargo, su expansión cobra vigencia y ha entrado especialmente en el campo de las profesiones liberales y con muy buen resultado.

Escuchamos hablar de ella. Averiguamos su mecánica. Evaluamos la gravedad probable de un resultado negativo, así como muy desganadamente, por improbable, los beneficios cosechables de un éxito, al final.

Con la ayuda o complicidad de unos cuantos optimistas y atendiendo a que así en la superficie de la actividad de esta profesión no afloran con frecuencia las rencillas, como sí se escucha, ve y testimonia es corriente en una profesión pariente con la de los Notarios, los que por obra y gracia de nuestra intrépida y acaso irresponsable determinación, serían conducidos al pórtico que introduce si no a un ambiente a la gloria, por lo menos de comprensión y mejor entendimiento, o transformado por algún maléfico mago en una enorme probeta de experimentación, de la que saldrían hechos unos monstruos terribles por su maldad o batracios horripilantes, por su fealdad.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 23-1988.

RAZONES ARGUIDAS

¿Por qué pensamos en la jornada de reflexión? Descubrimos con asombro que no solo el lego nato sino inclusive gente con ilustración sabía mal o ignoraba olímpicamente la función del Notario como profesional universitario, encargado por el Estado de dar fe, en su nombre, de ciertos actos. Los miembros de esa comunidad a la que el Notario sirve tienen el convencimiento de que su función confina en expedirle “su título”, después de abonarle sus honorarios y acabó! Pero el asombro no para ahí porque nos topetamos con una realidad derivada, una cruenta: el Notario mismo ya había llegado a que la función que la comunidad le atribuía, era realmente la suya! Reflexionamos: si esto es así, ¿cuál la diferencia entre el Notario, su función profesional y el fotógrafo de cualquiera de nuestras bellas plazas públicas? Analizamos la situación, pero eliminando el cerco separador y tomamos al connacional, al paraguayo, para hacer lista de sus cualidades, virtudes, limitaciones, defectos, etc. En el balance aparecieron nítidamente que él es generalmente tímido, introvertido, poco comunicativo, aislado. Lo que sabe no siempre lo puede transmitir. Piensa mucho, pero dice poco porque no tiene coraje para romper el valladar que lo aleja de su mundo circundante. Tiene dificultades con el idioma, por la timidez, por su preparación insuficiente y porque, es honesto decirlo, lee poco y su capacidad imaginativa y posibilidad con la fantasía o para la construcción mental de figuras o para la expresión de ideas o la exteriorización de su pensamiento, se enfrenta con una dificultad terrible y antes que padecer el suplicio, prefiere el prudente silencio o la soledad que no compromete.

En posesión de estos datos, creímos para esta endemia podría ser que la terapia la jornada de reflexión. Reunir a estos profesionales universitarios. Encerrarlos a considerar temas que sabíamos constituían una cuestión de interés general. Que los propios participantes buscaran su solución si la hubiera. Si no, para que todos, como supieran hacerlo, como entendían, según su propia experiencia o como haya obrado, no importa si contra la ley o simplemente mal, exponiendo a sus pares, sin mencionar nombre, lugar o época, etc.

para evitar identificación o localización del fato, sin inhibiciones, expusieran el caso, a la consideración de sus propios compañeros, los que, reunidos en grupos de trabajo y mediante rudimentaria dinámica de grupo, y un responsable, disecaran el o los casos, en un ambiente de comprensión, camaradería y solidaridad profesional, se ejercitaran a pensar, a ordenar sus ideas mentalmente. A expresarlas con su mejor lenguaje posible. Sin rubor ni inhibiciones. Confraternizaran, se conocieran, intercambiaran experiencias, hicieran una suerte de transferencia de “tecnología”, etc.

Apartados físicamente de su medio. La sede, “El Palacio de los Congresos”, de la Ciudad de Presidente Stroessner. Imponente edificación, único para ese propósito en nuestro País. Comodidad de primera categoría. Confortable, moderno y equipado técnicamente con elementos de los llamados hoy, sofisticados.

TEMARIO

En puridad, el temario lo constituían 3 puntos importantes de la actividad notarial: “la función notarial, ética notarial y gremialismo”, con la salvedad de que esos tópicos no serían tratados muy académicamente. Es decir, no habrían expositores tipo cátedra magistral. Ni ponencias.

LA INDUCCIÓN AL TEMARIO

Debía buscarse que los participantes abordaran los puntos comprendidos en el temario, sin ajustarse con demasiada estrictez al rigor de un esquema propio de lo que se conoce en la materia y que tiene su concepción. Una explicación general antes de comenzar la reflexión propiamente. La primera jornada con integración de grupos. Fueron 12 de más de 10 cada uno. La seria advertencia de que no debían mencionarse nombres, lugar ni nada que facilitase la individualización del caso tomado para analizarlo desde los ángulos del temario. Para el violador de las reglas éticas, para el que medra a la sombra de la traición a los postulados de la lealtad para beneficiarse

con el rédito que dá la competencia desleal, se les dijo en esa exposición general, será la hora en que por el peso moral y por la responsabilidad profesional le caerá el sayo, el que no solo lo individualizará sino además le oprimirá tanto que lo sentirá como si fuera una camisa de fuerza y que el impacto sobre su alma será tanto que no podrá sino inclinar la cabeza en señal de arrepentimiento y mínimamente, ruborizarse.

CUESTIONARIO BASE

Al solo propósito de facilitar el comienzo de la jornada y para que sirviera de puntapié inicial, se entregó a cada participante una media docena de preguntas. Son estas:

1. Como Notario, depositario de la fe pública, calificado profesional de una determinada comunidad, tu misión se circunscribe solo a recibir el requerimiento de las partes, la redacción del documento, ¿la firma del mismo y la expedición de copias?, o la actividad del notario es mucho más que eso?

2. ¿Cuál es tu opinión referente a la actuación de los demás colegas de tu misma comunidad en el campo profesional? ¿Si tuvieras que reprocharles por no actuar como es debido, puedes hacerlo sin verte afectado anímicamente por ello?

3. ¿Consideras dura la lucha que debes soportar para mantenerte firme con la Ley, con el colega, con el gremio, para no llegar a la competencia desleal?

4. ¿Te consideras con suficiente fortaleza para actuar en forma solitaria en el campo profesional o crees que para cumplir con tu cometido a cabalidad precisas de un Colegio que agrupe a todos los Notarios, buscando con la agremiación el bien común del notariado?

5. ¿Llena tus expectativas la labor realizada por el Colegio de Escribanos del Paraguay? ¿En caso negativo o qué propuestas puedes ofrecer para su mejoramiento?

6. ¿Los miembros de la comunidad donde ejerces tu función se notarial, conocen a cabalidad la labor profesional del Notario? ¿Qué opinión tienen de tu trabajo y de tu personalidad profesional?

RECOMPOSICIÓN DE GRUPOS

Después de cada jornada extendida a todo un medio día, se recomponían los grupos. Se lograba con esto una mejor y mayor integración. Se conocían más entre ellos o mediante ese mecanismo, se conocían. Aquí, con estaba afirmando la base del gremialismo, el cual no consiste sino en el espíritu de cuerpo para el bien común de los profesionales del gremio.

BALANCE DE LA JORNADA

Se comenzó con una idea. Se temió que al llevarse a la ejecución el resultado fuera un rotundo fracaso. Se sabía lo que se quería, pero no cómo lograr lo querido. La mezcla de sistemas para la puesta en ejecución era otra cuestión preocupante. Si el injerto prendería, era la preocupación capital de organizadores.

Parecía increíble pero casi inmediatamente de habérselo clausurado ya sentíamos que se coronó con el más brillante triunfo. Todos opinaron favorablemente. Contentos, aunque era seguro que nadie resolvió su problema ni el problema del gremio, pero sirvió como terapia, porque cada participante tuvo oportunidad de decir su verdad o, por lo menos, para decir su opinión. Sus palabras fueron escuchadas. Desahogo general. Purga espiritual. Alivianados del peso que constituía su preocupación. Atacaron las deslealtades de los colegas, pero sin ofender ni agraviar. Otro, invocando el secreto profesional que su colega debía observar rigurosamente, le relató que cometió una flagrante violación de la ley y consiguiente deslealtad con un colega y autorizó al confesor expusiera públicamente, como un caso, de lo que él era responsable. Lo hizo, según el expositor, porque estaba arrepentido y porque sintió deseo de que sirviera como ejemplo en propuesta del Colegio y del Instituto de Derecho Notarial.

Mediante la exposición sincera, leal y honesta de los participantes y gracias a la conducción eficiente de los responsables de grupos, se concluyó que constituían temas de la principal preocupación gremial, los que seguidamente se apuntan.

CONCLUSIONES

El arancel Notarial. Conquista del Notariado el que al cabo de más de 30 años obtuvo la actualización de su ley y la adecuación de la misma a la realidad. Esa ley tiene un dispositivo común que permitirá al gremio que la escala de valores se actualice permanentemente, sin necesidad de acudir al largo y tedioso procedimiento de la reforma de la ley.

Sin embargo, no ocultaron la dificultad de su aplicación por el antecedente de vicios y liberalidades que habían estado minando su aplicación, incentivado por la terrible competencia desleal de los propios y otras veces, por la presión de los otorgantes cebados.

Nadie buscó tapar la existencia de la competencia viciosa, porque hubo conciencia de que había que hacer la denuncia pública, para alimentar la esperanza de que la actuación leal, legal y honesta de todos, permitirá alcanzar los propósitos inmersos en esa suerte de monopolio que la ley establece a favor del Notario, cuando dispuso que las escrituras públicas debían “hacerla” solamente los depositarios de la fe pública y excepcionalmente otro funcionario indicado por ella, el Juez de Paz. Lo había establecido para asegurar al Fedante, un buen pasar, buen vivir, pero dedicado casi exclusivamente a la función notarial.

EL PROBLEMA DE LA MASIFICACIÓN DE LA PROFESIÓN

Emergió como una voz potente, estentórea, casi como un clamor generalizado, la perentoria y urgente necesidad de evitar la masificación de la profesión, a la que se estaría llegando, si ya no se llegó, por la creación casi irracional de Registros Notariales. Se destacó que en este País de un poco más de 3.500.000 habitantes, existían más

de 800 Notarios Públicos, cantidad que promedia un resultado alarmante, pues por cada 4.375 habitantes, habría un Notario. Alarmante porque en el sistema del notariado latino, en el cual milita nuestro País, existen reglamentaciones por las que, mediante estudios muy minuciosos y detallados, se tiene establecido que no debe haber sino un solo Notario, para 30 a 35.000 habitantes. Agravada esa posible masificación con la concentración excesiva de Notarios en ciertas zonas y la ausencia de los mismos en otras, naturalmente, por motivos fácilmente imaginables: el interés por los centros caracterizados por su gran movimiento escriturario.

Muchos de los comprendidos en las generales de la ley, por vía indirecta, reconocieron que deben ser muy pocos los que se encuentran en situación real de idoneidad profesional para acceder directamente a la titularidad de un Registro, a poco de haber concluido la carrera. Esta situación genera, por lo general, la proliferación de la “locación” simulada del Registro, porque el nombrado no trabaja, pero sí los adscriptos, quienes, por hacer vivir al registro, pagan una elevada tasa, la más de las veces en porcentaje superior a lo que de la operación líquida resta para el que efectivamente generó el ingreso. De esto surgió la convicción generalizada de que debía buscarse el camino que lleve a convencer a las autoridades de la conveniencia de establecer que el ingreso a esta función debía condicionarse a la obligada pasantía de los postulantes y coronado el proceso con el “concurso de oposición”, atendiendo a que con la carrera existente en nuestro País, cada año egresan centenas de Notarios, a los que debía brindarse, sin ningún tipo de discriminación, la oportunidad de poder acceder a la función notarial, como Titular o Adscriptos.

LA EXCLUSIVIDAD ABSOLUTA DE LA FUNCIÓN PARA LOS NOTARIOS

Muy estrechamente vinculado con todo esto que aspira contribuir al mejoramiento de la función y a la categorización del Profesional, en consideración a la cantidad de egresados, la eliminación del Juez de Paz de la función notarial y mediante un estudio completo,

establecer la exclusividad a favor del Notario, el que estará obligado a prestar su importante servicio a toda la comunidad de la República. Desde luego que el mantenimiento del Juez de Paz en la función notarial es hoy día casi un absurdo.

LA COLEGIACIÓN AUTOMÁTICA

Para que las leyes que rigen para la función y para el Notario sean obedecidas por todos los que actúan como titular o Adscriptos, debe entenderse que por los mismos fundamentos por los cuales se estableció en otros países, debe consagrarse en la legislación notarial, la colegiación automática, con la que de ninguna manera se estaría atentando contra el derecho del ciudadano a asociarse o no, según su propia conveniencia, sino porque a través de la agremiación de todos los incorporados a la importante función fedataria, el espíritu de cuerpo y la conciencia plena de la responsabilidad se puede alcanzar con más facilidad y con mucha mayor eficacia.

Asombrosas revelaciones se produjeron en esta jornada de reflexión y lo más destacable, que nadie reveló nada como una delación, casi siempre descalificador o relajante, sino porque la jornada fue para todos un enorme confesionario donde cada uno con sinceridad, con valentía, relató “su caso” o “el caso”. Enriqueció el conocimiento de muchos porque todos mostraron interés en ayudar al colega con el aporte de su conocimiento, de su experiencia.

PROTOCOLOS VOLADORES

La deslealtad profesional estaba representada por variantes que van desde el caso de los Notarios de la Capital que operan con protocolos “voladores”. Es decir, falsean que el o los otorgantes comparecieron ante él, en la Capital, pero es el protocolo bajo el Notario o su Gestor el que con él fue hasta allá, o simplemente, se lo empaquetó y voló a esa vía cualquiera de las Empresas de Transportes regulares. Es cierto que el riesgo enorme, porque resulta fácil imaginar lo que ocurrirá si ese importante elemento se extravía, destruye, etc. Es claro que los del Interior no se quedaron en la zaga y la dulce

venganza la saborearon haciendo idem. Protocolos internaban que tomaban el vuelo desde las campiñas y se internaban en la jungla de cemento y hierro de las urbes cosmopolitas que las hay en el Paraguay modernizado y moderno de este siglo XX del que ya no van quedando sino hilachas. En esa colección de desleales, figuran y varios, los que trabajan con intermediarios o con “agentes captadores de trabajo”, los que ante el otorgante o terceros aparecen notarios o abiertamente identificados como tal, cuando su gestión se base en que el amigo empresario, comerciante, ejecutivo, etc., debe ayudarle permitiéndole ganarse unos pocos guaraníes por su trabajo de intermediario. No está ausente el inmoral que mediante la infamia o la intriga o con promesa de prebendas, buscan y logran desplazar al colega de un cliente de años.

Generalmente el incapaz, el que se hizo Notario, sin vocación ni condición, producto más de la masificación de la profesión, que no tiene reparos ni recato suficiente para sugerir a su cliente o aconsejarle la conveniencia de eludir el cumplimiento de la ley, porque el recorrido es más breve y más económico, como consecuencia de la evasión fiscal. Es el que sustenta el criterio peregrino de que para que la ley sea fecunda, hay que violarla. Son los que esta especie, los peores profesionales y los de la más baja ralea porque no solo viven y hacen vivir al margen de la ley sino que constantemente ocasionan perjuicios al Fisco, el que por su culpa no alcanza a concretar sus propósitos de ingreso previsto o fue mucho menor. ¡Son malos paraguayos y peores ciudadanos!

CONSEJOS PARA VIOLAR LA LEY

El debilitamiento de la moral profesional se nota en aquellos que sin miramientos hacen tabla rasa de la incompatibilidad de su profesión con otra y además, porque las medidas disciplinarias no son el freno o respeto a la ley, desde que podría sobrevenir solamente por aplicación del Código de Ética, a cuyos mandatos están sometidos únicamente los colegiados. Además, porque el Tribunal de conducta

parece que no registra sino uno o dos casos juzgados. Estos antecedentes y estas realidades tornan a los actos de desviación o de marginamiento de una obligación profesional, en tema solo para el mundillo de los rumores, pero no la sumisión a las normas reguladoras de la conducta profesional.

NOTARIO PÚBLICO Y FUNCIONARIO PÚBLICO

Otros, mediante algún artificio, obtienen el usufructo de un registro notarial, pues como para su ingreso no se exigen más requisitos que el título y otras mínimas que continúan en acreditaciones, o ingresan o el puesto o cargo público de donde, por supuesto, perciben sueldos del presupuesto general.

NOTARIOS VS. NOTARIOS

Aparecen de tanto en tanto, según las revelaciones asombrosas de esta Jornada, los Notarios que oficiando de abogados de otorgantes, plantean el regateo de los honorarios de sus colegas, sabiendo o debiendo suponerse que saben que esos honorarios no pueden ser más ni pueden ser menos de lo que esa ley especial establece. Pueden exonerarlos del pago, pero deben expedir recibo pues como la ley de renta consagra el pago por declaración jurada, las liberalidades o generosidad del contribuyente con el otorgante amigo, no le conmueve ni le interesa, si obsequió sus honorarios, por ello no le exonera el Estado de la obligación de tributar.

Como se ve, estas numerosas revelaciones han estado minando el cimiento mismo de la Institución Notarial, circunstancia de la que a partir de esa jornada, los notarios tomaron conciencia y se comprometieron a sí mismos, no repetir o evitar hacer y difundir las verdades a los que no concurrieron a participar de ella, tomando su cargo la suerte de una misión evangelizadora a favor de la dignidad de la profesión y convencidos de que la misión debe cumplirse con convicción y en función a la vocación de servicio que debe caracterizar a los que por vocación y formación profesional abrazaron la carrera y soñaron llegar a la dignidad que sin lugar a dudas representa ser investido

de Ministro de la fe pública, alto honor dispensado al que por ley exige el Estado “ser de conducta, antecedentes y honradez intachables”, único caso en que por la ley misma es requerido lo que habitualmente solo consta en los Códigos de Ética, de alcance casi exclusivamente moral.

¿JORNADAS SIMILARES PARA ABOGADOS?

Fue una experiencia inolvidable y provechosa. Quizás sin precedente en nuestro País. Alentó a los organizadores el hecho llamativo del pedido clamado y generalizado de asistentes, por otras jornadas similares en el futuro.

Tal vez la naturaleza de la actividad de los Notarios, generalmente pacífica, voluntaria, haya cooperado para el éxito de este experimento. Sin embargo y aún reconociendo que nuestra Facultad de Derecho no prevé sino la formación de abogados para el pleito, pues en su cuadro curricular no tiene previsto especializar a los egresados ni menos a la elección de una, dentro de la carrera, sea, esa formación diría, unidireccional, un obstáculo pensar en la organización de una jornada de reflexión de abogados, sobre tema, por supuesto exclusivamente profesional y fundamentalmente, para reconstruir la deshecha solidaridad profesional, la camaradería, la lealtad procesal o profesional no solo con el colega abogado sino inclusive con los órganos administradores de la justicia, quienes al final de cuentas, son también abogados. Es muy necesario porque resulta absolutamente incomprensible que, por el hecho de haber tomado la defensa del derecho de un cliente, como actor, o como accionado, por ese solo hecho se asuma con el colega representante de la otra parte, la posición casi indigna de un enemigo feroz. No favorece al debido prestigio de la noble profesión de abogar y menos aún, para la dignidad del abogado, defensor del derecho, de la ley. El desafío sea acaso para las autoridades de la entidad que debería agrupar, unir a todos los ilustres abogados, pues, visto y probado está, que con esa práctica destructiva de las bases morales de la agremiación el futuro pinta una perspectiva poco alentadora. El proceso en que estamos incursos exige de los

responsables de la conducción, una dedicación mayor a la atención de los temas vinculados con la profesión, porque ha llegado el momento de las reivindicaciones profesionales, salvo que interese continuar con ese estado de cosas, las que por lo de su origen pertenecen a un pasado diferente al presente ubicado en el marco que, a vuelta de hoja, topeta con el marco de siglo XXI.

¡Es una reflexión que ojalá interese tomarla en consideración!

ULTIMAS CONSIDERACIONES

Al concluir la memorable reflexión, nos pareció que la platea se había poblado de seres uniformados con sayos, pero con la sincera impresión de que todos los habían vestido voluntaria y conscientemente, en señal de arrepentimiento y como maravillosa expresión de humildad que los agrandó a todos y más aún cuando algunos confesaron vivamente que llevaban no uno, ¡sino varios superpuestos!

¡Interesante la experiencia!

As., 26-06-88



Teoría y práctica de la organización notarial latina

Hugo Pérez Montero¹

Todo planteamiento alrededor del tema de la organización notarial latina, debe comenzar con una pregunta básica que tiene que ver con la naturaleza jurídica de la función del Notario.

¿El Escribano es un profesional de derecho o es el titular de una función pública señalada por la Ley?, o si ustedes quieren: ¿El Escribano es preferentemente profesional o preferentemente agente de un poder tanto certificante como legalizante?

El Primer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en octubre de 1948, lo definió como un “PROFESIONAL DE DERECHO ENCARGADO DE UNA FUNCIÓN PÚBLICA”, recogiendo los avances de la doctrina notarial española de la época, destacable por los trabajos de Mengual, Sanahuja y Soler, Giménez Arnau, y especialmente, en este tema, de Rafael Núñez Lagos.

Sin embargo, muchas leyes notariales de antigua data, pero aún Vigentes, como la española de 1862, hablaron de “Funcionario Público”, no obstante que la costumbre en ese país era llamarle “Oficial Público” (Las Partidas).

Toda la doctrina notarial está de acuerdo que este término de “Funcionario Público” aplicado al Notario, no puede extenderse con el avance que le da el derecho administrativo.

Es decir, el Escribano puede ser llamado “funcionario público” en el sentido amplio que da el diccionario, de comprender a todo

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 28-1989.

aquél que tiene a su cargo una función pública. No es un “empleado público”, dependiente del Estado, aun cuando su función, por ser pública, esté sujeta a contralor legal de algún poder público, generalmente el Judicial, sobre todo en América.

Que el Escribano es un funcionario público especial, lo pone de manifiesto este detalle de sus características:

a) Tiene independencia técnica. No depende de ninguna autoridad su forma de asesorar o de redactar sus documentos, en la medida que cumpla con sus obligaciones legales.

b) No está sujeto a jerarquía, sino a contralor, que es una cosa bien diferente.

c) No compromete al Estado en su accionar, sino que actúa bajo responsabilidad personal e ilimitada.

d) No le cuesta un centavo al Estado, sino que percibe sus honorarios directamente de los usuarios.

e) Es un prestador de servicios jurídicos no contenciosos, con las características de profesión, es decir, aquél que “gozando de una acreditada idoneidad, realiza habitualmente, por propia decisión, y bajo su directa responsabilidad, prestaciones técnicas, generalmente de condición intelectual, en beneficio de un tercero, llamado cliente, el cual asume la obligación de remunerarlas adecuadamente”. (Vicente Font Boix).

f) El Notariado Latino ha formado una red de prestadores de servicios arcaicos no contenciosos, que sirve al buen funcionar derecho.

Que el Notario es un profesional de derecho surge claro en aquellas legislaciones que exigen tal calidad como requisito aquellas previo a la investidura.

En nuestro país, (Uruguay), al igual que en Paraguay, se exige, como dice vuestro Código: “Tener título de Notario y Escribano Público expedido por una universidad nacional, o por una extranjera

con equiparación o reválida por la universidad nacional” (Ley N° 879, Art. 102 inc. c) Paraguay).

Creo que somos los dos únicos países que continuamos expidiendo títulos universitarios de Escribanos Públicos, con la diferencia de que en Uruguay el ejercicio es libre ilimitado, y en Paraguay, el número de Escribanos en ejercicio es limitado a las necesidades del tráfico jurídico del país, como sucede en la gran mayoría de los regímenes de los Notariados latinos. A estas semejanzas y diferencias entre los notariados paraguayo y uruguayo volveremos a referirnos.

El título universitario de Notario y Escribano Público, sirve solo para acreditar la idoneidad técnica necesaria para prestar una profesión de servicios jurídicos, y es una de las condiciones para ejercer nuestra función pública que, no solo es autenticante, sino, y fundamentalmente, legalizante.

Esto ha provocado que algunos autores modernos consideren que el Notario es, al mismo tiempo, un profesional de derecho y un funcionario público. Se trataría de una actividad combinada o mixta que es simultáneamente privada, cuando actúa como meramente profesional, y es pública, cuando ejerce como fedatario, y cuando cumple la trascendental misión de controlar la legalidad de la actuación de las partes, y todos los sujetos intervinientes.

Ya nadie duda que es tan importante la función notarial de “DAR FE” de los hechos y actos que ante él se producen, como la de asegurar la correcta aplicación del derecho, la “legalidad de su proceder” como dice el Art. 103 in fine de vuestra Ley”.

Existe un interés social, y, por tanto, del Estado, en que el Derecho se aplique espontáneamente en forma correcta. La actuación de los particulares dentro de lo que se ha llamado la “normalidad jurídica” interesa a todos como factor de tranquilidad social.

La debida formación de todo hecho o acto con trascendencia jurídica, de acuerdo con las posibilidades admitidas por el orden jurídico, se logra desde las etapas previas a la obtención del acuerdo negocia. Se obtiene mediante la intervención en las mismas, de un consejero jurídico, ampliamente capacitado, imparcial, árbitro de los intereses en juego, que orienta la voluntad de los particulares en busca del fin querido por ellos, por los caminos permitidos por la Ley.

Y culmina el Notario su actuación ofreciendo a las partes una redacción ajustada de lo que han convenido, objetivizada en un documento público de valor probatorio excepcional, que les permitirá tener el título ejecutivo capaz de hacer efectivos los derechos y obligaciones libremente consentidos por los otorgantes.

En consecuencia, la función pública que cumple el Escribano Fe”, sin negar es y necesaria que la de “Dar Fe”, sin negar la importancia de esta. Se desarrolla en dos niveles fundamentales:

1. Al nivel de los hechos: “Para acreditar la verdad, real o formal, de hechos, conductas o relaciones, en intervenciones jurídico-públicas, por razones de seguridad jurídica e interés general”. Esta es la función de fe pública notarial. Confiada a nosotros por la Ley, que la moderna doctrina llama “principio de autenticidad”.

2. A nivel del derecho: El Notario cumple con lo. Que se ha llamado la “Policía Jurídica del Acto” (De los Reyes Pena) impidiendo que las partes actúen contra lo permitido por la Ley, orientándolas, aconsejándolas, o absteniéndose de autorizar en caso de manifiesta ilegalidad. Esto también es función pública.

El control de legalidad que cumple el Notario interesa tanto al Estado como a los particulares. Al primero, porque asegura la correcta aplicación del derecho, y a los otros, porque es una manera de asegurar la eficacia jurídica del acto a realizar.

En consecuencia, el Notario cumple una función pública en ese doble sentido, ambos igualmente importantes. Es “depositario de la Fe Pública”, como dice vuestra Ley, aunque en realidad no la tiene

en depósito, sino que la ejerce activamente, transformando en verdaderos, en plenamente probados, los hechos por él presenciados, y los hechos por él realizado tiene fe en el Notario”.

Yo he dicho más de una vez que más que el depositario de la fe pública, prefiero ser el depositario de la confianza pública, este es otro planteo que veremos después. Pero queda claro entonces que para nosotros el Escribano y Notario es, al mismo tiempo, profesional de derecho y titular de una función pública que ejerce por mandato de la Ley.

El hecho de cumplir una finalidad que hace a la seguridad de todas las relaciones jurídicas realizadas Notario mediante, y la circunstancia especialísima de estar a cargo de esa función pública un particular, hace Imperioso que la correcta forma de cumplir con ella sea interés primordial a tener en cuenta por el poder público.

Algunos dicen que el Notario cumple su función “por delegación del Estado”, aunque yo, prefiero decir “por mandato de la Ley”, para quitarle toda posibilidad de mandato revocable, o todo contenido político a su permanencia. Es una gestión permanente en cuanto cumplamos regularmente con los deberes a nuestro cargo. En todo caso siempre será necesario un contralor.

Ese contralor se cumple de varias maneras:

- Buscando una superior formación técnico-jurídica, y asegurando su capacitación permanente.
- Mediante una rigurosa selección de los aspirantes a Notario.
- Exigiendo antes y durante el ejercicio, una idoneidad moral superior.
- Con una independencia del Notario, de todo tipo de interés o sentimiento que pudiera incidir, en la necesidad de la imparcialidad absoluta de su gestión.
- Reclamando una dedicación total y exclusiva a la profesión-función.

- Determinando un número de Notarios en la correcta
- Prestación ejercicio justo para de la función en atención al número de hablatantes, y a la importancia económica del trafico jurídico de cada zona, asegurando la Independencia económica de cada Notario.
- Con la creación de una organización profesional fuerte basada en una buena Ley Orgánica que defienda su competencia, y al mismo tiempo, sirva para controlar la forma de actuación por quienes mejor conocen como ejercerla bien, que son los propios Notarios. En este sentido, el Colegio Notarial ha demostrado ser el mejor sistema.

En resumen, no hay duda que el Notario:

- 1) Es el titular de una función pública, tanto autenticante como legalizante.
- 2) Que la cumple en forma personal y bajo su exclusiva responsabilidad.
- 3) Que debe ser permanente y no sujeta a plazo.
- 4) Que debe estar sujeto a contralor en función de los altos intereses sociales en juego en su gestión.
- 5) Que para cumplirla se requiere capacidad técnico-jurídica al más alto nivel, y probidad moral sin tacha alguna.
- 6) Que cumple un servicio público que debe ser organizado de tal manera de prestar una asistencia jurídica eficiente a todos los habitantes.

¿Cuál es la organización adecuada a estos excelsos requerimientos?

1. EN CUANTO AL NOTARIO:

1.1. SUFICIENCIA TÉCNICA.

Si el Notario es un profesional de derecho, debe serlo al más alto nivel de estudios que posibiliten sus funciones de asesoramiento, legalización, configuración jurídica, legitimación y autorización del documento capaz de contener en forma legal, auténtica y eficaz, la representación del acto realizado.

Llenar esta compleja función es cada vez más difícil, frente a un derecho cada día más complicado, mas desjerarquizado, cambiante, rápidamente al compás acelerado de los requerimientos de nuestros actuales usuarios.

En la mayor parte de los países latinos, se exige poseer título habilitante de abogado o similar, complementado por cursos de especialización y práctica profesional, seguido de concursos de méritos y de oposición para asegurar que solo los mejores juristas accederán al ejercicio notarial.

Hasta la fecha solo Paraguay y Uruguay tienen estudios universitarios que culminan con la obtención del título de “Escribano Público”.

Este título es solo prueba de idoneidad jurídica y no habilita por sí solo a ejercer la función. Para ello es necesario complementarlo con la “INVESTIDURA” que otorga el Poder Público designado por la Ley.

La diferencia entre Paraguay y Uruguay, es que en el primero el número de Escribanos en ejercicio es limitado a las necesidades del servicio, como sucede en la inmensa mayoría de los notariados latinos.

En Uruguay, el número es ilimitado, y todo Escribano recibido, cumplido el juramento de Ley ante la Suprema Corte de Justicia, queda autorizado para ejercer el Notariado en cualquier punto del país.

Y así llegamos a un punto conflictivo en este país, donde hay Escribanos sin registro que aspiran a un régimen notarial como el uruguayo.

No debo tomar posición sobre un problema nacional, pero como Notario uruguayo, como Profesor y como Vicepresidente Honorario de la Unión Internacional del Notariado Latino, debo explicar a ustedes, breve y objetivamente, la realidad del notariado uruguayo al día de hoy:

1) En el Uruguay, fruto de su régimen liberal e ilimitado de fabricar Escribanos por medio de su Facultad de Derecho, hay casi cuatro mil Escribanos en ejercicio, para una población de tres millones de habitantes, lo que hace un Escribano por cada 759 habitantes.

2) En Uruguay, hay un promedio de 100.000 escrituras por año, las que, divididas por el número citado de Escribanos, hace un promedio de 25 escrituras por año y por Escribano.

3) El índice de crecimiento de nuestra población se ubica en un 0,5% anual (uno de los más bajos de América) y el ingreso a la matrícula se sitúa en un 10% anual, por lo que el número de Escribanos crece veinte veces más rápido que la población.

4) Más del 50% del gremio no llegan a un aporte por Montepío Notarial (jubilación) equivalente al salario mínimo nacional (U\$S 90)

5) Más del 50% de los Escribanos tienen otra actividad complementaria, llámese Secretarios Judiciales, empleados públicos o actividades comerciales, dado que nuestro régimen Legal impone muy pocas incompatibilidades.

6) Esta situación ha traído problemas graves como:

1. Pauperización de gran número de colegas, especialmente jóvenes.

2. Incumplimiento del arancel, con deterioro de la relación cliente-notario, y relación entre colegas.

3. Aumento, desconocido hasta ahora, de faltas a la ética profesional, y aún, actuaciones ilegales, que se persiguen a nivel gremial y judicial, con evidente deterioro de la imagen social del Notario.

4. Dificultad de controlar el ejercicio profesional, por el enorme número de Notarios.

7) En tal sentido, el VII Congreso Nacional de Escribanos del Uruguay (marzo 1988), ha aprobado sobre el tema resoluciones (algunas pendientes del plebiscito entre Notarios) como:

1. Reducir el número de Notarios, hasta llegar a un Escribano por 1.400 habitantes.

2. Cese automático en el ejercicio de la profesión a una edad entre 65 y 70 años.

3. Ampliar el cuadro de incompatibilidades, prohibiendo el ejercicio de la función notarial conjuntamente con el desempeño de otros cargos o actividades que puedan vulnerar los principios de imparcialidad, independencia y máxima dedicación a la función, exceptuando el ejercicio de la docencia. Especialmente se propicia la incompatibilidad del ejercicio simultáneo de las profesiones de Escribano y Abogado (basándose en la imparcialidad que caracteriza a la primera frente al patrocinio que es condición principal del ejercicio de la segunda).

8) ¿Desde luego, la primera pregunta que nos hacemos, y supongo -se plantea también aquí, es: ¿qué se hace con los Escribanos sin registro?

1. La primera conclusión, quizás muy fría y muy dura, es que los que estudian notariado aquí, como los que lo hagan en el Futuro en el Uruguay, saben las reglas de juego. Obtener el título de Escribano no implica ejercer, sino estar en condiciones de aspirar al ejercicio del notariado, cuando se produzcan vacantes o haya aumento en el número de la matrícula.

2. Otra solución más razonable y conveniente es la siguiente:

Se aspira a que ejerza el notariado, aquél que más Derecho ha estudiado. Normalmente, en nuestros países, ello corresponde al título de Abogado. Pues bien, para ejercer el notariado, se exigirá el título de Abogado, más cursos universitarios de especialización técnica, más un concurso de méritos y oposición, cuando corresponda llenar vacantes.

Esta exigencia tiene, por un lado, la ventaja de una selección que asegure que solo los mejores accederán al ejercicio del notariado, y por el otro lado. el brindar a los aspirantes la posibilidad de vivir del ejercicio de la abogacía, mientras no obtienen su registro. Es, por otra parte, el sistema puesto en práctica, con éxito, en Europa, México, Argentina, etc. Esto es lo que propondría nuestro Congreso de Escribanos a las autoridades universitarias.

La otra pregunta que parece imponerse, es: ¿Por qué el notariado tiene que ser de número limitado?

1) Precisamente porque como dijimos, no es solo una profesión jurídica liberal, como de los Abogados, sino que cumple una función pública muy importante, que es al mismo tiempo, AUTENTICANTE Y LEGALIZANTE, destinada a la correcta, voluntaria y espontánea aplicación del derecho, con el fin de aportar seguridad a las relaciones jurídicas entre las personas. Y esa función, y esos fines deben estar sujetos a contralor por organismos públicos.

Y no se puede controlar bien a una multitud.

Tampoco el número de empleados del Estado es ilimitado, aunque los aspirantes a serlo puedan ser muchos.

2) Y porque si exigimos que el Escribano sea técnico, imparcial, incorrupto, independiente, con dedicación integral a la función, tenemos que asegurarle una forma de vida decorosa que lo ponga al margen de cualquier tentación espúrea, en atención a los asuntos que tiene entre manos que hacen a lo más importante de los sentimientos y patrimonio de una persona. Y para ello tiene que tener trabajo que le asegure su independencia económica.

3) Porque el Escribano con buen nivel de trabajo, ofrece, además, dos ventajas extras:

a) puede organizar mejor su oficina para brindar un servicio más ágil y más eficaz;

b) porque puede hacer su servicio a un menor costo, lo que también le interesa al usuario:

4) Muchas veces, por sus características, se ha comparado al Notario con los magistrados, y se le ha llamado el “Magistrado de la Paz Jurídica”, porque determina “a priori” el derecho que resultará aplicable a las partes en un caso concreto. Y que yo sepa, a nadie se le ocurrió que los Magistrados puedan existir en número ilimitado.

RESOLUCIONES INTERNACIONALES: El Encuentro Internacional del Notariado Latino-americano, realizado en Lima, en noviembre de 1972, resolvió al respecto:

Numeral 3: Que el número de Notarios de localidad, venga determinado por las necesidades del servicio, y no por los intereses particulares de los Notarios o de terceros”.

IDONEIDAD MORAL

Para ejercer el notariado no basta con la suficiencia técnica. Es, como ninguna otra profesión, aquella donde el valor moral de la persona es condición esencial.

Creo que todas las leyes notariales latinas exigen esta cualidad personal en el aspirante o notario. Las Partidas del Rey Alfonso

El Sabio, decían que debía ser “OME LIVRE, CHRISTIANO Y DE BUENA FAMA”. La Ley uruguaya exige “HONRADEZ Y BUENAS COSTUMBRES”; abriendo para demostrarlo todo un procedimiento judicial muy amplio y muy especial.

Y también vuestra Ley reclama “SER DE CONDUCTA, ANTECEDENTES Y HONRADEZ INTACHABLES”.

La vigencia de la moralidad en el notariado abarca en el tiempo desde antes de su investidura hasta su última actuación profesional, y en calidad reconoce un espectro tan amplio como para cubrir valores morales como los siguientes:

VOCACIÓN: Para la realización del individuo como sujeto del Derecho.

DEDICACIÓN: A la mejor ejecución de sus funciones.

PRESTACIÓN OBLIGATORIA DE SU FUNCIÓN: A requerimiento de todo interés legítimo.

ASESORAMIENTO: Para mejor información de sus otorgantes.

VERACIDAD: Sentida como finalidad irrenunciable

IMPARCIALIDAD: Apartándose de todo interés o sentimiento en juego.

INDEPENDENCIA: Que le permita su propio desarrollo.

PRUDENCIA: Máximo cuidado y especial atención, evitando toda circunstancia de riesgo.

PROTEGER LA LIBERTAD: De los sujetos jurídicos que ante ellos intervienen.

DISCRECIÓN: Que implica prudencia, moderación y estricto secreto profesional.

SOLIDARIDAD: Con sus colegas, con el gremio y con la comunidad de que forma parte.

En esta materia, Pío XII dijo en mensaje dirigido al V Congreso Internacional del Notariado Latino (1958, Roma):

“El prestigio y la autoridad que suele unirse al ejercicio de una profesión liberal, supone en el interesado la presencia de dos condiciones: una competencia técnica reconocida y una integridad moral indiscutible.

Estas cualidades del Notario deberá poseerlas sobre todo en el momento en que se convierte en intermediario oficial entre el particular que recurre a sus servicios y el orden jurídico de que se hace intérprete”.

La moral en el ejercicio profesional de cada Escribano, debe cuidarse todos los días, por el daño directo que puede ocasionar, y por el deterioro que puede causar a la imagen social del notariado en general.

El Profesor Larraud hablaba de tres tipos de fe relacionadas con el notariado.

1. Fe pública confianza.
2. Fe pública poder o autoridad.
3. Fe pública calidad.

Hablamos de fe pública confianza cuando nos referimos al sujeto pasivo de la fe pública notarial, es decir, al destinatario o receptor de la verdad contenida en el documento notarial.

Habrá también una fe pública poder o autoridad, cuando hablamos de que damos en cuanto a la afirmación que hacemos sobre la verdad de algo que consta bajo fe de juramento que corresponde fiel exactamente a aquello que “vimos, oímos y entendimos”.

Y finalmente, hablamos de fe pública calidad cuando nos referimos al grado de eficacia jurídica demostrativa o probatoria que tiene 10 afirmado por el Notario en condiciones legales.

La fe pública confianza, tiene una importancia enorme si tenemos en cuenta que se basa en la creencia del pueblo en lo afirmado por el Notario en el documento que él autoriza. Y más aún, en la confianza de lo que el Notario dice, aun fuera del documento.

Esta confianza popular, más que la impuesta por la ley, creo que es la base más importante que tiene el Notario como razón valdadera de su propia existencia. De poco valdría la fe pública solo como

poder impuesto por la ley para asegurar la aplicación correcta y normal del Derecho, si no estuviera apoyada paralelamente por eso que los autores han llamado “estado psicológico colectivo de convencimiento o creencia”.

La forma como ejercemos la fe pública notarial, se refleja inevitablemente en la opinión pública. Desde luego que en sentido positivo o negativo según los casos. Y es absolutamente obligación de los dirigentes notariales, tener en cuenta esta realidad, y sancionar toda aquella actividad profesional, aun personal en sus efectos inmediatos, que pueda reflejarse a nivel social con un efecto negativo y general sobre todo el cuerpo notarial.

Y este sí que es un valor moral, en este caso de carácter social, que debe tenerse en cuenta. “La fe pública confianza traduce un consenso popular, una opinión generalizada, que siempre se ajusta a la realidad técnica. Pero de todas maneras es un inapelable elemento social del Derecho, ya que la psicología colectiva gravita sobre las instituciones jurídicas a través de la moral, de la religión, el conocimiento y aun a través de las bases económicas y morfológicas de la sociedad”.

ORGANIZACIÓN PROFESIONAL

Y finalmente debemos tener en cuenta que el escribano forma parte de una comunidad profesional, que debe organizarse en la mejor forma posible, para la defensa de su propia competencia y de su propia integridad.

El notario no debe considerarse aislado de su grupo social. Hay una confianza social en su comportamiento que ayuda a su propia existencia. - El escribano que comete una falta compromete a toda su clase. - Es como si afectara la buena fe colectiva que todos le han dispensado. - Es como una moneda falsa que hay que sacar de circulación.

Por ello existe un interés general en el comportamiento de cada uno.

Y es un valor que los propios notarios deben cuidar.

La clase notarial se ha organizado a tales fines en colegios o en asociaciones.

La diferencia fundamental entre ellos está en la afiliación obligatoria o voluntaria.

Los colegios tienen mayor fuerza por su representatividad y por los poderes legales de autocontrol que les concede la Ley que autoriza su funcionamiento.

Nadie puede juzgar, mejor la conducta de un notario que sus propios pares. - Ni nadie está más interesado en mantener la limpieza de su clase que los propios notarios.

En el mismo Encuentro Latinoamericano citado, del año 1972 se proclamó:

“Nº4.- Que la colegiación obligatoria es la base para mantener la dignidad de la función y para crear y fomentar un verdadero espíritu de solidaridad y de hermandad entre todos los Notarios.”

La existencia del notario depende de la ley que lo organiza. - Su permanencia e integridad de la función depende de nosotros mismos.

Para terminar este tema, permítaseme repetir las magistrales palabras de mi maestro, el DI. Eduardo J. Costure: “Con la fe pública ocurre algo análogo a lo que sucede con Las armas del soldado. - El pueblo las entrega a un hombre bajo la sola fe de su palabra y sin más garantía que su virtud”.

EXPERIENCIA EXTRANJERA

La gran mayoría de los notariados latinos, tienen notariado de número limitado.

La U.I.N.L. considera que el número ideal cada 5.000 habitantes en poblaciones urbanas es de un Escribano por VEAMOS ALGUNOS EJEMPLOS

a) BUENOS AIRES (datos de ayer)

Habitantes: 4.000.000

Registros: 1.173 (hay además 567 adscriptos)

Porcentaje: 1 x 3.410 habitantes

b) SANTIAGO DE CHILE

Habitantes: 2.533.000

Titulares: 60

Porcentaje: 1 x 42.216

c) FRANCIA (según Revista VIP - Abril 1989)

Habitantes: 48.000.000

Titulares: 4.988

Tot. Notarios: 7.377

Porcentaje: 9.623 x escribano

Sobre el total: 6.505 por escribano

Algunas regiones de Francia como ejemplo:

Burdeos: 1.887.000 hab. 273 notarios

1 x 6.912 hab.

Grenoble: 1.491.000 hab. - 232 notarios

1 x 6.426 hab.

Nimes: 1.341.000 hab. 246 notarios

1 x 5.451 hab.

d) ASUNCIÓN (PARAGUAY)

Habitantes: 567.678

Escribanos: (titulares y adscriptos 357)

Porcentaje: 1 x 1.590 habitantes



DERECHO NOTARIAL

Acceso de la función notarial en la República Argentina

Dr. Jorge Raul Causse¹

SINTESIS DE LA EXPOSICIÓN

Agradezco la amable invitación del Señor Presidente del Colegio de Escribanos del Paraguay, Doctor Alejandro Doldán Insfrán, para estar nuevamente con ustedes en su Casa Notarial y de compartir este momento de franca camaradería.

Agradezco también la generosidad de mis anfitriones, como siempre, me han brindado todo su afecto acompañándome permanentemente y haciéndome sentir como en mi propio hogar.

El tema sugerido para esta charla tiene real importancia porque es uno de los pilares fundamentales para sostener el más alto nivel la actividad notarial.

El acceso a la función que nos toca cumplir debe estar rodeado de las mayores garantías, a fin de asegurar que prestación del servicio fedatario se lleve a cabo por quien haya dado pruebas de estar debidamente capacitado.

En esto no debemos pasar por alto que nuestro Ministerio reconoce como función primordial atender todos los requerimientos que la Sociedad o el Estado nos formule, y que estamos obligados a cumplirlo, primero con sujeción a Leyes vigentes; y en segundo lugar garantizándole al usuario, certeza y seguridad jurídica.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 26/27-1989.
Colegio de Escribanos del Paraguay. Disertante invitado.

La tarea no es fácil y en esta aseveración no debe verse una actitud comparatista con la de otros operadores del Derecho para darle a la nuestra mayor relevancia.

Toda actividad de un profesional universitario que aborde su tarea con responsabilidad, conlleva la obligación de cumplirla sujetándose a los deberes que le imponen las normas reguladoras de su función. De manera que todo servicio profesional es, en su ejercicio, una labor compleja.

La notarial es en si misma de difícil factura porque somos depositarios de una actividad fedataria que nos compromete y porque el Estado, que nos delega en parte esa actividad, aprovecha nuestra intervención para que actuemos como organismos intermedios entre el Poder Administrador y los Contribuyentes. Dicho esto, último solo como ejemplo dentro de las labores que se agregan a la estrictamente fedataria.

Una de las primeras cuestiones que podemos analizar en el tema de hoy es, precisamente, la delegación fedataria o fideifaciente del Estado la que, si bien no agota todas las alternativas profesionales que nos toca cumplir, parece prudente calificar a fin de darle a la función notarial alguna naturaleza jurídica

Leyendo un trabajo del Notario Index Garrone, que me facilitó el Doctor Alejandro Doldán Insfrán, recordaba las discusiones que la doctrina produjo sobre la naturaleza de la función notarial.

Mayoritariamente se sostuvo y así quedó plasmado en varias leyes notariales argentinas que el Escribano es un funcionario público por la delegación que el Estado mediante ley produce, facultándolo a dar fe de los actos que se otorguen ante él, actuando en los límites de competencia material y territorial.

El encuadre es correcto y además se adecua al cumplimiento de las finalidades públicas que el Estado debe lograr en interés de la Sociedad y de su bien común.

En todo caso, y esto es lo que opina otro sector importante de la doctrina, la observación que cabría formularle a ese criterio es que la idea de funcionario público lo ubica al Escribano como un sujeto que tiene una dependencia directa del Estado, de quien además debería recibir su remuneración, y que debería observar las normas administrativas que rigen para los funcionarios que trabajan para el Estado.

Esto es también muy cierto porque el Escribano sujeta el cumplimiento de su función a leyes específicas ajenas a las administrativas y percibe su retribución directamente del requirente en base a un Arancel también establecido por la Ley.

Por ello hoy hay alguna corriente doctrinaria que prefiere soslayar la calificación de funcionario público para asignarle esta otra: Profesional u Operador del Derecho en gestión pública. Personalmente prefiero usar sólomente el término profesional porque su amplitud es abarcadora tanto de las incumbencias propias como de otras actividades que el Notario cumple por su especial capacitación.

Además, comparto la crítica que se le ha formulado al vocablo operador, en cuanto da idea de una funcionalidad más restringida, corriéndose el riesgo de reducir su campo de actuación a captar voluntades que documentará en legal forma en el instrumento que autorice. No se interprete que esto significa renegar de la actividad escrituraria que cumple el Notario. Esta labor sigue teniendo toda la relevancia de siempre pero no agota la función, ya que les cabe a los Escribanos, además del asesoramiento implícito en todo requerimiento que se les formule, producir documentos privados cuando así corresponda, dar su aporte a los Poderes Legislativo y Judicial a fin de que se sancionen las leyes o se dicten los pronunciamientos que coadyuven a una actualización normativa o a cubrir los vacíos legales, prestar toda su colaboración profesional a los organismos registrales de los que es usuario, y en general participar activamente en el mejoramiento de su propio servicio para el beneficio de la Sociedad.

Por último, adhiero al concepto de gestión pública porque me parece más compatible con el ejercicio de una función delegada por

el Estado pero cuyo cumplimiento debe sujetarse a normas propias, sin que exista dependencia económica del Poder Administrador.

Alguna pequeña minoría que no tiene idea cabal de lo que significa el ministerio fedatario arriesga la propuesta del Notariado como profesión liberal.

Nada me parece más peligroso que abandonar a los particulares y a sus bienes a una suerte cuyo resultado es impredecible sin tener en cuenta, por ejemplo, que el Notario básicamente maneja normas de orden público tal como ocurre con los derechos reales. Orden Público por el cual el Estado debe velar y lo hace a través del Notariado para preservar un interés o bienestar general que está por encima del de los particulares.

En casi todos los países integrantes de la Unión Internacional del Notariado Latino es una preocupación cotidiana limitar al máximo el Notariado supernumerario, porque entonces deberían aumentar los mecanismos de control, lo que de todos modos no asegura que la prestación del ministerio fedatario garantice plena seguridad y certeza jurídica.

Al contrario, creo que se generalizaría una lamentable distorsión que redundará, primero, en perjuicio de los particulares y, segundo, en los propios Notarios porque perderían un valor atesorado durante años merced su insobornable imparcialidad y permanente capacitación: LA CREDIBILIDAD SOCIAL.

Esto sin contar que el Estado debería asumir una responsabilidad subsidiaria al haber sido permisivo facilitando el descontrol que pudo poner en riesgo el patrimonio de los particulares y hasta el del propio Estado.

Nuestro tema se conecta directamente con lo que acabo de comentar, por eso señalaba su real importancia y para desarrollarlo tomaré como base el régimen de acceso a la función notarial mediante concurso previsto en la Ley 9020 Orgánica del Notariado de

la Provincia de Buenos Aires. También consideraremos algunas normas del Reglamento Notarial que, si bien en el tiempo son anteriores a la Ley 9020, se aplican supletoriamente.

En el Capítulo II de la Ley 9020 se establece que la designación del Titular de un Registro Notarial requerirá una Resolución (Decreto) del Poder Ejecutivo. Este requisito administrativo es obvio: si tal Resolución Administrativa no se produce no habría en verdad ninguna delegación de funciones; por otra parte, de no rechazarse la Resolución que atribuye la titularidad y de prestar el juramento de ley, el designado queda obligado al cumplimiento de su ministerio en los términos que la ley ha determinado. Ley que hubo de tener tratamiento previo a su sanción por el Poder Legislativo.

La Resolución del Poder Ejecutivo será emitida en base al resultado del concurso de oposición y Antecedentes que deberá efectuarse en cada caso, debiendo contener la información sobre aquel resultado el detalle de las calificaciones obtenidas por la totalidad de los Participantes.

El llamado a Concurso debe ser realizado por el Poder Ejecutivo de acuerdo con la vacancia de Registros que el Colegio le informará cada dos años, tarea compatible con el gobierno de la matrícula reservado a la entidad colegial. El Poder Ejecutivo convocará al Tribunal Calificador y el llamado se publicará en el Boletín Oficial y en el Boletín del Colegio con una antelación de noventa días.

El Tribunal se compone por:

a) Por el Presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de los Departamentos Judiciales de la Provincia. Este presidirá el Tribunal. Deben rotar en cada concurso.

b) Lo integran:

1- El Juez Notarial

2- Profesor de Derecho Civil de la Universidad Nacional con sede en la Provincia, elegido por el Poder Ejecutivo

3- Dos Notarios Titulares, uno elegido por el Poder Ejecutivo y otro por el Colegio de Escribanos. Uno de ellos actuará como Secretario a elección del Tribunal.

El Tribunal será convocado por el Presidente y sus decisiones serán válidas con el voto de 3 de sus Miembros.

En reemplazo del Presidente por impedimento actuará como tal el Juez Notarial.

Podrán participar en el Concurso los Notarios en ejercicio y los inscriptos en el Registro de Aspirantes que llevará el Colegio. Todos deberán manifestar expresamente su voluntad de participar de acuerdo a la forma que establezca la reglamentación. En este sentido el Art. 15 del Reglamento Notarial establece que datos debe contener esa solicitud: Los Libro y Folio de su matriculación en el Colegio y detalle de personales, constitución de domicilio, Registro al cual aspira, sus antecedentes.

Al calificar el Tribunal tendrá en cuenta la actividad y mérito de orden profesional y computará:

- a) Las calificaciones obtenidas en las pruebas.
- b) Antigüedad de más de 10 años como Adscripto o como Titular en otro Distrito.
- c) Publicaciones o Premios juridico-notariales, calificaciones y premios con motivo de estudios universitarios.
- d) Antigüedad menor de 10 años como Adscripto.
- e) Calificaciones obtenidas en otros Concursos.

El Tribunal tiene facultades para interpretar las normas de la Ley y del Reglamento y para adoptar las medidas necesarias.

La decisión del Tribunal Calificador no es apelable y el veredicto deberá darse dentro de los 60 días de cerrado el 20 Concurso y por escrito, transcribiéndose todas las actuaciones del Tribunal en el Libro respectivo.

El resultado del concurso se eleva al Poder ejecutivo dentro de los 10 días de emitido el veredicto con una terna de candidatos para cada Registro.

El Poder Ejecutivo analiza el veredicto y confiere los Registros labrando el Acta correspondiente, comunicándolo al Colegio para que ponga en posesión de sus cargos a los designados.

El Concurso no será necesario si al producirse la vacancia del Registro hubiere un Adscripto con más de 10 años de antigüedad o el Adscripto fuera padre, cónyuge o hijo del Titular con una antigüedad no menor de 5 años.

En estos casos la titularidad se otorgará directamente siempre que la antigüedad en la adscripción sea ininterrumpida.

El Reglamento prevé que no corresponde llevar a cabo el Concurso en los casos en que se presenta un solo aspirante al Concurso (Art. 27).

El Reglamento Notarial contiene disposiciones muy importantes en cuanto a la calificación de los antecedentes, asignándole a la antigüedad el siguiente puntaje:

1- Antigüedad como Titular 4 puntos por año. Si ganó la titularidad por Concurso 5 puntos por cada año.

2- Antigüedad como Adscripto 2 puntos por año, como Titular de Registro Especial 1/2 punto por año e igual puntaje como referencista.

3- Antigüedad como Titular de un Registro Extra Provincial 2 puntos por año.

4- Antigüedad como Adscripto a un Registro Extra Provincial 1 punto por año.

5- Antigüedad en cargos en los que se requiera Título de Escribano 1 punto por año, como empleado de Escribanía, Asesoría, Juzgado o Tribunal Notarial 1/2 punto por año.

DERECHO NOTARIAL

6- Antigüedad como matriculado en el Colegio de Provincia 1/2 punto por año.

7-Antigüedad de domicilio real en el Partido del Registro al que aspira 4 puntos por año hasta 20 puntos.

Si hay contemporaneidad en los años de antigüedad los puntos no son acumulables.

En cuanto a los demás antecedentes el puntaje es el siguiente:

1-Doctorado en Derecho, Jurisprudencia o Notariado: 15 puntos.

2-Abogado: 5 puntos.

3-Doctor en Ciencias Económicas: 3 puntos.

4-Contador: 2 puntos.

5-Otros grados universitarios: 1 punto por cada uno.

6- Publicaciones Jurídico-Notariales: hasta 10 puntos.

7- Premios y otras distinciones: hasta 10 puntos.

8- Calificaciones y Premios en estudios universitarios de Derecho: hasta 5 puntos.

9- Calificaciones obtenidas en otros Concursos siempre que sobrepasen el promedio obtenido por los participantes: hasta 5 puntos.

10- Funciones Directivas, Asesoramiento Colegial, Asistencia a Congresos y Jornadas Notariales en el país o en el extranjero: hasta 10 puntos.

11- Actuación docente universitaria: hasta 10 puntos.

12- Asistencia a Cursos de Doctorado en Notariado: hasta 10 puntos según el número de asignaturas aprobadas.

13- Calidad de Adscripto al Registro vacante sin la antigüedad del Art. 15 de la Ley (10 o 5 años): hasta 10 puntos.

14- Otros antecedentes que el Tribunal calificador considere en que deben tenerse en cuenta: hasta 10 puntos.

Este puntaje es acumulable salvo en el caso de tener Titulos uno superior a otro (Doctor, Abogado).

La calificación final se obtiene sumando al total de los puntos por antecedentes a los que se obtuvieren en las pruebas oral y escrita, a cada una de las cuales se le asignará un máximo de 10 puntos, y dividiéndolos por el número de miembros del Tribunal.

En cuanto al Temario para las pruebas de oposición debe tenerse en cuenta que serán una escrita y otra oral. Para la primera usualmente se establece que consistirá en la solución de un tema jurídico-notarial mediante:

- La Redacción del respectivo instrumento protocolar
- Explicación razonada de su configuración.
- Indicación del tratamiento impositivo que corresponda.
- Exposición sintética de los actos, trámites y diligencias previas y posteriores que correspondan según el tipo de en acto.

El caso deberá versar sobre:

- 1- Testamento por Acto Público.
- 2- Mutuo Hipotecario.
- 3- Compraventa Inmobiliaria.
- 4- Compraventa de Fondo de Comercio.
- 5- Constitución de Bien de Familia.
- 6- Constitución de Sociedad Civil o Comercial.
- 7- Constitución, Prórroga, Reforma, Transformación, Liquidación o Disolución de Sociedades.
- 8- Cesión de Derechos Hereditarios.
- 9- Donación de Bienes Inmuebles.

10- Permuta.

En cuanto al programa del examen oral está dividido en veinte temas que abarcan:

1- Teoría y Práctica documental.

2- Función Notarial.

3- Derecho Civil.

4- Derecho Comercial.

5- Derecho Registral.

6- Derecho Tributario

7- Trámites Pre y Post escriturarios.

8- Hipoteca Naval. Compraventa de Buques y Aeronaves.

Como se puede advertir, después de esta somera revisión de los requisitos para concursar, la exigencia para acceder a un Registro Notarial es bastante grande. La experiencia que han contado los concursantes indica que han tenido que dedicarle mucho tiempo a la preparación del Temario, sospechando casi siempre que no habían sido suficientes las horas de estudio.

El nivel de exigencia es compatible con el creciente aumento del nivel de excelencia que se procura obtener de todo el Notariado.

Prueba de esta preocupación que han hecho suya y asumido con responsabilidad los aspirantes es la cada vez más creciente concurrencia de alumnos a las carreras regulares que dicta la Universidad Notarial Argentina, tanto en el país como en el exterior. Sobre esto cabe hacer notar la permanente presencia de Notarios con mucha antigüedad en el ejercicio profesional que asisten a las carreras regulares y a los cursos o seminarios de actualización y profundización que se dictan en la Universidad. Sintoma evidente de la preocupación por mejorar el conocimiento y actualizarse en materias afines o propias de la función notarial.

Algunos sectores alientan y promueven un cambio mucho más radical: rendir pruebas de suficiencia cada dos o cinco años como un modo de incentivar la mejor y mayor capacitación del Notariado con miras a una prestación abarcadora de todos los requerimientos que puedan formularse a un Escribano.

No debemos abandonar este tema sin advertir el cúmulo de responsabilidades que trae aparejado el ejercicio de la función notarial, sobre todo para alertar a aquellos que la suponen una profesión fácil para cuyo desempeño no hace falta demasiada preparación.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que el otorgamiento de una escritura pública no se reduce a recepcionar en un papel declaraciones de voluntad. Es mucho más que eso desde que nuestro primer juicio de valor es sobre la habilidad del compareciente para otorgar el acto. Como podemos asegurarnos que quien interviene en el acto por sus propios derechos se encuentra realmente habilitado para otorgarlo, despejando toda duda que mañana nos permitirlo, desacción de nulidad.

En segundo lugar, ¿como hacer para que las declaraciones de voluntad se ajusten a una realidad comercial que, de pronto, podemos desconocer evitándose así la ulterior demanda por lesión? ¿Cómo convencer a las partes que de ese modo se protegen sus propios intereses?

¿Sin ir tan lejos cómo resolver todas las cuestiones tributarias y fiscales de una simple operación de compraventa? ¿O es que acaso se desconoce el peso que significa ser agente de retención, pasible de responsabilidad solidaria en caso de error?

No todos los requirentes tienen experiencia escrituraria y a muchos de ellos cuesta hacerles comprender por qué en vez de una donación el acto debe ser venta o que la cónyuge no puede ser suplida por una persona a la que autorizo verbalmente para que firmara en su lugar.

La certificación de una firma en un documento total parcialmente en blanco tiene sus problemas. Si bien el Código autoriza la firma en blanco, puede, no haber una disposición complementaria que se refiera a como debe actuar el Notario en estos casos. Quizá lo aconsejable sería que al certificar deje aclarado que el documento fue firmado sin texto o con espacios en blanco. ¿Por qué? Primero, porque el Código si trae normas sobre abuso de firma en blanco, y segundo, porque podríamos estar frente a una oferta de contrato cuya aceptación está pendiente.

Seguramente se contestará que la certificación no decide sobre el contenido del documento, lo que es correcto. Pero me pregunto ¿que pasa si no hay contenido o el contenido es parcial? Creo que el Notario al certificar debe reflejar esta circunstancia porque fechará el documento al certificar la firma, lo que puede traer algún efecto al firmante y además porque de ese modo dejará aclarada bajo que circunstancia ocurrió su intervención y por ende fijará el límite de su responsabilidad.

Los casos, los supuestos son infinitos y por cada intervención fedataria del Notario tendrá una responsabilidad civil, penal, tributaria y profesional, lo que le impone actuar extralimitando los cuidados y vigilando el estricto cumplimiento de todas las normas aplicables. Un descuido y la titularidad de su Registro está en peligro.

Me permito señalar por último que en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires funciona una Jurisdicción Notarial a la que le compete entender en los Procesos por mal desempeño de la función notarial y en las cuestiones suscitadas entre los requirentes y los Notarios por aplicación de arancel. Las sanciones disciplinarias que pueden aplicarse por el Juzgado Notarial son:

- 1- Apercibimiento.
- 2- Multa.
- 3- Suspensión hasta 2 años.
- 4- Destitución del cargo.

La sanción por mal desempeño del cargo es apelable ante las Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial.

El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires cuenta además con su propio cuerpo de Inspectores que, perjuicio de dar traslado de las actuaciones al Juzgado Notarial en los casos que corresponda o de trabajar unido a él, produce una actividad de apoyo al Notariado que valoramos especialmente.

Como corolario de todo lo anterior, diría que el acceso y permanencia en la Función Notarial debe continuar rodeada de todas las garantías que aseguren la más correcta y te prestación del Ministerio fedatario y del servicio profesional de que debemos cumplir.

Que no nos debemos resistir a las exigencias porque ellas forman parte del elenco de requisitos que elevará nuestro nivel de excelencia y mantendrá la credibilidad social o quizá la aumente. Y que el mejor camino para continuar en nuestra actividad asegurando certeza jurídica es la permanente capacitación.



Derecho y su relación con otras disciplinas

Pedagogía y psicoterapia en la labor del Abogado

Prof. Dr. José Emilio Gorostiaga¹

INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la profesión nos pone muchas veces en contacto con personas altamente conflictuadas. El cliente que concurre al estudio de un abogado no es un paciente que solo viene a formular una consulta para recibir respuesta una lacónica jurídica.

El abogado juega entonces, un papel importantísimo ante el cliente que se le acerca en busca de la solución de sus problemas. No solo es el técnico conocedor de la Ley y los procedimientos judiciales, sino que adquiere a sus ojos el papel de mentor, de guía.

La relación abogado – cliente pasa, pues, a convertirse en una de las relaciones interhumanas básicas y en muchos aspectos comparable a la relación médico – enfermo, que ha sido exhaustivamente estudiada en medicina y a la que se atribuye parte del poder terapéutico de la misma.

La realización de la justicia presupone un complejo aparato que para prever las múltiples posibilidades debe ser forzosamente complicado, laborioso y muchas veces lento. Por ello, el temor y el recelo del profano a introducirse en un mundo arcano, esotérico y lleno de aspectos desconocidos.

El cliente que acude al despacho de un abogado es, por lo general, un hombre atribuido, incapaz de tomar decisiones por sí mismo.

Aparte de la eficiencia profesional del letrado en su lucha por conseguir sus pretensiones legales, y la identificación con la causa

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2 -1983.

que defiende, se crea una relación transitoria de franca dependencia del cliente respecto a su abogado y una suerte de sumisión a sus orientaciones, incluso aquellas referentes a su vida privada.

En estas líneas trataremos de evidencias como más allá del consejo y asesoramiento estrictamente jurídico, la labor del abogado, integralmente concebida, se extiende al campo pedagógico y de la psicoterapia, en la orientación profiláctica y terapéutica que se brinda al litigante, más allá de las explicaciones sobre las construcciones dogmáticas de la Ley.

EL CONFLICTO HUMANO Y LA ALTERACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO

Desde que el hombre integró los primeros eslabones de la vida social, con la formación de los clanes y las tribus, aparecieron los conflictos humanos generados por las fricciones propias de la vida de relación. En el histórico clan totémico, ya existieron dentro de una pequeña y cerrada comunidad social fuertemente unida por vínculos de sangre y creencias religiosas, los conflictos entre los miembros de un mismo clan, pese a las costumbres arraigadas en la tradición oral y las prohibiciones (tabú), que se imponían como normas de conducta.

Dentro de nuestra sociedad moderna, regulada por el ordenamiento jurídico que impone el derecho positivo de cada país, el sometimiento tácito del hombre a patrones de conducta que imponen las leyes, se ve alterado muchas veces por los conflictos humanos, que son generados de la alteración del orden jurídico.

Todo hombre, en sus relaciones cotidianas figura dentro de innumerables relaciones jurídicas que realiza de modo voluntario y casi imperceptible. No nos damos cuenta de ello, pero el desarrollo de nuestra vida social está conformado de una serie de contratos expresos y tácitos que conforman la estructura cada vez más complicada de la sociedad de nuestro tiempo.

Así, quien paga diariamente un boleto de ómnibus, celebra un contrato de transporte; quien adquiere un diario o periódico celebra

un contrato de compra-venta; quien deja su auto- móvil en una playa de estacionamiento, celebra un contrato innominado. Cuando nos sentamos a la mesa de un restaurante nos sentimos con derecho a exigir una prestación de servicio eficiente. Siente seguridad de que no será desposeído de su casa o departamento quien lo ocupa en calidad de propietario o inquilino. Nos sentimos seguros de nuestros derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad, a nuestro honor, buen nombre y reputación, por la protección que nos brinda el ordenamiento jurídico al cual nos sometemos.

El derecho es pues un producto social omnipresente, por conducto de la norma jurídica que impera y condiciona invisiblemente la conducta humana. De ahí que puede afirmarse, que toda nuestra vida cotidiana se halla empapada de derecho de donde brota nuestra inconsciente sumisión al orden jurídico, sin necesidad de acudir a los Tribunales.

Pero a veces esta inconsciente sumisión se ve quebrantada, sea por deficiencias técnicas del propio ordenamiento jurídico o por la resistencia del hombre a someterse. Es entonces cuando se hace necesaria la intervención de un órgano investido de poder, que restablezca o compense el orden jurídico alterado. Surge así el Abogado, para la reivindicación del derecho conculcado, antes de recurrir al proceso como instrumento idóneo que resolverá coercitivamente el conflicto planteado.

EL ABOGADO COMO IMAGEN DEL PADRE

Dentro de su mundo psicológico, el cliente conflictuado que concurre al bufette del abogado, “víctima de una triste injusticia”, se siente cabalmente agredido y habla de la contraparte como de “su enemigo”. La propia deformación de un lenguaje forense impropio como el de “el contrario”, “el adversario”, contribuye a la fijación de esta idea y que el proceso será una verdadera contienda judicial.

No podemos entonces marginar de nuestro análisis cómo imagina el pleito nuestro cliente, y cómo vivencia la imagen del abogado.

En las experiencias recogidas en la vida profesional hemos podido advertir, como clientes atribulados que concurren en consulta no solo traslucen su estado de ánimo en sus palabras, y a veces en el llanto, sino también en sus gestos y posturas físicas. Suelen darse en estos casos posiciones como las de los brazos en cruz o del tronco encorvado, que los psicólogos afirman que responden a reflejos incondicionados. Esta última posición según los psicoanalistas representaría la vuelta a la postura intrauterina, como una instintiva búsqueda de seguridad y de paz dentro del claustro materno.

Recordamos casos de clientes, con caracteres de sobreprotección familiar, que aun siendo ya adultos, profesionales o importantes hombres de empresa, ante sus problemas acuden a su padre o su madre para expresar: “padre, mira lo que me están haciendo”. El individuo jurídicamente conflictuado, suele inconscientemente lanzar este mismo grito, solo que desplazando la imagen materna o paterna a su abogado. “Eso se lo dirá Ud. a mi abogado”. “De no resolverse la cuestión en el plazo de 48 horas, pasaré el asunto a mi abogado”; son expresiones comunes en los conflictos humanos, en la antesala de los pleitos.

Estas expresiones tantas veces escuchadas, nos recuerdan otras similares del niño buscando la protección del padre. Este dinamismo regresivo a etapas vitales anteriores, ocurre en momentos de debilidad porque persiste en muchos adultos la necesidad infantil que les impulsaba a buscar el proteccionismo de la autoridad paterna. De este modo el derecho se convierte en el sucedáneo de los atributos de firmeza, certidumbre, protección e infalibilidad que en la infancia se adjudican al padre.

Es por eso, por lo que no puede pasarnos inadvertida la enorme carga de simbolismos que entraña no solo el derecho, sino por asociación, la imagen del abogado.

El proceso -jurídicamente hablando- tiene un carácter marcadamente instrumental. Sirve para que el Estado haga efectivo el derecho contra el ciudadano que lo contradice. Pero, para llegar a la

realización de la Justicia, el afectado inicia sus pasos con la visita al estudio del abogado, quien aparece en ese momento ante sus ojos como el poseedor simbólico de la llave maestra que habrá de hacer valer sus derechos.

Recuerdo a hombres de empresas importantes, profesionales universitarios de elevado nivel intelectual, cómo tensionados e inseguros por sus conflictos concurren a pedir ayuda al abogado en medio de un laberinto de confusiones.

El hombre agredido y lesionado en sus derechos acude al bufete del abogado con la fe de que este solucionaría todos sus problemas, al igual que el padre del todopoderoso. Cuando ve tambalearse la tierra a sus pies, resulta tranquilizante y gratificante para su espíritu, transferir su angustia a la figura del abogado, y pensar que frente a la jauría de los enemigos que lo acosan ha encontrado alguien que lo defienda con autoridad.

ASPECTOS QUE DEBE ABARCAR EL CONSEJO DEL ABOGADO.

El primer intento del abogado en la atención del cliente debe dirigirse a enfocar la realidad jurídica desde un aspecto psicológico. El peor defecto del jurista es limitarse a ser jurista. El verdadero abogado para resolver los problemas, debe investigar en todos los campos, ya que en muchos casos no se le plantean solo problemas técnicos que deban resolverse con arreglo a unas determinadas leyes esquemáticamente predeterminadas.

El abogado no debe limitarse a ilustrar sobre el contenido y alcance de las normas positivas, sino que debe satisfacer el ansia de Justicia del cliente que acude a su visita, y con razonamientos jurídicos y humanos, explicarle los problemas técnicos, o, en su caso, corregir su desviada concepción legal.

El hecho de que el cliente haya concurrido en consulta no debe significar que irremediablemente deberá ir a un juicio. El abogado

tras estudiar el caso dictaminará si el mismo es procesalmente factible y razonable.

Casos hay que el hombre de derecho disuade a su cliente a su cliente de plantear una acción, por falta de razón legal o carencia de elementos probatorios. Con ello también está realizando Derecho.

Sentís Melendo, afirma, que toda intervención del abogado, anterior al proceso, representa una labor juzgadora, él es el primer Juez del proceso, de un proceso que precisamente gracias a su asesoramiento no nacerá nunca.

Los abogados si nos proponemos, podemos resolver en nuestros estudios jurídicos numerosos conflictos familiares, comerciales y patrimoniales, cumpliendo así una alta función social y contribuyendo con una labor que Calamandrei llamaba de “desinfección de la litigiosidad”.

Pero lo delicado del problema en estos casos, es que el consejo del abogado no debe ser frustrante a la sed de la justicia del cliente, porque lo puede hacer derivar en conductas agresivas. ¿Cómo expresarle entonces que no tiene razón legal ni jurídica que lo ampare, o que tiene razón jurídica, pero que su pretensión no podrá ser demostrar por carencia de pruebas?

Estas respuestas, impiden que el individuo intente satisfacer su pretensión jurídica y este bloqueo no hará más que acrecentar los sentimientos de ansiedad e inferioridad que ya traía el cliente con antelación a la consulta.

Por ello el cliente frustrado, tiene siempre conductas agresivas o rebeldes, pero tales reacciones dependen de la biotipología del individuo y su contorno socio-cultural.

Debe entonces el abogado, partiendo de la calidad del cliente, ensayar las respuestas didácticas y terapéuticas. No es desde el punto de vista psicosociológico una buena respuesta del abogado, negar simplemente su ayuda, técnica al cliente que deposita en él un caso carente de asidero legal. Quién así opera puede generar una

conducta agresiva que derive en la venganza o el ejercicio de la justicia por propia mano.

Varios son los métodos que el abogado puede ensayar en estos casos para morigerar las reacciones del cliente y hacerle comprender las inconveniencias del juicio.

Uno de ellos es escuchar detenidamente al cliente, más allá de lo que atañe a los aspectos netamente jurídicos. De esta manera puede ir aminorando la tensión del conflictuado y la potencia de su deseo por litigar.

El abogado que sabe comprender y escuchar al cliente puede advertir que el conflictuado a veces empieza su liberación contando “su caso” al explayarse y desahogarse. “Fijese Ud. o que me han hecho”. “Ahora sabrá quién es el sinvergüenza de fulano”. “Perdone que sea un poco extenso, pero es necesario que Ud. lo sepa todo”. Luego de este “introito” sigue un largo relato, la mayor parte de cuyos capítulos suelen tener escaso interés jurídico.

Sin embargo, desde el punto de vista psicológico este tipo de entrevistas disminuye el nivel de ansiedad del cliente, libera al conflictuado de muchas tensiones emocionales que se han ido acumulando y comprimiendo, y producen un efecto catártico. La cólera disminuye, y el hecho de comunicarse con el abogado y denunciar la conducta deshonesto o delictuosa del adversario, reduce el síndrome depresivo.

Concertar varias entrevistas didácticas y solicitarle amplias informaciones sobre el caso, constituye otra forma de ir haciéndole comprender al cliente que la realización de la Justicia no es tan simple como inicialmente aparecía a sus ojos. La necesidad de pasos previos al juicio para preconstituir pruebas, o la simple enunciación de algunas medidas precautorias que se tomarán de inmediato, tienen un efecto terapéutico para la ansiedad del cliente.

“Le remitiremos un telegrama colacionado”, “Le enviaremos una intimación notarial”; “presentaremos una querrela criminal si no

responde”, vamos a solicitar un embargo”. Estas frases suelen sonar a música celestial a los oídos del cliente y lo transportan con una vivencia anticipada a la reivindicación de su derecho conculcado.

La sola creencia de que el abogado va a poner en marcha los mecanismos coercitivos necesarios para vencer al adversario, aparte de reducir la ansiedad del cliente, opera eficazmente al desplazar su agresividad hacia niveles socialmente no tan peligroso ni alarmante.

La intercomunicación verbal entre abogado y cliente debe pues ser de tipo didáctico. No se trata de domesticar ni de propiciar resignación y consuelo, aunque a veces quepa solo eso. Hay que diseccionar frente al cliente la “questio iuris”, su íntima esencia, en términos inteligibles para el profano en derecho, de suerte que el conflictuado descubra que su infortunio legal no es producto de la aceptación del derecho del agresor, ni el reconocimiento de una justificación ética, sino consecuencia de las imperfecciones técnicas del derecho positivo.

Ello hará disminuir el complejo de sentirse víctima, que a veces invade a ciertas personas que se consideran fatalmente escogidas por el destino para toda suerte de desgracias.

Otro intento que el abogado puede ensayar ante la obscuridad del planteamiento del cliente, que no le permita vislumbrar un porcentaje apreciable de éxito en la esfera judicial, puede ser la reunión con el oponente a su derecho y su abogado, intentando un arreglo no basado en la coerción, sino en la persuasión. En la gestación de estos arreglos, que por fortuna son muchos en la praxis jurídica, debe darse intervención oportuna al cliente, pues lo interesante es que viva intensamente todas sus diversas secuencias, tan ricas en experiencias que nunca vivió, ayudando de este modo al abogado a un mejor esclarecimiento y solución del problema.

Es así como captando y desarrollando estas circunstancias derivadas del análisis de las cuestiones planteadas, y de las reacciones de los protagonistas, el abogado puede lograr una aproximación entre las partes conflictuadas.

Pero hay casos en los cuales la agresividad es tal en el cliente, que le priva de capacidad crítica, y no concibe la transacción más que como una rendición sin condiciones de la contraparte. Sin embargo, debemos señalar que, en la mayoría de los casos, los clientes se hallan bastante predispuestos a la transacción, y basta la insinuación del abogado para que se decidan.

Contribuye a ello el temor del cliente de entrar al espinoso terreno del juicio rodeado de celos y de prejuicios. Se dice que el pleito es lento, que su costo económico es elevado y que ningún abogado honesto puede predecir su resultado. Todo ello favorece el consejo transaccional, que no debe sin embargo, ser dado a la ligera, y solo en los casos donde las circunstancias objetivas recomiendan una recíproca cesión de una parte de las pretensiones esgrimidas.

Por todo ello, sin perder de vista que la lucha por el derecho es una lucha indeclinable y un compromiso no solo individual, sino social para el abogado, nunca debe lograrse un asentimiento del cliente a la transacción sin antes haberle explicado persuasivamente, las sólidas y justificadas razones jurídicas de su renuncia al pleito.

LA FUNCIÓN TERAPÉUTICA DEL JUICIO

Todas las contingencias previas al pleito y sus derivaciones, que hemos intentado esbozar en los párrafos precedentes, no tienen el grado de liberación de la agresividad que alcanza para el cliente, el inicio de una acción judicial.

El pleito no solo es controversia judicial sino también competición. El proceso es un mecanismo legal creado para erradicar otras formas violentas o aleatorias de respuesta a la agresión. Es la lucha ritualizada y desahogo incruento en que los litigantes dirimen sus derechos.

El hombre social, el “zoon politikon” aristotélico, tiene entonces en el juicio la mejor manera de expresar libremente sus sentimientos agresivos y hostiles en el foro.

El pleito ejerce pues una función liberadora de muchas depresiones, pero para que el conflictuado pueda liberar su energía reprimida, es preciso que tome en el pleito una participación activa e inmediata.

Ninguno, más que el proceso penal, permite ese acercamiento entre cliente y abogado y la coparticipación del litigante en su tramitación.

En cambio, en el juicio civil hay un mayor distanciamiento. Suele ocurrir que el demandante o demandado lleguen al término del procedimiento, sin que siquiera hayan visto al Juez ni leído, ni oído las alegaciones de las partes.

De ahí que resulta aconsejable, no solo por la función pedagógica y psicoterapéutica que ejerce el proceso sobre el cliente, sino por el éxito mismo de la labor profesional, que el abogado procure incorporar al cliente al proceso, haciéndole vivir y experimentar personalmente todas sus secuencias.

Al cliente hay que hacerle conocer el texto de un escrito de querrela, o el de una demanda y la contestación de la otra parte. Hacerle escuchar las declaraciones indagatorias y testificales, y asistir a las inspecciones oculares. Buscar su ayuda en la preparación y desarrollo de las pruebas y hacerlo participar en los alegatos explicándole la naturaleza y finalidad de todos los actos procesales, desarrollados así una labor pedagógica, enseñándole a luchar por sus derechos, sin esa excesiva tutela, casi paternal que inconscientemente -a veces solemos desplegar los abogados- cuando decimos: “Ud. no se preocupe de nada”, “cuando salga la sentencia ya se la notificaremos”. Esta sobreprotección no solo es nociva para el cliente, sino que este será el primer disconforme, que sin haber vivido las contingencias del juicio puede bruscamente ser sorprendido por un fallo adverso. En sentido contrario, habiendo coparticipado en los pasos del proceso podrá vislumbrar su resultado por sus propias experiencias y avisorar el éxito o la derrota, la cual lógicamente causará menor impacto en su personalidad.

Otro aspecto que también actúa como catalizador, es la proverbial lentitud de la administración de Justicia, que así va extinguiendo o atenuando el impulso agresivo inicial y apaciguando las pasiones, y a veces quien carece de razón legal, se va convenciendo con el tiempo de su falso sentimiento de justicia.

Nuestro propósito con este trabajo, no ha sido el de invadir áreas que corresponden a la psicología, psiquiatría o pedagogía. Hemos tratado simplemente de captar y exponer los dinamismos psicológicos que aletean en el fondo del proceso y en las relaciones entre litigantes y abogados.

Solo pretendemos señalar como mediante su comprensión, el jurista puede desarrollar estas sub-funciones pedagógicas y terapéuticas de modo casi imperceptible y que pueden incidir en un mejoramiento de las condiciones psíquicas del conflictuado.

No descartamos que algunos de nuestros puntos de vista, en su gran mayoría empíricos, puedan sucumbir ante un estudio más profundo de especialistas o expertos en la materia.

Se nos podrá decir que no todos los pleitos son como lo hemos pintado y que no todas las personas lo viven de la manera como lo hemos descripto. Ello es innegable, pero debemos convenir que tampoco la psicoterapia de grupo o el psicodrama son técnicas psiquiátricas aplicables a todos los casos.

Para terminar digamos, que para una mejor comprensión de estas cuestiones psicoterapéuticas se impone una estrecha colaboración entre el jurista y el psiquiatra. Desde el punto de vista paranoico hasta el simplemente ansioso, son muchos los casos los que buscan en el litigio judicial soluciones para sus desórdenes internos.

El derecho, además de ser un producto social y normativo, representa también una vivencia afectiva que puede llegar a incidir en la vida del hombre, comprometiendo su salud mental.

Resultaría muy conveniente para nuestra compleja sociedad moderna, que nuestras universidades provean a los futuros juristas

de la suficiente formación para las sub-funciones pedagógicas y psicoterapéuticas, como asimismo brindar a Psicólogos y Psiquiatras una determinada formación jurídica, para que puedan comprender mejor las reacciones psíquicas que generan los conflictos jurídicos.

La cultura del jurista, debe abarcar estos conocimientos científicos, pues solo con una visión integral del hombre y de sus problemas vitales podremos desarrollar mejor el ejercicio de nuestra vida profesional y nuestra lucha por el derecho que no es solo un compromiso individual sino social, en la consecución de los fines superiores del Derecho.



Régimen jurídico de las aguas. Contaminación. Criterio jurisprudencial

Dr. Luis Fernando Sosa¹

INTRODUCCIÓN

En el correr del tiempo, muchas transformaciones que hacen a las manifestaciones del derecho se debieron a estaciones impuestas por el hombre sobre la naturaleza.

Es así que el término “CONTAMINACIÓN”, adquiere vigencia jurídica, que para nuestra pretensión su contexto está dado por el Medio Ambiente en que se encuentra el Agua “cosa jurídica”. Ello ocurre en el ámbito internacional al impulso de las Naciones Unidas, como efecto de las llamadas “REGLAS DE HELSINKI”, en el año 1966.

Nuestro país no ha podido sustraerse al avance tecnológico que implica desarrollo socio-económico, dándose por tanto nuevos enfoques jurídicos para solucionar situaciones que se han ido presentando y continuarán en el futuro debido al auge industrial.

En lo relacionado a nuestro par, cobran impulso las instituciones jurídicas de las Aguas en el marco de la Cuenca del Plata, debido al tratado y los emprendimientos hidroenergéticos de Itaipú y Yacyretá.

El aprovechamiento hidroeléctrico, el uso industrial del agua, condiciones de dominialidad, preservación de las condiciones de potabilidad, el abastecimiento poblaciones y posibles procesos de contaminación en curso de aguas naturales, más la necesidad de un Código sanitario fueron creando el marco de investigación propicia al

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 11- 1985.

análisis jurídico de dicha problemática enunciada por la utilización racional de los recursos naturales renovables.

La pretensión es ambiciosa, más de momento quiere centrarse en el régimen jurídico de la utilización del agua frente a los procesos de contaminación.

RELACIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO DE LAS AGUAS

El derecho del agua norma la creación, modificación, transmisión y extinción de las relaciones. (Jurídicas) aplicables su conocimiento, aprovechamiento y preservación como asimismo a la defensa contra su acción nociva. (Mario F. Valls).

No se opone a la unidad del derecho. Por el contrario, no constituye una unidad pasiva sino la derivación de un sistema interrelacionado con otras disciplinas: derecho comercial, laboral, agrario, económico, administrativo, procesal, penal y las biofísicas. El sujeto del derecho, el Hombre: personas. Son las mismas del derecho civil, el comercial o administrativo.

Las personas la usan: navegando regando, generando energía, abasteciendo poblaciones, industrias, minas o ganado, vertiendo desechos o recreándose en ella, sufren su acción modificando su escurrimiento o calidad. Personas complejas; consorcios, sindicatos; comunidades.

La cosa sobre la que esas personas actúan y caracteriza a esta rama jurídica es el agua. La legislación sin embargo la trata de distintos modos según el lugar que la naturaleza la ofrece: superficial o subterránea,

Son cosas accesorias: las obras hidráulicas de presas, diques, acueductos, perforaciones represas, tajamares, plantas depuradoras, compuertas, plantas de tratamiento y colectores de descarga, puentes, esclusas, canales de navegación, máquinas e instrumento, topadoras, bombas, dragas, perforadoras, instrumental de observación y medicación, de acción sobre nubes.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS. CONTAMINACIÓN.
CRITERIO JURISPRUDENCIAL

Vemos que la relación generada entre las personas y el agua son normas jurídicas que regulan la relación material y refieren directamente al agua o bien a personas, cosas o actividades susceptibles de influir sobre ella indirectamente. El objeto puede ser; dar, recibir, usar agua, proporcionar información, transferir el dominio, ocupar inmuebles, pasar por ellos, abstenerse de acciones inconvenientes, pagar por el use del dominio público, contribuir para obras o reparar daños y perjuicios causados.

LEGISLACIÓN NACIONAL

No existe en el país un documento único que defina los principios básicos y los objetivos para la ubicación del recurso agua, sea este de carácter interno o internacional.

Al Estado Paraguay compete las facultades de administración en el país.

La Constitución Nacional del 25 de Agosto de 1967, en su Art. 940, dispone que el Estado Paraguay promoverá el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles con el objeto de impulsar el crecimiento dinámico de la economía nacional y el Art. 100 expresa:

“...corresponde al Estado el dominio de todos los minerales sólidos, líquidos y gaseosos que se encuentren en estado natural...”, a los efectos de su imputación al concepto de “recurso económico”, es de señalar que los recursos naturales son: tierra, flora, fauna y agua.

Frente a este postulado constitucional es contraria la posibilidad jurídica de que los recursos naturales sean susceptibles de propiedad privada, cuando no son: casos expresamente estipulados en la Ley.

El ordenamiento legal atribuye al Estado la propiedad de recursos naturales con excepción de sustancias pétreas, terrosas o calcáreas. . .” (No renovable). El subsuelo en líneas generales, ha estado siempre fuera del ámbito de la propiedad privada. En cuanto a los

recursos naturales renovables, la norma aún no es del todo consecuente con la Constitución Nacional, pues, los recursos forestales, situados en terreno de propiedad privada, son de sus dueños, sin embargo, no pueden ser explotados sin la autorización del Estado. Es más, puede el Estado establecer una prohibición a los aprovechamientos forestales, mediante la declaratoria de parques nacionales o zonas protectoras y preservación en área de propiedad privada, en tales casos la limitación al derecho de propiedad, afecta el uso y goce.

La aplicación sobre la propiedad, de la responsabilidad que tiene el propietario en el uso de los recursos, también debe ser en el caso del agua, cuando luego que el recurso es empleado como materia prima, su residuo se vierte en un curso que lo haga contaminante.

La ley fijará el contenido y límites del derecho de propiedades atendiendo a su función social (Art. 96).

Con relación al tema en estudio, la Constitución Nacional atribuye al Congreso legislar sobre: (Art. 149, inc. 9) reglamentar la navegación fluvial y aprobar los tratados internacionales (idem - inc. 8).

A los efectos de la administración general corresponde al Poder Ejecutivo expedir las instrucciones y reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, negocios y firmas de los tratados con aprobación del Poder Legislativo.

La Constitución en su Art. 101 refiere la de recurso naturales, haciendo relación al Art. 100 sobre el dominio de los minerales líquidos, y dicen; Art. 101; "...La explotación de los recursos naturales de dominio del Estado podrá ser objeto de concesiones a favor de empresas nacionales, privadas o mixtas, o de empresas privadas extranjeras, mediante leyes especiales que se dictarán en cada caso. No se otorgará ninguna concesión por tiempo indeterminado, ni se CONCEDERAN PRIVILEGIOS que prive al Estado de una participación justa en los beneficios de la explotación de aquellos recursos..."

Igualmente, la Constitución Nacional en su Art. 8 establece; antes que los Códigos y las Leyes Nacionales, primarán los tratados, convenios y demás acuerdos internacionales, ratificados y canjeados...”.

El Paraguay adoptó por Ley del 19 de Agosto de 1876, el Código Civil proyectado por Dalmacio Vélez Sarsfield, que a partir del 10 de Enero de 1877, entró a regir, Asimismo, legisla el dominio de las aguas y cosas vinculadas a ella: (del aluvión - avulsión) sus limitaciones, servidumbre y las modificaciones al dominio producidas por su acción natural.

EL AGUA EN EL CÓDIGO CIVIL DEL DR. DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD

La titularidad y régimen del dominio de las aguas es materia prevista por el Código Civil vigente. La regulación administrativa del sistema general para el aprovechamiento y uso hídrico tiene una aplicación de jurisdicción dispersa.

Es base fundamental la prevalencia del principio de la dominialidad sobre las aguas y sus cauces, lo cual se concreta en la existencia de una propiedad: pública y privada.

En el Código Civil como Cuerpo Legal Básico de Derecho Privado, donde aparece las reglas fundamentales del Derecho de Aguas. En materia de dominio de las aguas, siguió a la Legislación Romana y las de las Partidas, las Leyes de Indias, y la Legislación Francesa que establece el sistema de la riberaneidad.

Siguiendo a Alberto Spota en las instituciones de dominio sobre las aguas que ha establecido el Código Civil, el sistema es como sigue:

a) la Dominialidad Pública de las Aguas como norma general. Dice el artículo 2340 del Código Civil: “Art. 2340. Son bienes públicos del Estado General o de los Estados particulares:

1º. - Los mares adyacentes al territorio de la República, hasta la distancia de una legua marina, medida desde la línea de la más

baja marea; pero el derecho de policía para objetos concernientes a la seguridad del país y a la observancia de las leyes fiscales, se extiende hasta la distancia de cuatro leguas marinas medidas de la misma manera;

2º. - Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros;

3º. - Los ríos y sus cauces y todas las aguas que corren por cauces naturales.

4º. - Las playas del mar y las playas de los ríos navegables, en cuanto su uso sea necesaria para la navegación entendiéndose por playas del mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan en las más altas mareas, y no en ocasiones extraordinarias de tempestades.

5º. - Los lagos navegables por buques de más de cien toneladas, y también sus márgenes;

6º. Las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables;

7º. Las calles, plazas, caminos, canales puentes y cualesquiera otras obras públicas, construídas para utilidad o comodidad común”.

De este modo con el principio amplio consagrado en el inc. 30, el Derecho de Aguas se puso a la vanguardia de la Legislación más progresista de entonces. Cabe señalar que esta fórmula atributiva de dominialidad fue propuesta en la IV Conferencia Argentina de en el año 1936.

b) La concesión en el uso de las aguas públicas:

El artículo 2642 del Código Civil preceptúa; “Art. 2642. Está prohibido a los ribereños sin concesión especial de la autoridad competente, mudar el curso natural de las aguas, cavar el lecho de ellas, o sacarlas de cualquier modo o en cualquier volumen por sus terrenos”.

Resulta que la Ley exige concesión de la autoridad competente para el aprovechamiento las aguas, ello es así por cuanto quien detenta el dominio está por tanto facultado a reglar el uso.

Por su parte, el Artículo 2641: “Si los ríos fuesen navegables, está prohibido el uso de sus aguas, que de cualquier modo estorbe o perjudique la navegación o el libre paso de cualquier objeto de transporte fluvial: prohíbe el uso las aguas cuando ello importe un obstáculo para la navegación o flotación, usos estos, que son prioritarios en la hermenéutica del Código.

c) El Dominio privado como principio restrictivo sobre ciertas aguas. Como el Código Civil establece la dominialidad pública de las aguas como principio en su estado natural considerado liquido por su afectación o destino se entiende solo aquellas aguas que escapan a la *iure conditio* del artículo 2340 pueden formar parte del patrimonio de los particulares, como excepciones a la norma general.

Así tienen el de privado en nuestro Derecho las aguas que nacen y mueren en la misma heredad. Artículo 2350: “Las vertientes que nacen y mueren dentro de una heredad, pertenecen, en propiedad, uso y goce, el dueño de la heredad”, las aguas lluvias caídas en fundos privados, o que entren en ellos. Artículo 2636:

“Todos pueden reunir las aguas pluviales que caigan en lugares públicos, o que corran por lugares públicos, aunque sea desviando su curso natural, sin que los vecinos puedan alegar ningún derecho adquirido”, y las aguas fuentes o manantiales que no formen uso común, Artículo 2637: “Las aguas que broten en los terrenos privados pertenecen a los dueños de estos, y pueden libremente usar de ellas, y mudar su dirección natural el simple hecho de correr por los terrenos inferiores no da los dueños de estos derecho alguno pero si ellas fuesen el principal alimento de un río, o fuese necesaria a algunos pueblos están sujetas a expropiación por utilidad pública .

Encontramos luego el principio del dominio privado limitado en beneficio del uso de las aguas. Artículo 2006 11 del código civil: “las restricciones impuestas al dominio privado solo en el interés público,

son regidas por el derecho administrativo sobre restricciones al dominio privado emergente del interés público derivado de la navegación o flotación es el camino de la sirga o camino ribereño, el establecido en beneficio de la comunicación artículo 2639: los propietarios limítrofes con los ríos o con los canales que sí van a la comunicación por agua están obligados a dejar una calle o camino público de 35 m hasta la orilla del río o del Canal sin ninguna indemnización. Los propietarios ribereños no pueden hacer en ese espacio ninguna construcción ni reparar las antiguas que existen ni deteriorar el terreno en alguna manera.

Restricciones al dominio privado sancionada en el interés privado y público derivado de la mejor utilización económica de la propiedad en materia aguda los artículos 2647 y 2653 del código civil dicen: “Art. 2.647. Los terrenos inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente descienden de los terrenos superiores, sin que para eso hubiese contribuido el trabajo del hombre”.

“Art. 2653. Es prohibido al dueño del terreno superior, agravar la sujeción del terreno inferior, dirigiéndolo las aguas a un solo punto, o haciendo de cualquier modo más impetuosa la corriente que pueda perjudicar al terreno inferior, imponen la obligación de propietario del fundo inferior de recibir las aguas que naturalmente descienden de los terrenos superiores.

Servidumbre forzosa impuesta por la Ley por razones del interés público.

En el caso del artículo 3082: “Toda heredad esa sujeta a la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que las necesite para el servicio doméstico de sus habitantes, o en favor de un establecimiento industrial, con el cargo de una justa indemnización”.

Esta servidumbre consiste en el derecho real de hacer entrar las aguas en un inmueble propio, viniendo por heredades ajenas; que impone forzosamente la servidumbre de acueducto razón de interés

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS. CONTAMINACIÓN.
CRITERIO JURISPRUDENCIAL

público en favor de toda heredad que carezca de agua indispensable para usos domésticos, agrícolas o industriales.

Servidumbre de descarga impuestas por la ley, evidenciando el interés público ínsito en todo el sistema del Código, los artículos 3094, 3097 y 3100 del Código Civil

“Art. 3094. Cuando se hubiese constituido una servidumbre de recibir las aguas de techos vecinos, el dueño del predio no podrá hacer salir o caer aguas de otro inmueble, aunque estas se reúnan a las del primero; u otras aguas que al tiempo de la constitución de la servidumbre salían o caían por otra parte, ni hacer salir o caer aguas servidas en vez de aguas pluviales”,

“Art. 3097. Los propietarios de los fundos inferiores están sujetos a recibir no solo las aguas naturales sino también las aguas artificiales que corran de los terrenos superiores a los cuales hubiesen sido llevadas o sacadas de allí por la necesidad del riego o de establecimientos industriales, salvo indemnización debida a los predios inferiores, teniendo en consideración los beneficios que pueda obtener de estas aguas”,

"Art. 3100, Todo propietario que quiera desaguar su terreno de agua que le perjudique, o para evitar que se inunde o que deje de ser bañado, o para la explotación agrícola, o para extraer piedras, arcillas o minerales, pueden, previa una justa indemnización conducir las aguas por canales subterráneos o descubiertos, por entre las propiedades que separan su fundo de una corriente de agua, o de otra vía pública"; autorizan a evacuar las aguas de un fundo, provenientes de una industria o de un terreno pantanoso, haciéndolo discurrir por un fundo vecino y la servidumbre de recibir aguas de log techón ajeno y gacar aguas de fuentes aljibes. Tales son las limitaciones al dominio privado impuestas por 3094, 3096, 3104, 3107 y concordantes del Código Civil.

d) Principio Proteccionista. Aunque en forma embrionaria, dada su época de sanción, el Código Civil contiene diversas disposiciones tendientes a la protección de las aguas, o a evitar la acción

nociva de las mismas sobre personas o cosas. En este sentido cabe mencionar los artículos 2625, 2638 y 2648, con un incipiente concepto jurídico de la contaminación, tiende a impedirla los Artículos 2634, 2643 y 2653 que Contemplan casos de erosión hidráulica: el artículo 3100 que permite la eliminación de aguas para evitar salinización, anegamiento, etc.

e) Principio del Consorcio en el uso de obras hidráulicas. Dice el Artículo 3103 del Código Civil: “Los propietarios de los fundos que atraviesan las aguas, y los vecinos de estos fundos, tienen la facultad de servirse para la salida de las aguas para sus heredades, de los trabajos hechos, bajo las condiciones siguientes:

1. Restituir la indemnización que pueda haber recibido y contribuido a las que se hayan pagado a propietarios más remotos

2. Soportar una parte proporcional de los trabajos de que aprovechen

3. Satisfacer los gastos de las modificaciones que el ejercicio de esta facultad pueda ser necesarias

4. Contribuir a la conservación de las obras que resultan comunes

5. Resulta así que los propietarios de fondos sirvientes pueden utilizar las obras construidas por los dueños de los fundos dominantes para salir a sus aguas a condición de que cumplan con los incisos dos tres y cuatro esta sería una servidumbre de presa y de escribo portada o partida en la construcción de obras hidráulicas.

El código consagra un consorcio de usuarios, aplicables al caso de la servidumbre civil para el uso en comunidad de la obra hidráulica de desagüe que se construya.

Tradicionalmente el legislador civil ha venido considerando las aguas como objeto de apropiación por parte de las particulares esta consideración se basa en el criterio de que las aguas son bienes inmuebles por su naturaleza.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS. CONTAMINACIÓN.
CRITERIO JURISPRUDENCIAL

El artículo 2314 expresa: “son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentren por sí misma inmovilizadas como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre”.

FLUIDO: del latín fluidos Adj: dicese de cualquier cuerpo cuyas moléculas tienen entre sí poca o ninguna coherencia y toma siempre la forma de recipiente o vaso donde está contenido como los líquidos y los gases. (Diccionario de la lengua española real academia 1956)

El código civil reconoce dos tipos de propiedad artículo 2513: una pública y una privada. Esta idea se proyectará sobre las aguas y el propio código reconoce un dominio público y uno privado sobre las mismas.

La imaginación de legislador civil al calificar a las aguas en general como bienes inmuebles por su naturaleza no se adecua a la actualidad tecnológica.

En general dicho legislador parte de la idea de que las cosas objeto de apropiación tengan no materialidad física corporeidad y la ha dividido a su vez en muebles e inmuebles según puedan o no ser desplazables físicamente. Indiscutiblemente que esa clasificación responde a una época en la que los bienes de negocio jurídico se restringían a un campo sumamente limitado, lo que no sucede en nuestros días donde el ámbito de los negocios jurídicos se ha ampliado considerablemente, al impulso de la tecnología.

Las aguas fueron incluidas como bienes inmuebles por su naturaleza en donde su estrecha vinculación con el régimen jurídico de la propiedad predial.

Prácticamente el régimen jurídico de las aguas en la legislación civil está determinado por el nexo: Agua – Propiedad – Predial.

Las aguas se han concebido como simple anexo de la propiedad superficial, (Art. C. Civil): “La propiedad del suelo se extiende a toda

su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en línea perpendicular. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, Salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo: puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquier altura avance sobre ese espacio”, Ahora bien, si desde el punto de vista ecológico existe una clara relación o vínculo entre las aguas y el suelo como recursos naturales renovables, debe conservarse jurídicamente esa relación suelos - agua, en ambos elementos son recursos naturales ecológicamente conexos, Por otra parte, mientras la propiedad ha dejado de ser de acuerdo a la Constitución Nacional y a la Ley de Reforma Agraria -fundamentalmente, un haz de derechos exclusivos - para transformarse en una institución de marcado interés social, es incongruente que cierta parte de la doctrina jurídica continúe conceptualizando a las aguas como bienes anexos al régimen tradicional de la propiedad, Si algo debe quedar claro en esta nueva agua es el principio siguiente:

El régimen jurídico las aguas debe ser independiente del régimen jurídico al que esté sujeto la superficie o el subsuelo. El agua como recurso natural sometido a un ciclo permanente y dinámico, el ciclo hidrológico, no debe por ningún motivo sujetarse a un tratamiento jurídico extraño a su estructura ecológica. La propiedad podría ser pública o privada: pero las aguas serán siempre por su naturaleza “Recurso de uso público”, cuya titularidad como demostramos no encuentra ningún individuo en particular: es la nación, la comunidad, todos los hombres en general. En razón de ese vínculo consecuencial entre la propiedad del suelo y del régimen legal de las aguas.

Si refiriéramos la importancia del agua, la respuesta es superlativa, no solo es un factor fundamental para la vida, sino para el desarrollo de los países, No hay actividad en la cual su utilización no

sea necesaria. En el proyecto de reforma del Código Civil, se da prevalencia al sistema de las servidumbres en el uso de las aguas considerado como limitaciones a la propiedad privada.

OTROS CÓDIGOS Y LEYES: Muchas de las disposiciones del Código Civil han sido complementadas y en algunos casos reformadas por el Código Rural (Ley Nº1248 del 9/IX/ 1931), que legisla sobre pesca, abrevaderos, régimen de concesión de agua públicas y manda expropiar los bosques protectores de curso de agua o del suelo. (Algunas disposiciones del Código Rural, se hallan modificadas por Ley Nº 854 - 29/III/63 Estatuto Agrario y la Ley Nº 422 del 23/XI/73 Ley Forestal). El Decreto Ley Nº 3729 del 20/IV/1949, modifica el Código Rural en las aguas públicas para regadío.

Las relaciones privadas emergentes de la navegación, se rigen por el Código de Comercio, redactado por Eduardo Acevedo (Ley del 29/VIII/1981). Código de Navegación Ley Nº 476 15/X/1957 - Decreto Ley No 6984 por el que se reglamenta el Código Fluvial 30/IX/1959.

El Penal (Ley de 18/VI/ 1914), reprime el curso y la piratería, el incendio intencional de buques de pasajeros en navegación, los estragos por sumersión, el varamiento de naves, la inundación, la destrucción de obras hidráulicas, puentes, caminos, canales o cualquier medio de potencia equivalentes, la extracción, destrucción, daño o inutilización de señales para la nave la colocación de señales falsas y la interposición de obstáculos para obstruir el paso. También reprime desviación ilegal de aguas con fines de lucro y la pesca en sitio cerrado sin permiso del dueño.

El Código de Minería (Ley Nº 93 del 24/VIII/1914), establece zonas de protección a favor de - acueductos, abrevaderos y vertientes, impone la construcción y caro del costo de desagües, servidumbres de paso y de uso de aguas. A los efectos de lo también cabe citar la Ley de Hidrocarburos (Ley Nº 675 del 14/IX/ 1960).

Las Leyes de creación de instituciones responsables de los distintos usos del agua, La explotación hidroeléctrica está concedida a la ANDE (Administración Nacional de Ley Nº. 966 del 12/VIII/1964,

que crea la ANDE, en su Art. 50 dice: “ANDE tiene por objeto primordial satisfacer en forma adecuada las necesidades de energía eléctrica del país, con el fin de promover su desarrollo económico y fomentar el bienestar de la población, mediante el aprovechamiento preferente de los recursos naturales de la Nación”.

La Ley N° 244 del 26/X/1954, crea CORPOSANA, Corporación de Obras Sanitarias de Asunción, y le encomienda la construcción y explotación de los sistemas de agua potable y alcantarillado de la Ciudad Capital. La Ley N°. 1095 de 3/III/1966 le encarga todas las obras sanitarias urbanas y rurales del país. La Ley N° 244 le manda, además, (Art.4º) “aprovechar, utilizar, gobernar y vigilar, según el caso, todas las aguas subterráneas y de superficie de dominio publico, indispensables para el debiedo cumplimiento de las disposiciones de esta Ley, en ejercicio de los derechos que el Estado tenga sobre ellas”.

La Ley N° 369 del 1/XII/1972, crea SENASA, y el encomienda el abastecimiento del agua alas poblaciones urbanas menores de 4.000 habitantes y a la población rural. Existen instrumentos internacionales realcioneados al uso de las aguas a los que el Paraguay se halla adherido, incluyendo lo referente a aguas internacionales (archivo de Cancillería).

Entre las instituciones que existen a nivel oficial que se refiere al manejo de los recursos hidráulicos, encontramos las siguientes:

a) Ministerio de Relaciones Exteriores. Para aguas internacionales (Cuenca del Plata).

b) Ministerio de Agricultura y Ganadería, donde existe un departamento de aguas públicas que básicamente entiende en los problemas que afectan al cultivo del arroz; y el Departamento de Recursos Renovables (División de Conservación de suelos y aguas).

c) Ministerio de Obras y Publicas y Comunicaciones. Existen un

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS. CONTAMINACIÓN.
CRITERIO JURISPRUDENCIAL

Apar desaneamiento e hidrotécnica cuyas labores se han reducido últimamente ya que corporana cubre los objetivos que originalmente le fueron encargados a este departamento la dirección de marina mercante y flota mercante del estado

d) Ministerio de Defensa Nacional. Posee un departamento de aguas subterráneas con especial referencia a su búsqueda y manejo en la región occidental Chaco: da armada nacional decreto número 10262 barra 1942 y y orden general 47 barra 1953: dirección de hidrografía y navegación decreto número 12 0962 barra 1962

e) Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. En este ministerio está el servicio nacional de saneamiento ambiental senasa, encargado entre otras cosas de la provisión de agua de consumo doméstico y municipal 4000 habitantes.

f) CORPOSANA, esta entidad autárquica dependiente del ministerio del interior tiene como objetivo primordialmente la provisión de agua potable y sistema de alcantarillado para la ciudad Asunción con aprobación del ministerio de salud pública. Por otra parte se encuentra en plena ejecución los proyectos destinados a proveer agua potable a las ciudades más importantes del interior del país.

g) Administración Nacional de Navegación y Puertos ley número 10,066/65

h) la Oficina Química Municipal Departamento de Salubridad y Saneamiento. Junta municipal de Asunción dicto norma para el control de contaminación ambiental ordenanza número 2006 62 del 25 de enero de 1979.

En cuanto a las demás instituciones del sector público que participan en el aprovechamiento del recurso agua la mayoría de ellas se centra en facilitar navegación de los cursos de aguas nacionales e internacionales.

Instalación de industrias prohibidas por decreto del poder ejecutivo número 25.029 del 27 de agosto del 76: la prohibición del go-

bierno está dirigida a la instalación de industrias cuánto ellas se localicen dentro de un radio de 20 km a partir de un kilómetro cero del centro de Asunción excepto departamento de presidente hayas.

Itaipú - Yacyreta: son entidades binacionales sociedades formadas por representación de dos estados, atento al principio de soberanía y de la territorialidad de la ley.

Dominio público Entiéndase por dominio público el conjunto de cosas afectadas al uso directo de la colectividad referida a una entidad administrativa de base territorial y destinada a los administrados, y qué son susceptibles de apropiación privada. Esta definición excluye algunas características que en la doctrina es realmente se atribuyen al dominio público, considerando, por ejemplo, como dominio o, más aún, como propiedad del estado. El dominio público no se le atribuye al estado sino al pueblo población en el sentido de elemento constitutivo, si bien representado en el estado. Por consiguiente, solo se debe entenderse por dominio del estado, el conjunto de cosas sobre las cuales el estado ejerce una realidad un derecho de propiedad; es decir, de aquellas cosas que están en su patrimonio y que el código civil las enumera.

Tampoco puede considerarse El dominio público como una especie de *res nulia*, pues si así fuera, se podría fácilmente convertir a las cosas del dominio público con *res private*, por medio de la apropiación.

Es preciso distinguir dos categorías de bienes: a) públicos, sobre las cuales el estado tiene un superior poder de policía y no derecho de propiedad; b) patrimoniales, sobre los cuales el estado ejerce un verdadero derecho de propiedad, diferenciando según clase de bienes y el servicio público que se afectan.

Los bienes de dominio del estado que constituyen su patrimonio coma pueden ser clasificados en dos categorías atendiendo a la economía del uso y a la forma de utilización pública:

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS. CONTAMINACIÓN.
CRITERIO JURISPRUDENCIAL

1º) bienes utilizados a la utilidad pública, pero no al uso público punto y, 2º) bienes privados del estado.

El criterio de la distinción, funda está en la economía del uso y se determina por la forma de utilización en Natura de los bienes del estado y puede establecerse a este respecto dos tipos:

a) Bienes patrimoniales destinados a un servicio público, cuya utilización administrativa lo es en forma inmediata. Por su especial carácter y destino, estos bienes dominios son inajenables, razón por la cual se los confunde a veces con los bienes de dominio público.

A esta clase de bienes pertenecen los muros, las plazas, los puentes, edificios o lugares en los cuales existen una establecimiento nacional, etcétera; b) bienes patrimoniales, que aún siendo de utilidad, no son destinados a la utilización inmediata en Natura, sino en forma inmediata; por consiguiente, al igual que las fosas del patrimonio privado, pueden ser enajenados en todo momento, siempre que la venta o enajenación reporte al patrimonio del estado una ventaja económica financiera; o la economía general del país.

A los caracteres ya señalados se agrega una diferencia de orden jurídico y legal: la indisponibilidad de los primeros y la disponibilidad de los segundos.

El código civil enumera los bienes públicos (artículo 2340). La afectación o destino al uso público puede tener su origen en la ley o en el uso mismo. La primera es formal, la segunda es meramente real.

Para que una cosa se considere afectada al uso público es necesario que ella sea alta para ese destino.

Así fue una cosa pasar del dominio privado al público, cómo pasaría del privado de su titularidad a otro privado mediante la prescripción. Nada se pone a la aplicación del principio en favor de la colectividad representada en la entidad pública (nación, estado o comuna), respecto de la cual podría agregarse al fundamento de la prescripción adquisitiva la utilidad pública.

La afectación al uso público desde tiempos y memorial es una de las formas tradicionales; existía ya en Roma respecto a los caminos públicos. Declaración legislativa. La afectación, y los mismos la desafectación, debe ser establecida por la ley.

USO DE DOMINIO PÚBLICO

Todo lo que es materia de dominio público se rige el presidente por los principios de derecho administrativo y las leyes o disposiciones administrativas, en vinculación directa a la Constitución nacional.

Utilización de las cosas del dominio público, por su destino de uso público o colectivo: las cosas que constituyen El dominio público están sustraídas de lo jurídicamente comerciable, pero estarán sujetas a las disposiciones de este código dice el código civil (artículo 2341), y a la ordenanzas generales o locales. Este proyecto legal establece, por de pronto, dos normas generales: una restringiendo el uso de la propiedad privada (a eso se refiere el precepto citado, al decir estarán sujetas a las disposiciones de este código, se refieren al código civil) lo que en principio, no se concibe, desde que la ley común no puede arreglar las relaciones de derecho público; y otra teniendo al destino de uso y goce de las cosas de dominio público, coloca estas en especial dependencia del poder público (Estado, departamento o comuna) al decir que las personas particulares estarán sujetas en el uso o goce de las cosas o la ordenanzas generales o locales. En otros términos:

1) Que todos los particulares tienen el uso y uso de los bienes públicos. Se trata de un ius utendi que no deriva de la propiedad común. Por consiguiente, el goce de las cosas del dominio público que la Rey regula, se atribuye a todos los individualmente, y por excepción, colectivamente.

2) Que en ese goce o uso están sujetas las personas a las ordenanzas generales o locales. En efecto, desde que se trata de uso y goce de cosas en común, se explica que él debe ser reglamentado; es decir,

que a ese negocio uso deba imponérsela naturaleza limitaciones, establecidas precisamente con el objeto de conformar el uso de las cosas con su destino; y como esas limitaciones referentes a la utilización pública debe ser materia de derecho público; y por qué, además, teniendo ella un carácter circunstancial y variable que no puede ser determinado sino por la autoridad administrativa y las reglas generales, necesariamente ha de ser esto materia del derecho administrativo, por todo lo cual a la autoridad administrativa se confía la protección jurídica de sus derechos, que se aseguren mediante el ejercicio del poder de policía (policía del dominio público).

USO DE AGUAS PÚBLICAS

Pasamos a ocuparnos de las peculiaridades de la utilización de las aguas públicas de mayor trascendencia.

Uno de los principios más enfáticamente formulados, es la distinción entre uso (uso común) y aprovechamiento (uso especial). Se distingue usos de autorización, en los que todos pueden usar las aguas, es decir, uso común, y aprovechamiento, en que se requiere concesión o autorización administrativa. A los primeros se le llama aprovechamientos comunes, y es, el que permite el régimen de libertad que se señala para su utilización punto y coma a los segundos se los califica de aprovechamiento especiales, mientras el uso común, es libre para todos, el uso especial es un auténtico derecho real de goce con carácter excluyente. Esta distinción, se desarrolla cuando se dice que mientras las aguas corran por causas naturales y públicos todos podrán usar de ellas para beber, lavar ropa, vasija y cualquier otro objeto, bañarse y abreviar o bañar caballerías y ganados, con su gestión a los reglamentos del policía municipal.

A su vez, el principio de utilización de las aguas por todo, establecida en relación con lo que discurren por hacer kias, canales o acueductos descubiertos, aunque pertenezcan a concesionarios particulares, si bien la autoridad administrativa limita el uso de tal en derechos como cuando causas perjuicio a los concesionarios. Por otra parte, nadie puede penetrar en la propiedad privada para buscar o

usar agua sin permiso del dueño, y cuando el uso a que se destina las aguas que discurren por canales, a sequías, acueductos al descubierto exija su conservación en estado de pureza, deberán usarse sin menoscabo de esta.

Ahí por tanto, en primer lugar, un buzo común general de las aguas públicas dos puntos de ver, lavar ropas, vasijas, bañarse, agregar, etcétera. Y junto a ellos, regular una serie de usos comunes especiales: pesca, navegación y flotación, todos los cuales requieren previa licencia.

Los principios que conciernen a la autorización del dominio público en general y aplicable a las aguas en particular se pueden decir que son dos: a) las utilizaciones deben ser conforme a la afectación de uso y no comprometer la conservación del dominio público, y b) las utilizaciones no den trabar el derecho que tiene la administración de determinar y de modificar la afectación de los bienes sujetos al régimen dominio público.

En el régimen jurídico actual del Paraguay, las concesiones son para riesgo de a Rosales, de otras plantaciones, por cupos en condiciones y plazos fijados en el uso del agua pública por el consejo nacional de aguas públicas. También las concesiones previstan el código sanitario referente a la construcción de alcantarillado sanitarias. La concepción en este caso considerado como el acto del poder administrador porque se permite obtener el derecho al uso del agua, en el entendimiento que se trata de un derecho a la utilización y no de propiedad.

Así mismo, los usos comunes fundados sobre reglas generales pueden ser modificados en sus condiciones. Y en lo que respecta a la utilización es privativa, sustentado sobre un título jurídico particular, están sometidas al principio de la precariedad; sin embargo, esta precariedad sería descartada por la ley en el caso en que las concesiones de aprovechamiento de los recursos hidráulicos fuesen siempre de carácter público.

EL CÓDIGO SANITARIO

Fue el decreto internacional público, el que dio impulso a la conceptualización jurídica de la contaminación en reglas de helsinki, refiriéndola a cualquier cambio perjudicial en la composición natural, contenido o calidad de las aguas de una cuenca de drenaje internacional, resultante de un hecho humano. Más, para las instituciones jurídicas, la contaminación de las aguas será aquella definida en la legislación vigente y consagrada por la jurisprudencia, basada exactamente los elementos entregados por la física, la química y la biología.

La ley número 836 del 15 de diciembre de 1958 título II Capítulo I “del saneamiento ambiental” refiere de la contaminación y la polución, es que la codificación recoge la enseñanzas de la doctrina en el sentido que la “polución” se manifiesta por la pérdida de las condiciones propicias a la vida de especies tanto vegetales como animales. Es un estado vegetativo (pasivo) mientras que el proceso degradativo o de contaminación es activo (dinámico). Se desarrolla la teoría del riesgo creado en el derecho, que es el sentido del artículo 66, pues dice: “... Toda acción que deteriore el medio natural, disminuyendo su calidad tomando los riesgosos para la salud.

Esta teoría prescinde de la subjetividad de la gente y centra el problema de la reparación y sus límites en torno a la causalidad material, investigando tan solo cual hecho fue materializado causa del efecto, para atribuírselo sin más.

Por los artículos 67 y 68, el ministerio de salud pública y bienestar social deberá establecer los parámetros mínimos y máximos para la “emisión o descarga de contaminantes o voladores en la atmósfera, el agua y el subsuelo...” , mediante normas para preservar el ambiente de deterioro y programa encaminándolos a la prevención, control de la contaminación y devolución ambiental, para eso determinará medidas de prevención. En este punto la ley imperativamente exigirá la autoridad administrativa al decir (artículo 68 in-

fine) “...debiéndose realizar controles periódicos del medio para detectar cualquier elemento que cause o pueda causar deterioro en la atmósfera, el suelo, las aguas...”.

Los criterios para la preservación basándose en el equilibrio biológico, deberá ser establecido por la autoridad sanitaria. Efectivamente el capítulo 2, menciona disposiciones del abrir “del agua para consumo humano y recreo”, (del artículo 69 al 76 cerrar comilla. Hola miss más los proyectos de construcción o modificación de toda obra pública destinada al aprovechamiento o tratamiento de agua hacer aplicado en la relación humana, deben ser aprobados por el ministerio de salud pública. Asimismo, el control sanitario de las plantas de tratamiento de agua, mediante normas de potabilidad, continuidad, cantidad y presión.

El capítulo III “De los alcantarillados y de los derechos industriales”. Del artículo 77 al artículo 81, se establece en disposiciones para la construcción de alcantarillas en tal sentido el ministerio de salud pública promocionará, asesorará y controlará la construcción de dichas obras. Igualmente, en cuánto se refiere a programas de vivienda rural, asentamiento humano, desarrollo regional y de urbanizaciones.

Por los artículos 82 y 83, se prohíbe arrojar, descargar desechos industriales, en la atmósfera, canales, curso de agua superficiales o subterráneas (se incluyen aguas de uso doméstico), al igual que sustancias contaminantes o que se produzcan polución en el ambiente, sin previo tratamiento que los convierte en inofensivo para la salud (de la población) humana y de los animales.

Los artículos 84 y 85, contienen amplias facultades para el ministerio de salud a fin de autorizar, restringir, regular o prohibir la eliminación de sustancias (no biodegradables) sin adecuada obra de drenaje con el fin de prevenir focos insalubres o de infección. Podrá inclusive para el caso del ministerio de salud pública disponer su ejecución con derecho a reembolso de los gastos.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS. CONTAMINACIÓN.
CRITERIO JURISPRUDENCIAL

Brevemente se impone referencias del derecho administrativo, que han determinado análisis de estudio en la materia.

Sin querer abundar en citas, debemos establecer que el derecho administrativo existe disposiciones fundadas en razones de prevención de todo lo que hace al bien público, y en el caso de la protección de la salud, es una de ellas. Esto se explica, desde que él estaba moderno tiene el monopolio de la acción preventiva (como también represiva) y encuentra su excepción solamente cuando dicha protección puede ser imposible en circunstancias determinadas o en un momento dado, cómo sería el derecho a la legítima defensa. (Para referirnos al tema de la contaminación de las aguas) . Cuándo por la facultad establecida en la ley es el poder ejecutivo la autoridad administrativa (Es el ministerio de salud pública), y a su vez determina exigencia de “autorización” como equivalente de abrir ya permiso cerrar con humilla, y si lo concede es usado de su facultad discrecional fundamentada en razón de la teoría dispuesta a la norma jurídica (si bien, en todo caso mediando un informe técnico que los aconseje).

Para nuestro cometido, es la ley número 836/80 - código sanitario-reglamentario del artículo 93 de la Constitución nacional.

Siguiendo al derecho administrativo, se había considerado que el ejercicio de la autoridad abrió el paréntesis poder de policía) en el control establecido y exigido por una ley, de una facultad que tiene limitaciones emergidas de los principios de orden público. Esto se debe manifestar en la actividad administración pública, pues en la propia índole de la acción administrativa y el derecho no pueden dejar de reconocerlo. (citese Rafael Bielsa. derecho administrativo. Tercera. Edición. Libro VIII). Limitaciones administrativas: capítulo primero.

Por todo esto el procedimiento de oficio si bien discrecional debe imperativamente ejercer la autoridad administrativa, en salvar uarda del bien común, cómo sería en el caso de la protección a todo lo que en el medio ambiente haga a la salud.

El código sanitario vigente, establece el procedimiento del sumario administrativo, con términos procesales breves y de dónde surge, que todo infractor en el ejercicio de su defensa, determinará la relación procesal administrativa dada por las disposiciones legales vigentes. Si existen particularidades que hayan recurrido con denuncias o demandas contra el sujeto infractor (en el caso de disposiciones del código sanitario) los mismos en el procedimiento contencioso administrativo serían “coadyuvantes cerrar”, que para la jurisprudencia vigente no es considerado parte en el juicio (acuerdo y sentencia número 88 del 30 de abril de 1985 de la excelentísima Corte Suprema de Justicia), repetimos en el juicio contencioso administrativo desde que el mismo no puede ser entre particulares, pues su esencia radica en ser un litigio entre la administración (institución) pública y el administrador: para nuestro caso posible, el infractor al código.

Debemos concluir, con el criterio jurisprudencial que la excelentísima Corte Suprema de justicia, adoptó en la acción de inconstitucionalidad en el juicio “Agustín Gaona y otros contra Corposana y Ecotex S.R.L., s/ Amparo”, en dicho expediente, ante un Decreto N° 3093/82 por el que se aprueba la adjudicación de la concesión para la construcción del sistema de alcantarillado sanitario en la ciudad de Luque a la firma nacional Ecotex S.R.L., ante la evidencia de que no se había cumplido con las disposiciones de salubridad expresamente prevista en el artículo 69 de la ley 836/80 , pues si bien el poder ejecutivo por Decreto N° 26492/81, aprobaba el llamado a licitación pública dispuesto por corpus sana para la construcción de dicho alcantarillado, igualmente este debió dar cumplimiento al artículo 69 de la Ley N° 836/80 en base al artículo 93 de la Constitución Nacional.

De dicho artículo 69, se colige la necesidad de autorización previa para la ejecución de obras públicas, y en dicho caso refiriéndose específicamente a las realizadas y autorizadas a cuerpo sana por la ley 10,095/66 y sus modificaciones, lo que indica que la ley N°836/80, posterior a todas las leyes de cuerpo sana, la ha derogado por el enunciado genérico del artículo 327 del código sanitario, y en qué cuerpo sana para realizar trabajos de esta clase de cumplir con el requisito

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS. CONTAMINACIÓN.
CRITERIO JURISPRUDENCIAL

del artículo 69, comprobante con el artículo 7 y 86 del código sanitario.

Es importante el criterio adoptado pues si una planta de tratamiento de agua, y que la ley no distingue a qué tipo de agua se refiere, debe interpretarse que es todo tipo de agua, potable o servidas.

Por dicho fallo se consideró que mal pudieron los peticionantes del amparo promover acción contenciosa administrativa, pues no hay un acto jurídico administrativo que establezca directamente la construcción de tal pileta de tratamiento. El decreto de llamada licitación pública o el decreto que aprueba las condiciones administrativas de la adjudicación de obra, no son recurrentes por los vecinos, porque los mismos no han sido parte en el llamado licitación, que son los únicos que pueden recurrir. Es evidente que al tomar conocimiento de las obras para la realización de las mismas que afecten al derecho constitucional de la protección y promoción de la salud, es que ellos deben ejercer la protección de los mismos a través del procedimiento o petición del amparo. En tal sentido la resolución de la excelentísima Corte Suprema de Justicia declaró que la Sentencia Definitiva de la Cámara de Apelación (tercera sala) era inconstitucional y, en consecuencia, inapelable.



DERECHO Y SU RELACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS

Servicios públicos

Miguel Ángel Pangrazio¹

La teoría del Servicio Público fue tratada vastamente por los tratadistas del Derecho Francés y se inspiraron en los fallos jurisprudenciales del Consejo de Estado: es así que ellos consideraban simplemente al Estado como un conjunto de servicios Públicos. Pero esta teoría clásica cedió ante la reacción de la escuela italiana y de la escuela alemana, que con una concepción moderna entendió y le concedió más amplitud para también darle un trato muy preferente a la función pública, que es distinta al de los servicios públicos. Y bien, hemos de diferenciar la función pública de los servicios públicos para comprender el marco jurídico de cada determinación específica.

La función pública es tratada en el ámbito Constitucional y también en el Derecho Administrativo, así la función legislativa, la función jurisdiccional, la función del Poder Ejecutivo -muy bien lo define y lo articula expresamente la Ley fundamental de la Nación-. En cuanto a los servicios públicos están determinados en normas constitucionales como enunciación, y en normas y principios administrativos, y en leyes concretas, respecto de los servicios a prestarse por cada órgano. (Ayer, con mucha suficiencia, el profesor Villagra Maffiodo, nos dio una definición de lo que es el Derecho Administrativo, y siguiendo esas pautas, connota la idea del conjunto de principios y normas, para la Ejecución de la Ley por los órganos administrativos).

En la función pública, la potestad, por imperativo de la soberanía, lo caracteriza; es así que es indelegable. La función de legislar las leyes por el Parlamento no puede ser transferida a otros órganos

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 12 -1985.

del Estado, menos a particulares. También la función jurisdiccional, etc.

La función administrativa de percibir los impuestos también es indelegable, en tanto que los servicios públicos, pueden ser -por la vía de la concesión- cedidos a la explotación de terceros particulares. Refiriéndonos a estos puntos muy interesantes, vemos que: la percepción de los tributos es otro de los puntos diferenciadores de la función de la de los servicios públicos.

Cuando el Estado percibe impuestos, está en función administrativa; cuando los órganos o las empresas públicas o descentralizadas, perciben tasas, contribuciones o precio, pudiera darse la explotación por servicios públicos.

Para el profesor Carlos García Oviedo, en su bien lograda obra: Teoría del Servicio Público, deben enumerarse los siguientes elementos: es una ordenación de actividades para un fin, el fin es la satisfacción de una necesidad pública siquiera haya necesidades de interés general en que sean satisfechas por el régimen del servicio privado.

El servicio público implica la acción de una personalidad pública, aunque no siempre sean personas administrativas las que asuman esta empresa. Esta acción cristaliza en una serie de relaciones jurídicas constitutivas de un régimen jurídico especial, por tanto distinto del régimen jurídico de los servicios públicos.

El profesor compatriota, Manuel Peña Villamil, en su obra: La Concesión de Derechos Públicos, dice que:

“Es necesario insistir una vez más sobre la creciente importancia de los servicios públicos en la vida moderna; la complejidad del medio social en que hoy desarrolla el hombre su actividad hace imprescindible el aporte de los tales; sistemas de agua corriente, energía eléctrica, teléfonos, medios de transporte, se tornan de todo punto de vista, necesarios a la actividad contemporánea. Se hace preciso entonces que la ciencia de la administración establezca las normas

jurídicas en la extensión suficiente para que los servicios públicos representen una verdadera garantía para los usuarios en su aspecto técnico, económico y social.

La simple paralización de algunas de ellas, acarrea una serie de graves entorpecimientos que inciden no solo en la actividad privada, sino que se proyectan más seriamente aún, sobre la economía de todo un Estado, de ahí que la ciencia administrativa preste preferentemente atención a la legislación y al ordenamiento jurídico de los servicios públicos”.

Nosotros afirmamos que el Estado tiene el imperio de ejercer determinados hechos y actos jurídicos, que no puede delegar a otros órganos del Estado, y menos a personas del Derecho Privado. Este conjunto de actividades caracteriza a las funciones, sean estas legislativas, administrativas o judiciales. Las actividades del Estado, tendientes a satisfacer necesidades de interés general, como los servicios de luz, agua, transporte, telecomunicaciones, etc., caracterizan a los servicios públicos. La función representa siempre el ejercicio de una potestad pública por imperio de su soberanía, y en la función se perciben impuestos, en el servicio, tasas, contribuciones o precios.

El profesor Villagra Maffiodo al referirse al servicio Público, en su consagrada obra “Principios de Derecho Administrativo”, dice: que “caracteriza al servicio público su régimen jurídico, por el marco de legalidad que debe siempre regir en sus actividades de administración”.

Ahora hemos de referirnos a la naturaleza jurídica del servicio público, tema controvertido, tema en el cual los autores no siempre están de acuerdo, pero, vamos a tratar de caracterizar al servicio público, conforme a los delineamientos jurídicos y a los elementos jurídicos que surgen de nuestro propio anteproyecto.

El servicio público es tema del derecho administrativo, cuando el servicio es utilizado por gestión directa del Estado, el Ente está regulado por su Ley Orgánica, así tenemos la Ley orgánica de ANDE, CORPOSANA, ANTELCO y otros. Cuando la gestión del servicio se

presta por medio de la concesión, será la Ley respectiva la que ordenará el vínculo jurídico entre el Estado y la Empresa concesionaria; la formalización del acto jurídico se perfeccionará en un contrato, este contrato es del ámbito del derecho público, porque está regido por una Ley y los representantes del Estado (agentes) tendrán que prestar su acuerdo dentro del marco de legalidad que le impone primero las normas constitucionales y después las leyes administrativas.

Así, el Art. 101 de nuestra Ley Fundamental establece que: “La concesión no puede ser otorgada por tiempo ilimitado, y que la explotación de los recursos naturales del dominio del Estado, podrán ser objeto de concesiones a favor de empresas nacionales, privadas o mixtas, o de empresas privadas extranjeras, mediante leyes especiales que se dictarán en cada caso. No se otorgará ninguna concesión por tiempo indeterminado, ni se concederán privilegios que priven al Estado de una participación justa en los beneficios de la explotación de aquellos recursos”. Los servicios públicos se rigen, en principio, por el derecho público administrativo, y en su caso, por el Derecho privado.” El Art. 97 del Anteproyecto dispone: “La creación de servicio Estatal o Municipal, servicio público en sentido estricto, es materia reservada a la Ley, tanto si va a ser concedida por explotación a una empresa privada o administrado bajo gestión directa, sin concesión, en Virtud a la prescripción constitucional, que reserva su otorgamiento al Congreso, y si gestión directa en razón de que la creación de un servicio estatal es atribuir una nueva función a la administración y requerirá a la asignación de recursos, que es materia reservada a la Ley.

La conversión de un servicio privado o de propiedad privada, en servicio público, estatal o municipal, solo puede disponerse, previa expropiación, con las formalidades constitucionales. El Art. 98 prescribe: “Concesionario de servicio público: Si el servicio o industria es creado u organizado por Ley, u ordenanza municipal, como perteneciente al Estado o al Municipio, y concede su realización o explotación a una empresa privada, esta es concesionaria del servicio o industria,

que sigue siendo parte de la administración. La explotación se realizará por cuenta propia del concesionario, único responsable ante los usuarios del servicio y terceros en general”. Son aplicables a la concesión las reglas establecidas en el Título II, Capítulo III para los contratos de la administración en general. El Art. 149 de la Constitución Nacional, en su inciso 10°, faculta al Congreso a iniciativa del Poder Ejecutivo, a autorizar concesiones para el establecimiento de industrias, extracción de materias primas o de servicios públicos. El Art. 72 expresa: “Derechos inherentes a la persona jurídica: El Estado, las Municipalidades e instituciones administrativas descentralizadas, con personalidad jurídica, autárquica, pueden celebrar contratos y ejercer los derechos patrimoniales inherentes a la misma, con las limitaciones que establezcan las respectivas leyes orgánicas.”

La disposición del Art. 74 es una norma definitoria y de gran importancia en la nomenclatura del Anteproyecto. Establece el régimen de los contratos y los hace regir por las mismas normas del derecho común, con la diferencia de que se admiten en su ejecución la incidencia de las facultades ejecutivas que por prescripción constitucional pertenecen al Poder Ejecutivo, y por descentralización, a los órganos que hacen parte del mismo.

Otra de las novedades que nos presenta este Anteproyecto es el *Ius variandi*, por sobrevenir nuevas circunstancias de hechos, renovarse la tecnología aplicable en la materia o variar de criterio la autoridad respecto de cómo satisfacer las necesidades públicas, aun sin haber estas variado, son facultades propias de la administración, el de ejercer la dirección y control de la ejecución del contrato, de imponer sanciones para los casos de incumplimiento de las estipulaciones y puede rescindir el contrato disolviéndolo por incumplimiento del mismo u otro motivo de interés público justificado. La buena fe se presume en los contratos de la administración.

El Prof. Villagra afirma que cabe reconocer, que para la mayor parte de los autores, en los Contratos de Administración, que sería el género, hay que distinguir una especie, la de los contratos administrativos que se caracterizan por su finalidad de interés general,

su objeto que es la prestación de servicios públicos, y por último, las prerrogativas o privilegios de la administración en el régimen del contrato. Dado que el interés general y el servicio público son evidentemente comunes a toda clase de contratos de la administración, y las llamadas prerrogativas o privilegios, son elementos intrínsecos que inciden en mayor o menor medida. En todos ellos es mucho más simple y ajustado en la sistemática tenerlos como contratos del derecho común, en cuya ejecución interviene la autoridad administrativa en virtud de sus propias facultades.

Con fundamento constitucional se establecen las atribuciones del Poder Ejecutivo, y de sus órganos, para la ejecución de las leyes en el caso de los contratos, para la consecución de los objetivos para los cuales se vinculan dichos contratos. El interés práctico, intrínseco de estas disquisiciones teóricas, es el criterio a seguir para el deslinde de jurisdicciones. A falta de una definición satisfactoria de los llamados contratos administrativos, como acaba de verse, y pudiendo incidir las facultades ejecutivas de la administración prácticamente en todos los contratos, la solución más simple no dada a confusiones es la de llevar a la jurisdicción contencioso administrativa, el conocimiento de todos los contratos de la administración, como se establece en el Art. 5° del título IV. Como ejemplo, podemos citar: cuando están discutiendo mejor derecho, o reclamando créditos, una de las partes al reclamar el mejor derecho por la ejecución del contrato recurrirá a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Pero una vez que el tribunal de lo contencioso-administrativo o en su caso la CSJ, confirme el fallo, y reconozca ese crédito, ya será título suficiente de ejecución para que lo promueva en la instancia correspondiente, que es la jurisdicción común o civil.

En el contrato de empréstito no se podría alterar la tasa del interés, sin afectar gravemente el rédito público, pudiendo en cambio, para aprovechar condiciones favorables sobrevenidas en el mercado del dinero, rescindir el contrato, devolviendo el préstamo para reafirmar y refinanciarlo con un nuevo empréstito.

SERVICIOS PÚBLICOS

El Anteproyecto con mucha claridad distingue el servicio público del servicio privado reglamentario: El Servicio Público -como hemos visto- puede estar explotado directamente por el Estado a través de concesiones; en tanto que el servicio privado reglamentado está a cargo de empresas particulares, son permisionarios; como ejemplos podemos citar a las empresas de transportes, que cubren el servicio en la capital y otras líneas del país.

El servicio público es materia de la Ley. El servicio privado reglamentado está sujeto a un reglamento conforme surge del texto del Art. 95 de la Constitución Nacional: "El permisionario puede retirarse de la actividad respetando el preaviso, el concesionario no, está obligado a cumplir con la explotación hasta el término de la concesión. Las Ordenanzas Números 821 de 1977 y 2467 de 1978 de la Municipalidad de la Capital, reglamentan el servicio de transporte, y las empresas están sujetas a la previa autorización: son permisionarias.

Las empresas públicas y los servicios públicos es otro tema de mucha importancia. Hoy en día en que el Estado se proyecta en la actividad económica del país para preservar los recursos naturales, explotar y promover las industrias básicas, aumentar las fuentes de trabajo, justifican esa intervención, cuando responden a sus nobles finalidades. Las empresas públicas deben promover el bienestar social de los pueblos, pero si esas empresas públicas no responden a las clásicas reglas de la inversión como son la seguridad, la rentabilidad, la liquidez y el lapso de actividad, se estaría alejando de sus nobles propósitos.

Hablamos de seguridad como primera regla, eso quiere decir que tiene que estar alejado de todo riesgo. Una empresa pública que explota desafiando los riesgos y llevando a la quiebra al órgano descentralizado empresarial comete un gravísimo error, y hasta podríamos decir una malversación de los recursos del Estado que son penados por nuestra legislación penal, y nuestra legislación común. Cuando hablamos de la regla de liquidez o de la regla de rentabilidad,

nos referimos que los ingresos y la productividad de la empresa deben estar sobre el costo de explotación. Cuando nos referimos a la liquidez, expresamos la idea de capacidad de pago, y ese es uno de los puntos muy comprometidos en la administración de las empresas estatales. La falta de rentabilidad y la falta de liquidez lleva a presionar a la administración central a subvenciones, a créditos blandos, y por qué no decirlo, en muchos casos a la sanción de nuevos impuestos que gravan el bienestar de los pueblos.

La tarifa ha de resultar de una inteligente aplicación de los recursos y de una idónea dirección de la empresa. La serie cronológica nos presenta etapas de prosperidad, etapas de crisis, de depresión y de recuperación. La dirección inteligente de la empresa debe ubicarse ante esas coyunturas, porque bien sabemos que en la serie de los tiempos están las tendencias, están los ciclos, están las variaciones accidentales, y están las variaciones estacionales.

Qué podemos decir de los servicios públicos cuando compromete ingentes recursos y esos servicios no responden a su noble finalidad, acrecientan la deuda pública, y ese acrecentamiento de la deuda pública hipoteca el futuro de los pueblos. De ahí que las empresas, los entes descentralizados, que tienen a su cargo la responsabilidad de servir con productividad, de servir con diligencia, y sobre todo con moralidad, pueden constituirse en una gran palanca del progreso cuando responden a esos imperativos éticos y técnicos, pero cuando esas empresas estatales recorren los caminos de la difusión de los gastos, de la disipación de los recursos y de una malversación o un mal-abaratamiento de las posibilidades, estamos en presencia de falencias que, evidentemente, gravan y perjudican la alta teoría de la empresa pública.

Dos corrientes doctrinarias se enfrentan, una que afirma la corriente liberal- que el Estado no debe, en lo posible, estar en la actividad de los servicios públicos y estar en la actividad económica, otra corriente -la socialista que está por la difusión de estos servicios a cargo del Estado- tendrán razón quienes teorizan según se conformen, se estructuren y se dirijan y se apliquen esos recursos y esas

orientaciones de acuerdo con la técnica de la administración y en cumplimiento de sus nobles fines. Bien sabemos que los servicios públicos pueden constituir en palancas del desarrollo, y también pueden conformar perniciosos núcleos de oligarquías.

El siglo XX vive etapas de angustia y depresión. La disipación en los gastos públicos, e inclusive en el sector privado, ha despertado en la sociedad de consumo el afán al lujo, creando nuevas necesidades que son ficticias, y por lo tanto no indispensables para la vida; la existencia se ha vuelto agitada y difícil, se trabaja con menos productividad y se consume más. Las causas del aumento de las deudas públicas hemos de enumerar, a través de la progresión incesante y obedece a tres principales causas, la paz armada y las guerras de conquistas. Los déficits anuales y las obras públicas innecesarias; la emisión inorgánica y la deuda sin justificación socavan las estructuras políticas, económicas, financieras y social.

La estructura política por la inestabilidad del Gobierno, por el vacío del Poder, la económica por la especulación, la financiera, por el desorden fiscal y la social por la anarquía y el resentimiento que alejan a las clases y debilitan a la clase media, baluarte de la democracia y del sistema republicano.

Para concluir diremos que: solo un Estado de Derecho nos redimirá de tal depresión; la vigencia de la moral debiera ser el cuño ético de los pueblos civilizados.



Los principios generales del derecho

Alejandro Marín Iglesias¹

Los principios generales del derecho son ciertas reglas no escritas que así se denominan en una sociedad determinada, y son admitidas por el consenso unánime del pensar y sentir de las conciencias al mismo título que las demás reglas escritas.

Una unanimidad de adhesión hace que estos principios generales constituyen parte del derecho positivo, expresados por una voluntad colectiva y por lo tanto ellos tienen una fuerza obligatoria para todos los miembros de una determinada comunidad tanto nacional como internacional².

A falta de la formulación escrita, la aplicación de estos principios³ escapa al control de la Corte; no obstante, como son tributarios más que toda otra regla de derecho, de los imperativos de la conciencia social el cual es su solo elemento regulador, los factores de inseguridad jurídica que resulten de la ausencia de toda tradición escrita son de inmediato eliminados. Uno se cuidará por otro lado de no confundirlos con los principios de derecho natural, a menudo insertos en las formas especulativas de pensamiento o con las reglas generales que, por sus fórmulas redactadas escapan a la definición de los principios generales⁴.

Los principios generales tienen por objeto distinguir la variación frecuente de las concepciones doctrinales del momento. Se tendrán, no obstante, tres grupos fundamentales:

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 12 -1985.

² Dabin j. - "Teoría General del Derecho" (G) N° 155. pág. 192.

³ Dabin j. id, id.

⁴ Vander Elst R. - "La Corte de Casación, a ley extranjera y las reglas de derecho no escritas", j. T., 1967, p. 145, 147, 148.

1° Los principios que constituyen la expresión de las concepciones filosóficas concretadas por la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789 y las naciones jurídicas que se encuentran asociadas a esa declaración; la separación de los poderes; la igualdad ante la ley, las cargas públicas y el impuesto; la libertad individual; la libertad de conciencia; la libertad económica y social; la responsabilidad; la independencia del juez, etc.

Estos son los principios generales de orden social y jurídico.

2°. Los principios generales que derivan normalmente de la naturaleza de las estructuras sociales y en particular, de la lógica interna de las instituciones de suerte que su enunciado debe, por su esencia, parecer superflua al legislador o que su práctica se inserte normalmente en la tradición.

3° Los principios generales indisolublemente asociados a los imperativos de la moral.

PRINCIPIOS GENERALES DE ORDEN SOCIAL Y JURÍDICO

Toda estructuración jurídica es tributaria del orden social sobre el cual ella se elabora y condiciona las nociones de libertad, igualdad y equidad que él realiza.

Ciertos principios generales enunciados bajo formas de hechos reales o apotegmas a veces seculares habitualmente tomados del derecho romano, son la expresión. Se ha podido decir que estos principios cubren todas las ramas del derecho, que ellos reinan sobre el derecho positivo y dirigen el desenvolvimiento, que ellos permiten al juez llenar las lagunas de la ley con materia de derecho público, de derecho administrativo, de organización judicial y de competencia, de derecho privado, etc.⁵.

⁵ Código Civil Argentino, 1382.

Se retendrá más particularmente entre los principios generales de orden social y jurídico:

1° LOS DERECHOS DE LA DEFENSA

La aplicación de estos derechos es uno de los problemas más delicados de la función jurisdiccional. Todo proceso trae a la utilización del apremio la intervención del poder público (contrainte); tal apremio es inconcebible fuera de los límites del derecho; es, en el establecimiento de esos límites que se impone la noción de defensa y que se elaboran los principios normativos que la rigen, No perder de vista, dicen, el proceso previo.

Algunos textos legales hacen alusión a los derechos de la defensa, sin definir de otro modo el contenido; otros los consagran sin explicarse; la jurisprudencia no duda en caracterizarlos como un derecho esencial cuya violación trae nulidad, mismo en el caso en que la ley no se expresa⁶.

2° NADIE PUEDE CREARSE UN TÍTULO A SI MISMO

Principio lógico deducido del elemento consensual del derecho, en tanto que expresión de la voluntad individual o colectiva. Se encuentran muchas aplicaciones en materia de pruebas; es así que las menciones puestas por un acreedor sobre su propio título no hacen jamás pruebas a favor de su derecho, y que todo principio de prueba por escrito debe emanar de aquel que lo opone y no de aquel que lo invoca⁷.

3° EL INTERÉS ES LA MEDIDA DE LAS ACCIONES

Se admitirá que solo los actos cumplidos por las personas físicas o morales en el cuadro del orden jurídico existente pueden soportar o tolerar una cierta validez. Desde entonces los pactos concluidos en vista, por ej., a ventajas eventuales de una sucesión que no ha sido

⁶ Dabin, j. op. cit. anotada Rev. crit. 1960.

⁷ Ortolan, M. - "Elementos de Derecho Penal", 1864 t. II N° 2288.

abierta son sin valor. Así es irrelevante o inadmisible la acción emprendida sobre base de una lesión que no se ha producido.

4°. EL ERROR COMÚN HACE EL DERECHO (ERROR COMMUNIS FACIT JUS)

Fundado este principio está sobre las exigencias sociales de la apariencia y la imposibilidad material de instaurar una publicidad de todos los comportamientos individuales. Así, pueden ser válidos los actos cumplidos por un heredero que, a los ojos de todos parece ser el más cercano pariente del difunto, pese a que aparezca otro heredero o legatario, ulteriormente, que esté en condiciones o derechos a despojar al primero.

Importa no confundir estos principios con antiguos adagios, con expresiones burlescas o máximas que fueran el pensar popular pero que son extraños al derecho. En otros casos hay expresiones que exponen a la sociedad y al justiciable, erróneamente, a la inseguridad jurídica.

Ciertos principios como este del error común generador de derecho, debe ser considerado de distinta manera, si este es generado por la autoridad o el particular. No así, no es vano que la ley consagre implícitamente o explícitamente a ciertos principios generales no escritos. Conviene estar, pues, atento y buscar acuciosa y minuciosamente su fundamento o sus orígenes o tendencias antes de su aplicación.

PRINCIPIOS GENERALES QUE PROCEDEN DE LA ESTRUCTURA Y DE LA LÓGICA DE LAS INSTITUCIONES

El principio de la permanencia del Estado y de la continuidad del servicio público.

La estructura del Estado y su rol en la vida comunitaria son de tal importancia que la autoridad no puede desfallecer y subsiste pese

a la abolición total o parcial de los engranajes que son los medios de expresión⁸.

NADIE PUEDE IGNORAR LA LEY (Nemo Cencetur ignorare legem)

Esta presunción, deducida lógicamente de la universalidad del fenómeno jurídico y reforzada por la publicación de la ley es la condición “sine qua nom” de la fuerza obligatoria del derecho. Ella descarta todas las objeciones a la aplicación de los apremios y las sanciones que provocan necesariamente la violación de esta regla. Es un elemento esencial de la seguridad jurídica. Quien invoca su ignorancia de la ley no escapa jamás a las sanciones penales, civiles, administrativas, fiscales, políticas. Solo el error y la ignorancia invencibles si ellas aparecen en el comportamiento de un hombre razonable y prudente permiten el reverso de esta presunción⁹.

PRINCIPIOS GENERALES ASOCIADOS A LOS IMPERATIVOS DE LA MORAL

La subordinación de las liberalidades a la de las obligaciones.

Principio de pura ética según el cual el patrimonio del deudor está afectado a sus acreedores, las liberalidades que pudiese hacer son en cuanto su ejecución subordinadas a la liquidación integral de las deudas. Este principio que no está escrito explícitamente, está consagrado por el Código Civil, en el régimen sucesorio¹⁰.

NADIE PUEDE INVOCAR SU PROPIA TORPEZA

Todos los actos, todas las convenciones, todas las acciones, en justicia y que tienen por causa o están fundadas en un comportamiento ilícito o legalmente interdicto no pueden producir ningún efecto jurídico. Es así para la reivindicación del pago de una deuda

⁸ Planiol y Ripert. - “Tratado de Derecho Civil” t. VII. 1533.

⁹ H, de Page. opus cit. (A) t. VIII Nos. 31, 1165, 1167.

¹⁰ Matthys j. - “El fraude a la ley”. Bélgica, Corte de Gaud, 1955.

de fuego, para la obtención del pago de elementos necesarios para actos ilícitos, en el caso de los contratos de concubinatos, prostitución, tráfico de armas, estupefacientes, etc.

EL FRAUDE ANIQUILA TODO FRAUS OMNIA CORRUMPIT

Es un caso de aplicación del principio anterior.

La oposición a la ley, la huida ante la ley, el fraude a la ley, el espíritu de desobediencia a la ley, son manifiestos comportamientos insurreccionales contra los cuales el orden jurídico se defiende con ciertos actos de caducidad o privándolos de toda incidencia jurídica. Mismo si son cumplidos correctamente, en apariencias, son nulos si ellos tienden a eludir la aplicación de una regla fundamental del orden jurídico¹¹.



¹¹ Brethe y Laborde, op. cit. N° 349. p. 325.

Nota sobre ferias judiciales

Amelio R. Calonga Arce¹

SUMARIO

El tiempo en el proceso. Función jurisdiccional durante la FERIA. Quienes la ejercen. Carácter de la Jurisdicción durante la FERIA. Qué sea una cuestión de FERIA. Quien hace la calificación que una cuestión es urgente. Cómo se incita la Jurisdicción durante la FERIA. Ámbito de aplicación de la Jurisdicción durante la FERIA (virtualidad).¹ El Tribunal de Apelación durante la FERIA. Atribuciones. Principios y conceptos que deben tenerse en cuenta para la solución de los problemas prácticos. Algunas aplicaciones de los principios enunciados, a manera de ejemplos. Cuestiones urgentes promovidas en plazos hábiles y pendientes de resolución. Medidas o resoluciones decretadas o tomadas por el Juez de FERIA. Posibilidad de recurrir de ellas ante el Tribunal de FERIA. Necesidad de mantener expeditas todas las causas todas las causas durante la FERIA.

EL TIEMPO EN EL PROCESO

Tiempo, en su aspecto procesal, es oportunidad, ocasión, o coyuntura para hacer algo.

Desde este punto de vista el tiempo, en nuestro proceso, se divide en días y horas; y, se clasifica en hábil e inhábil. Esta clasificación comprende la división mencionada, es decir, existen días hábiles e inhábiles y horas hábiles e inhábiles.

Como es sabido, la aplicación principal de esta división y clasificación legal tiende a la determinación de la validez o nulidad de los

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 13 -1986.

actos jurídicos procesales, pues estos solo pueden practicarse en tiempo hábil.

La división y la clasificación mencionadas surgen de las disposiciones de los arts. 7 y 8 del CPCC que disponen, respectivamente:

“Art. 7) Las actuaciones judiciales deben practicarse en días y horas hábiles, bajo pena de nulidad. Son días hábiles todos los del año, menos los exceptuados por la ley”.

“Art. 8) El Juez puede habilitar los días y horas inhábiles cuando hubiere justa causa que lo exija. Será justa causa, a los efectos del presente artículo, el riesgo de quedar ilusoria una providencia judicial, o de frustrarse por la demora alguna diligencia importante al derecho de las partes”.

La “feria judicial”, que comprende todo el mes de Enero, es tiempo inhábil (art. 362 COJ). En consecuencia, dentro de dicho lapso no puede realizarse, válidamente, ninguna actuación judicial.

Sin embargo, como no existe regla sin excepción, en nuestro proceso se permite la práctica de algunas diligencias con el solo objeto de evitar que se convierta en ilusoria una providencia judicial o que se frustre, por la demora, alguna diligencia importante al derecho de las partes.

La presente nota tiene por finalidad, precisamente, extraer de las pocas disposiciones legales que tratan sobre “ferias judiciales”, las normas a las que las partes deberán ajustar su conducta procesal para la realización de dichas diligencias impostergables.

FUNCIÓN JURISDICCIONAL DURANTE LA FERIA

Quienes la ejercen: Conforme con los arts. 363 y 29 Inc. J del COJ, la Corte Suprema de Justicia designa a los Jueces, Tribunales y demás funcionarios que tendrán a su cargo la atención de los asuntos urgentes durante la feria.

En consecuencia, la jurisdicción durante la feria ejercen los Magistrados y demás funcionarios designados por la Corte Suprema de Justicia.

Normalmente, la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de dicha facultad, por medio de la pertinente resolución, designa un Juez y un Camarista para atender los asuntos criminales y un Juez y un Camarista para la atención de los asuntos civiles, comerciales, laborales y del menor. Asimismo, designa a uno de sus miembros para atender los despachos de la Corte Suprema de Justicia. Fija, además, el horario en que deberán atender los Magistrados designados.

Conviene tener presente que tanto la Corte como el Tribuna. de Apelación de Feria, que funcionan en tiempo normal, como Órganos Colegiados, durante la feria dictan sus resoluciones, como se verá, mediante la decisión de uno solo de sus Miembros (el designado).

Carácter de la Jurisdicción durante la Feria: la jurisdicción durante la feria es de carácter excepcional:

a) en cuanto a la materia que puede ser objeto de la resolución del Juez o Tribunal de Feria;

b) en cuanto a la competencia “virtual” del Juez o Tribunal de Feria sobre todos y cada uno de los procesos (promovidos o a promoverse) de determinado fuero, y;

c) en cuanto que los Órganos Colegiados (Corte Suprema de Justicia y Tribunales de Apelaciones) funcionan con uno solo de sus Miembros, pudiendo estos dictar resoluciones válidas dentro del marco de su competencia de feria, se entiende.

Que sea una cuestión de feria: es de importancia extraordinaria la determinación de los asuntos que pueden ser resueltos durante la feria judicial; sobre todo, porque ello juega como llave para la apertura de la competencia del Juez o Tribunal de Feria.

A este respecto, el art. 363 del COJ dispone: “La Corte Suprema de Justicia determina la forma en que debe atenderse durante la feria el despacho de los asuntos urgentes, según las leyes de procedimientos”.

De lo dispuesto en dicha disposición legal, se tiene que la clave para determinar la competencia del Juez o Tribunal de Feria es saber qué se entiende por “asuntos urgentes”.

Es evidente que la ley utiliza la palabra “asunto” en el sentido de materia u objeto debatidos en un juicio; y, urgente, como se sabe, significa la necesidad de hacer prontamente una cosa.

El sentido de la frase del art. transcripto del COJ se compagina y complementa con la disposición del art. 8 del CPCC, dándoles ambos, un sentido unívoco a esta cuestión.

No hay duda pues que “asuntos urgentes” son todas aquellas cuestiones que tiendan a evitar el riesgo de quedar ilusoria una providencia judicial, o de frustrarse, por la demora, alguna diligencia importante al derecho de las partes.

No escapará sin embargo al lector que la dicha determinación es una cuestión de hecho, es decir, de apreciación fáctica y circunstanciada.

La escasa jurisprudencia a este respecto, produce desorientación tanto a profesionales como a Magistrados.

Su determinación no trae dudas tratándose de casos extremos. Las cuestiones, indudablemente, de feria son, por ejemplo: posibilidad de obtener medidas cautelares, promover y proseguir juicios de pensiones alimenticias, etc. Tampoco hay duda de que no son cuestiones de feria, por ejemplo: contestar una demanda ordinaria, presentar alegatos, etc.

Para la determinación de los casos no extremos, sirve de guía lo que disponen los mencionados arts. 8 del CPCC y 363 del COJ, que

pueden resumirse así: evitar que quede ilusoria una providencia judicial o que se frustre, por la demora, alguna diligencia importante al derecho de las partes.

En consecuencia, siempre que el pedido formulado tienda a la atención de un asunto de carácter urgente, con el alcance antes señalado, surge la competencia del Juez o Tribunal de Feria.

¿Quién hace la calificación que una cuestión es urgente?

Lo debe hacer el Juez o Tribunal de Feria, como paso previo la toma de cualquier medida o resolución. Ello es normal, pues el Juez (sea este el de Feria o el natural) lo primero que debe hacer siempre, cuando recibe una petición o demanda, es atender si la cuestión que se le somete es de su competencia (art. 4 CPCC).

Como la calificación de “asunto urgente” es la que abre la instancia de Feria, esto es, la que le da competencia al Juez o Tribunal, lo primero que debe hacer el Magistrado que está de feria es calificar la cuestión que le es sometida.

Ahora bien, sabemos que para la determinación de la competencia el Juez natural atiende el territorio, la materia, domicilio, etc. (art. 11 COJ). El Juez de Feria debe atender todos estos elementos determinantes de la competencia normal, pero, además, debe atender que la cuestión (aparte de reunir aquellos elementos normales) sea de carácter urgente, esto es, impostergable.

El porqué de que esta calificación lo haga el Juez o Tribunal de Feria y no otro, es fácil de explicar. Se trata de la simple aplicación del principio procesal de que todo Juez es competente para decidir sobre su competencia (competencia sobre la competencia) y de que ningún Juez puede obligar a otro para entender en una cuestión.

Como se incita la Jurisdicción durante la Feria.

Ello ocurre mediante el pedido de habilitación que debe ser formulado por la parte interesada que debe estar fundada en la necesidad de evitar que, por la demora, se frustre alguna diligencia importante a su derecho.

Debe (el pedido de habilitación) ser formulado ante el Juez de Feria, por el principio mencionado de que cada Juez tiene competencia sobre su competencia.

Algunos profesionales, erróneamente, creen que si en el período hábil no se hizo la petición de habilitación, no podrán ya hacerlo durante la feria. Antes bien, como se verá, lo correcto es hacer la petición ante el Juez de Feria (salvo, claro está, que se trata de cuestiones urgentes surgidas al acabarse el período hábil y que queden pendientes de resolución, cuya solución se tratará más adelante).

Conviene aclarar que, estrictamente, cuestión de Feria, no puede ser sino un acto o diligencia que deba cumplirse dentro del proceso por el Juez de Feria. No son cuestión de Feria, por lo menos en el sentido que estoy tratando, los actos jurídicos procesales que deben ser cumplidos por los Auxiliares del Juez (oficiales de Justicia, ujieres, etc.) fuera del proceso, y en período inhábil. Estos actos tienen el régimen común del art. 8 del CPCC y pueden ser ordenados por el Juez que viene entendiendo en la causa para que sean cumplidos en tiempo inhábil, los cuales serán válidos o nulos, según se ajusten o no a los principios generales. Por ejemplo, un embargo preventivo obtenido el día 31 de Diciembre. En ese caso, el interesado no tiene sino que solicitar al Juez (natural) que se habilite el mes de Enero (inhábil) para la traba de dicha diligencia y el Juez en el mandamiento que libre, insertará esa facultad. Esto, en el sentido que estoy tratando, no es cuestión de feria. No obsta, sin embargo que si el interesado en la traba omitió pedir la habilitación, ocurra ante el propio Juez de Feria, justifique o alegue la urgencia y solicite para que él autorice la traba.

Recién en este supuesto, la cuestión será de Feria, porque el Juez de ella será el que tomará la medida u ordenará la diligencia en el proceso.

En casos de exhortos formulados por otros Jueces, entiendo que el Juez de Feria, puede disponer el diligenciamiento de la medida solicitada, siempre y cuando esta (la medida) sea de su competencia (es decir no admita demora), de lo contrario, se debe limitar a su recepción, y oportuna remisión del pedido al Juez que correspondiere, según el turno. En caso de disponer el diligenciamiento obviamente actuará como Juez delegado y la regularidad de la medida deberá ser juzgada por el Juez o Tribunal exhortante.

Volviendo al tema, lo que estoy tratando en esta nota se limita única y exclusivamente a las diligencias que deben cumplirse por el Juez de Feria dentro del proceso, dictando actos de instrucción, de resolución o de ejecución.

Lo afirmado, en consecuencia, debe ser entendido en el sentido de que es el Juez de Feria quien debe calificar la urgencia de las diligencias.

El Juez que venía entendiendo en el proceso no puede calificar la urgencia de una cuestión y remitir los autos para que el Juez de Feria -que va a entender en proceso durante el mes de enero- tome o dicte la medida.

Ámbito de aplicación de la Jurisdicción durante la Feria (virtualidad)

La ley (art. 363 COJ) no pone cortapisas a la competencia atribuida a los Jueces de Feria. Les impone, simplemente, la obligación de atender durante el mes de enero el despacho de los “Asuntos urgentes”.

Esto significa que, dentro de su fuero, ejercen competencia sobre todos y cada uno de los procesos promovidos (o a promoverse).

Conviene tener presente que esta competencia, el Juez o Tribunal de Feria no recibe “por delegación” del Juez o Tribunal que venía entendiendo en la causa, sino por subrogación y sustitución legal, es decir, por virtud de la ley, el Juez o Tribunal de Feria se subroga en todas las atribuciones o facultades del Juez o Tribunal previniente. Esto en los casos de procesos en trámites.

En los casos de medidas (diligencias preparatorias, etc.) para un proceso a promoverse, el Juez de Feria entenderá como previniente y remitirá, finalizado el período de Feria, a quien vaya a entender en el proceso, según las normas del turno.

En consecuencia, el Juez de Feria, tiene competencia “virtual” esto es potencial, sobre todos y cada uno de los procesos promovidos, dentro del fuero a su cargo, virtualidad o potencialidad que se convierte en acto, al presentarse cualquier cuestión que reclame urgente atención.

El Tribunal de Apelación durante la Feria. Atribuciones.

Merece un párrafo aparte la competencia del Tribunal de Feria, sobre todo porque alguna vez se entendió que el Magistrado designado por la Corte Suprema en ese carácter, se nombra solo para desempeñar las funciones que la Ley le atribuye al Presidente del Tribunal y que debía de abstenerse de dictar resolución y remitir (oportunamente) los autos al Tribunal competente, según las reglas del turno.

La dicha interpretación repugna a nuestro sistema procesal, y significaría que el Tribunal de Feria se constituye como una simple mesa de entradas de los asuntos.

De la ley no puede deducirse que la atribución de jurisdicción durante la Feria sea solo y exclusivamente para los Jueces de Primera Instancia.

La designación de Magistrados para la atención de los asuntos urgentes se hace para que Jueces, Camaristas y Miembro de la Corte,

de Feria- cada cual cumplan sus funciones, conforme con nuestro sistema procesal (que es de doble instancia) con todas las facultades y obligaciones inherentes a la jurisdicción. Entender con otro alcance la designación hecha por la Corte Suprema de Justicia, sería absurdo.

El único Miembro que compone el Tribunal de Feria, está pues, habilitado, es decir, tiene competencia para conocer en toda cuestión y con el mismo alcance del Juez de Feria.

En consecuencia, tiene competencia para examinar las resoluciones del Juez de Feria, con atribución, lógicamente, de expedirse no solo sobre la calificación de urgencia que hizo el aquo, sino también sobre el cumplimiento de los demás requisitos legales de fondo y forma sobre la materia del recurso.

A este respecto es elocuente el fallo anotado en JA. Tomo 35, pág. 737, en la parte que dice: "...Que las resoluciones recurridas fueron dictadas por el Camarista de Feria, Dr. Melendez, de acuerdo con la disposición del art. 7 del Cód. de Proced. (8 de nuestro CPCC) y en atención al carácter de urgencia que se invocó.

Que basta esa sola consideración para declarar la validez de aquellas resoluciones, desde que no son aplicables al caso los arts. 263 del Cód. de Proced. (art. 264 de nuestro CPCC) y 83 de la Ley Orgánica de los Tribunales (art. 37 de nuestro COJ) que solo rigen para los asuntos que no se encuentran en las condiciones señaladas por el citado art. 7" (art. 8 de nuestro CPCC).

Por tanto, los afectados por la resolución pueden recurrir de la misma y pedir la intervención del Tribunal de Feria. El peticionante en caso que la misma sea degeneratoria, y el accionado en el caso contrario.

No está demás advertir que, durante la Feria, tanto en primera como en Segunda Instancia las notificaciones deberán practicarse personalmente o por cédula, nunca por automática, así como que en

la sustanciación de los recursos se debe dar intervención de las partes interesadas.

Principios y conceptos que deben tenerse en cuenta para la solución de los problemas prácticos:

Entiendo que lo más fecundo, para la solución de los innumerables problemas de orden práctico que se plantean durante la feria, es tener en cuenta:

a) que la competencia atribuida al Juez o Tribunal de Feria, no es delegada, sino que es ejercida por virtud de la ley, sustituyendo y subrogando, en todo, al Juez o al Tribunal que venía entendiendo en la causa.

b) que en materia de atribución de competencia es principio procesal que todo Juez (obviamente también el Tribunal) es competente para decidir sobre su competencia (competencia sobre la competencia) sin perjuicio, claro está, del pronunciamiento de alzada. Por virtud de este principio ningún Juez puede obligar a otro, para entender en una cuestión.

c) que el Tribunal de Feria tiene la facultad y la obligación de examinar la regularidad de las resoluciones dictadas por los jueces inferiores, en los “asuntos urgentes” y,

d) que existen actuaciones del Órgano Jurisdiccional practicadas dentro del proceso (que serían las estrictamente de Feria) y actuaciones procesales practicadas por los Auxiliares del órgano, fuera del proceso (que solo excepcionalmente pueden resultar ser de feria).

**ALGUNAS APLICACIONES DE LOS PRINCIPIOS
ENUNCIADOS, A MANERA DE EJEMPLOS**

Cuestiones urgentes promovidas en plazos hábiles y pendientes de resolución:

Por aplicación de los principios expuestos estimo que, durante la Feria, pueden darse soluciones a las dichas cuestiones. Me refiero

tanto a las cuestiones pendientes de resolución en Primera Instancia, como a las pendientes de examen y resolución en segunda instancia o ante la Corte.

Así, es factible que el Juez de Feria resuelva sobre una medida precautoria solicitada en diciembre y no resulta en tiempo hábil por el Juez Previniente, como también es factible que una medida decretada o denegada por el Juez de Primera Instancia en tiempo hábil, recurrida por el afectado en tiempo hábil (o recurrida durante la feria, con justificación de la urgencia) puede ser examinada por el Tribunal de Feria.

Igualmente, para los casos de jurisdicción originaria de la Corte Suprema de Justicia, la solución es la misma, por ejemplo: una medida precautoria pedida en una acción de inconstitucionalidad, y no resuelta en tiempo hábil.

**Medidas o resoluciones decretadas o tomadas por el Juez de Feria.
Posibilidad de recurrir de ellas.**

Con mucha mayor razón el Tribunal de Apelación de Feria puede examinar, por vía de recursos, la resolución o medida tomada por el Juez de Feria.

Ello es lógico, porque la instancia de Feria (que no puede ser solo la primera instancia) fue abierta con la resolución del Juez de Feria.

En nuestro proceso civil, no existe instancia única y todas las resoluciones, salvo excepciones, cuyo no es el caso presente, son factibles de examen por el Tribunal de Alzada, que para eso está. Como es sabido, la teoría más aceptada respecto de la naturaleza de las resoluciones de primera instancia, es que las mismas son solo potenciales, es decir pueden llegar a ser resoluciones.

Antes de quedar firme, por confirmación del Tribunal de Alzada o por consentimiento, son resoluciones potenciales.

Es absurdo por ello pensar que la actividad jurisdiccional durante la Feria se limite a primera instancia, pues en puridad no serían resoluciones jurisdiccionales acabadas.

En el fallo anotado en J.A., Tomo 37, pág. 522, claramente se expone esta facultad del Tribunal de Feria, en estos términos: "... Y si el Camarista de Feria, tiene atribuciones para declarar por sí solo que un asunto, por razón de urgencia, debe ser resuelto en la Feria, no se alcanza por qué no ha de poder decidir por sí solo también sobre lo que es materia de recurso en los casos aludidos".

Necesidad de mantener expeditas todas las causas durante la Feria.

Los procesos promovidos antes de la Feria, quedan solo suspendidos en sus tramitaciones. Pueden surgir, en consecuencia, durante dicho lapso "Asuntos urgentes" que, aparte de ser importantes para la suerte de los derechos debatidos en el proceso, requieren inmediata atención.

Para estos casos. es necesario que las causas queden expeditas, como único modo de evitar las innumerables complicaciones que significarían para el recurrente y el Juez, no contar con el expediente.

A este respecto ocurrieron casos en que el Juez de Feria para atender a los planteamientos, se vio obligado a ensayar una suerte de "reconstrucción de expediente".

Es aconsejable, por ello, que las autoridades judiciales tomen las medidas pertinentes para que el Juez de Feria pueda fácilmente acceder a todo y cualquier expediente durante el ejercicio de sus funciones. No es cosa difícil y puede evitar muchos problemas, y además, actualmente se cuenta con la infraestructura necesaria.



Comentarios de la legislación paraguaya sobre Banco de Órganos y Tejidos Humanos

Dr. Atilio Gómez Grassi¹

La microcirugía ocular permite positivamente la rehabilitación visual de miles de personas, y dentro de ella el trasplante de córnea es ya una operación domina da por nuestros oftalmólogos.

Siempre que se cuente con los dadores necesarios, el trasplante de tejido corneal humano constituye una solución quirúrgicamente segura y permite como se dijo la recuperación de la visión a la persona humana.

En nuestro país, existe un Banco de Ojos que está permanentemente listo para desarrollar plenamente sus funciones, pero, lastimosamente, existe carencia de donantes y carencia de córneas, y hay pacientes que tienen que esperar años para poder recibir una córnea.

Al solo efecto ilustrativo, y de los datos proporcionados por los facultativos que nos acompañan podemos afirmar que actualmente en la lista de espera para recibir una córnea hay más de 300 personas.

Las mayores posibilidades de conseguir córneas en nuestro país se da en los Centros Médicos Asistenciales, públicos o privados, tales como el I.P.S., Hospital de Clínicas, Primeros Auxilios, etc., en los cuales a diario fallecen personas que no son reclama das inmediatamente y a veces hasta desconocidas, pero irónicamente, en estos casos es donde nuestros médicos carecen del instrumento legal que los habilite para proceder sin más trámites y sin autorización previa, a

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 13 -1986.

la extracción de la córnea del cadáver, sin incurrir además en alguna posible responsabilidad Civil o Penal.

Téngase en cuenta, como ya lo explicaron los facultativos que nos acompañan, que la córnea debe ser extraída del cadáver en un plazo no mayor de 6 a 8 horas. Y es ahí donde tenemos que tener en cuenta que nuestra legislación actual necesita urgentemente ser actualizada para cumplir tan noble misión humanitaria; solo se necesita pues un instrumento legal pragmático y la difusión popular que lo complementa.

En nuestro país todo lo relativo a la disposición de Órganos y Tejidos Humano está previsto y legislado en el Código Sanitario, creado por Ley 836 del año 1980 que en su Sección Tercera, denominada “De la Disposición de Órganos y Tejido Humanos” trata sobre el tema, en sus Arts. 275 al 279. Cabe expresar que el Art. 276 del Código mencionado establece en forma clara y categórica que para la utilización de órganos, tejidos o sus partes, de seres vivos o de cadáveres, es requisito que la voluntad del donante haya sido expresada por escrito, libre de coacción, o que medie el consentimiento escrito de sus herederos.

Debe también mencionarse que el mismo Código Sanitario tiene una disposición legal que se aproxima bastante a lo que es la aspiración de la Fundación Banco de Ojos “Fernando Oca Del Valle”. En efecto, en el capítulo relacionado con la disposición de cadáveres, un artículo habla de que los servicios hospitalarios de asistencia social y de intervención de seres humanos deben comunicar al Ministerio de Salud en un término de 12 horas la defunción de toda persona internada cuyo cadáver no haya sido reclamado dentro de las 12 horas del fallecimiento.

La siguiente disposición legal preceptúa que el Ministerio podrá convenir con Instituciones Médicas Docentes la entrega de cadáveres humanos abandonados o no reclamados en el plazo fijado por

COMENTARIOS DE LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA
SOBRE BANCO DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS

la ley, pero, con el compromiso que dicho cadáver pueda debe ser conservado intacto durante el término de 10 días, antes de que se disponer su utilización para los fines convenidos.

Vemos pues que estas normas legales no sirven para el caso de trasplante de córneas, porque como se dijo la ablación debe hacerse en un periodo no mayor de 6 horas.

La semana pasada, la Cámara de Senadores ha aprobado el Proyecto de Ley que creó dos instituciones: el Instituto Nacional de Nefrología y el Banco de Órganos y Tejidos Humanos, esta última institución, que hace al tema que estamos tocando, tendrá por objeto principal asegurar la correcta obtención, extracción y conservación de órganos y tejidos para ser utilizados en la investigación científica o con fines terapéuticos.

Esta ley constituye indudablemente un avance y un progreso con respecto a lo establecido en el propio Código Sanitario y a lo que pretende la Fundación Banco de ojos “Fernando Oca del Valle”, pero el estudio de la misma también llegamos a la conclusión de que falta el requisito legal de facultar a los médicos a las extracciones de órganos cuando no se cuente con la autorización previa por escrito.

EN CONCLUSIÓN:

Con motivo de esta semana de “Captación de Donantes de Córneas” la Fundación Banco de Ojos “Fernando Oca Del Valle” está propiciando la creación de una ley de Banco de Ojos, que regule todo lo relacionado con la abolición, extracción, etc. de córneas y que primordialmente dé a los médicos la posibilidad de extraer estos tejidos aún sin contar en el momento oportuno con la debida autorización por escrito, pre-mortem del fallecido o post-mortem de los deudos.

La Fundación Banco de Ojos “Fernando Oca Del Valle” ha encontrado desde luego una cálida y favorable acogida ab initio, de esta idea de parte de distinguidos Miembros del Parlamento Nacional (entre los que se encuentran el Dr. Julio César Frutos, el Dr. Roque

Ávila y el Dr. Martín Chiola) personas que siempre se han caracterizado por su fina sensibilidad y preocupación hacia estos problemas sociales, y a quienes agradecemos desde ya muy especialmente su colaboración.



La fenomenología de la existencia y su perspectiva metodológica en el derecho

Prof. Manuel Néstor Alarcón Barrios¹

INTRODUCCIÓN:

Señoras y señores, con el presente colloquium finalizamos el primer ciclo del curso: PREPARACIÓN DE TESIS DOCTORAL EN CIENCIAS JURÍDICAS. La temática que ahora desarrollaré es: La fenomenología de la existencia y su perspectiva metodológica en Derecho. La problemática responde a la pregunta básica de este curso: Qué relación guardan entre sí teorías, métodos y técnicas de investigación científica en las ciencias jurídicas. A la cuestión planteada se ha ido dando respuestas en las disertaciones de los profesores invitados -filósofos, juristas y científicos de las ciencias sociales.

En esta exposición señalaremos primeramente en forma sintética las conclusiones de dichas investigaciones, expuestas aquí en las charlas y las posibilidades y limitaciones de las corrientes epistemológicas ya desarrolladas. Luego, mostraré el alcance metodológico de la fenomenología, y finalmente abriremos el diálogo.

1.0 Ideas básicas de las disertaciones, referentes a teorías y sus enfoques metodológicos en Derecho.

1.1. La profesora Adela Britos nos señalaba, comentando una investigación concreta, como operativamente se vincula la teoría con el método y este con la técnica de la investigación. Ella nos decía que: Todo proceso de investigación abarca o debe contemplar tres grandes

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 14-1986.

Discurso de clausura del primer ciclo del curso. Preparación de tesis doctoral en Ciencias Jurídicas.

tareas que necesariamente deben cumplirse y que son las que giran en torno a tres preguntas:

1. ¿Qué investigar? El tema-problema debe ser analizado con determinados criterios y ellos constituyen el cuadro teórico, que el investigador maneja.

2. ¿Cómo investigar? El nexo entre el qué y el cómo investigar se establece en y con la formulación de la hipótesis de trabajo y de la hipótesis definitiva, operacionalizada en las variables.

3. ¿Y, para qué investigar? Vale decir, el objetivo de la investigación.

La función de la metodología en la tarea investigativa consiste, pues, en la coordinación del qué, cómo y para qué investigar.

1.2. El Prof. Torreani nos explicitaba la función de la teoría en la investigación, diciendo que: El marco teórico sería los presupuestos que el investigador aporta para “en marcar”; su investigación. Y que no hay conocimientos ni presupuestos; negando así la tesis-positivista del conocimiento sin presupuestos, es decir, del hecho-puro. El hecho-puro no existe, el hecho es un producto, un constructo en lenguaje metodológico actual.

1.3. La misma tesis sostiene el Prof. Adriano Irala Burgos, quien nos decía: No existen hechos puros sino hechos-datos. La investigación científica y el discurso filosófico implican métodos de análisis e interpretación del fenómeno dado. La absolutización de los métodos constituye, sin embargo, un ideologismo. Así, la dialéctica es un método, pero no el método como lo sostienen los marxistas.

1.4. Sobre la relación teoría-método me he referido en varias oportunidades en este curso, y específicamente en mi trabajo Metodología de las ciencias jurídicas, en el cual expuse entre otros lo siguiente: La teoría constituye la fundamentación básica y radical de la ciencia: da la perspectiva de enfoque y mirada a la realidad, condiciona la problematización en ella y sirve de referencia -cuadro teó-

rico- a las hipótesis científicas. Cada teoría sistematiza, ordena y explica las proposiciones científicas. El conocimiento científico está, pues, sistematizado, explicado y fundamentado en y por la teoría. Y, hablando de hipótesis les decía: El trabajo de investigación debe ofrecer una explicación científica de los hechos, fenómenos o contenidos. La tesis-doctoral, que debe adecuarse al criterio de científicidad, no consiste solo en la acumulación o recopilación de datos, sino en la explicación de los mismos o en la interpretación de las leyes en el caso del Derecho. Dicha explicación es formulada en la hipótesis y esta debe estar relacionada a un conjunto de proposiciones, las cuales constituyen las leyes de una teoría. El cuadro teórico es, pues, la referencia de una hipótesis. Les decía, además que: La hipótesis en la ciencia textual -y por ende en el Derecho- se adecua igualmente a las condiciones formales y a las funciones de toda hipótesis científica. La variante está en cómo explica y cómo se la confirma. Las hipótesis en Derecho no son causales, sino interpretativas; por eso la metodología propia de esta ciencia es la hermenéutica.

Pasemos ahora a señalar brevemente las tesis básicas de las distintas teorías del Derecho:

1.5. El profesor Secundino Núñez nos señalaba las causas de resurgimiento del jusnaturalismo:

1. Las dos guerras mundiales, en donde la filosofía positivista del Derecho mostró su inconsistencia al no relacionar el Derecho y la justicia.

2. Y, el resurgimiento de la Metafísica, que pregunta lo que es algo, en este caso, lo que es la justicia.

Y reivindicaba el grito de Antígona: Más allá de las decisiones humanas está la ley no escrita, vale decir, los derechos naturales del hombre. La tesis del jusnaturalismo son:

1. La naturaleza humana está dada (aunque sea una naturaleza estática, sino dinámica).

2. Las leyes positivas deben estar fundamentadas en las exigencias de esa naturaleza.

El realismo, fundamento de jusnaturalismo, desde el punto de vista de la teoría del conocimiento parte de la separación entre conciencia y realidad, aunque ambas tienen por propiedad la de relacionarse entre sí. La realidad está dada, “está ahí”; y lo que la mente hace es descubrirla. Vale decir, desde la perspectiva del jusnaturalismo: existen ciertos principios básicos e inmutables; esos principios se basan en las exigencias de la naturaleza humana y constituyen los derechos, llamados naturales. Así, por ejemplo, tenemos el derecho a la vida.

El jusnaturalismo tropieza, empero, con dos grandes dificultades:

1. ¿Cuáles son realmente esos derechos naturales? - El mismo derecho a la vida puede ser entendido de diversas maneras. Así, para el esquimo de la vejez es una carga natural de la vida y en nombre de ella se deja devorar por los osos o como decían los estoicos: nadie tiene la necesidad de vivir en la necesidad, justificando de este modo el suicidio.

2. ¿Cómo se explica la diversidad, y muchas veces la contradicción, de los derechos positivos entre sí? De otro modo: ¿Cómo se concretiza esos principios universales en la sociedad y en la historia? Sin embargo, el jusnaturalismo muestra una gran consistencia al intentar, por lo menos, de relacionar el Derecho con la justicia. El jusnaturalismo presenta una concepción del hombre, del derecho y de la justicia.

1.6. La tesis kantiana del Derecho: El kantianismo niega el conocimiento de la cosa en sí. La naturaleza humana no es conocible - tesis contraria al jusnaturalismo. La libertad, que fundamenta la Moral y el Derecho, es un postulado de la razón pura práctica. El kantianismo funda tanto el Derecho como la Moral no en principios con contenidos concretos como libertad, dignidad, valor, justicia, etc.

aunque los presupone, sino en un principio formal, el llamado imperativo categórico: Obra de tal manera que la norma de tu acción sea siempre un principio universal.

Resumamos, pues, la tesis kantiana sobre el Derecho señalando:

1. Existe un principio formal, válido universalmente.
2. Las leyes positivas deben ser concretizaciones o realizaciones de este principio formal.

Esta teoría encuentra ciertas dificultades y son:

1. ¿Cómo se encarna el principio formal en los derechos positivos?
2. ¿Cómo recatar la dimensión socio-histórica del Derecho?
3. Además, Ética y Derecho están muy unidos en esta concepción.

1.7. Tesis del positivismo jurídico:

1. El positivismo salva la concretez socio-histórica del Derecho. El Derecho positivo no es un Derecho abstracto, sino el conjunto de leyes positivas con carácter coercitivo y tienen validez pragmáticamente.
2. Las leyes positivas son interpretables éticamente (pero, siempre será una ética positivista).

La mayor dificultad que afronta el positivismo jurídico es la fundamentación de la ley última, por ejemplo: la constitución. El Derecho ya no hace referencia a la justicia, sino está determinado por el *factum social*. El deber ser se identifica con el es social.

2.0. Fenomenología de la existencia y el Derecho.

Ahora quisiera presentarles esquemáticamente una posición filosófica, de mucha trascendencia en el pensamiento occidental, me refiero a la fenomenología existencial: Ella proviene de la línea de

Husserl (fenomenología) y de la línea de Kierkegaard (existencialismo). Ambas corrientes desembocan en el planteamiento de Heidegger (fenomenología hermenéutica de la existencia).

2.1. El hecho-primario de la fenomenología existencial: El punto central de referencia de su intuición originaria es la existencia (ex- sistere: estar fuera de sí), la intencionalidad (tender hacia fuera). La existencia es esencialmente abierta a..., ella es: presencia, encuentro, participación, diálogo con los otros en el mundo.

2.2. El método fenomenológico: La fenomenología con método tiene dos momentos:

1. La reducción fenomenológica, que consiste en la no consideración metodológica de lo que no sea la realidad misma, vale decir, hay que poner entre paréntesis las teorías, las ideologías, los prejuicios, etc.

2. La intuición-eidética: Todo conocimiento último se basa en el conocimiento inmediato, es decir, en una evidencia primigenia. Para la fenomenología esta inmediatez de lo dado es una captación intuitiva, una visión intelectual del fenómeno.

La intuición del fenómeno es eidética, significa que, lo que captamos en él son sus elementos necesarios, sin los cuales el fenómeno no sería lo que es: aquello que no cabría suprimir sin destruir el objeto mismo - decía el propio Husserl. Es la intuición de lo fundamental, de lo invariante, de los elementos constitutivos, de las esencias que conforman la estructura, la forma y el todo articulado de lo dado.

Las esencias, sin embargo, pueden ser exactas (matemáticas, física) e inexactas o morfológicas. Las esencias exactas son construcciones; en cambio, las esencias morfológicas son explicitadas mediante descripciones. El método fenomenológico es fundamentalmente descriptivo; pero, no solo es descriptivo, sino existen diferentes formas de fenomenología operativa: captación de las esencias en el trato con la cosa (operacionalismo) y la fenomenología hermenéutica (descripción e interpretación).

2.3. Fenomenología de la existencia y del Derecho:

¿Cuáles son las notas o características esenciales de la existencia? El hombre es un ser consciente en el mundo con los otros como tener que ser. Eso significa que, yo en cuanto hombre, me descubro y me comprendo a mí mismo en la mediación del mundo (situacionalidad espacio-temporal) y de los otros (coexistencia) como ser a realizarse (proyección e historicidad). Si esta es mi verdad, entonces ella es un principio para todos, aunque en la práctica no la sea. La verdad es objetiva, intersubjetiva y transhistórica.

El derecho es precisamente una forma de la coexistencia. El derecho es el sistema de normas coercitivas que delimita el modo de la convivencia. El derecho se basa en las notas esenciales del hombre: en su concienticidad, en su coexistencia, en su mundaneidad y en su proyección óptica.

2.4. Derecho y justicia:

A la pregunta: ¿por qué debo cumplir las normas positivas? La fenomenología existencial señala que: El deber ser está fundamentado en el tener que ser.

La existencia se hace necesariamente o en forma positiva (humanización) o en forma negativa (deshumanización). El no hacer mismo es ya una forma de actuar: de sumergir en la facticidad de mi yo, de mi mundo, de mi sociedad y mi historia; y permitir que las cosas o situaciones de mi mundo sigan tal cual como son o están. De la misma manera, la realización de mi yo necesariamente el mejoramiento de mi mundo y el reconocimiento de los otros. El derecho, señoras y señores, no es otra cosa que la delimitación del grado de reconocimiento existente entre los hombres de una sociedad. Según el hombre se concibe a sí mismo, en esa medida, definirá su tener que ser, de donde se desprende el deber-ser, es decir, su concepción de justicia.

2.5. ¿Existe una norma fundamental? Hay derechos naturales o algún principio universalmente válido.

La verdad para la fenomenología es el no-cubrimiento de la realidad y el descubrimiento por el sujeto cognocente. La realidad, el ser, empero, se desvela y deviene onto-históricamente y su manifestación y comprensión son dadas en la evolución misma. La comprensión del hombre de sí mismo y de la realidad es una comprensión en y por la historia. La fenomenología, en mi opinión no sostiene la existencia de ninguna norma fundamental, sino simplemente nos indica que: el hombre de acuerdo con su comprensión concibe la justicia y el derecho positivo. Este derecho es fruto de conciencia, de su libertad, de su decisión: el derecho político, religioso, sindical, laboral, etc. no son normas dadas, preexistentes ni caídas del cielo. Esas leyes han nacido de la lucha, del dolor y de la muerte y mantención sigue exigiendo compromiso y responsabilidades de los hombres concretos.

2.6. La fenomenología y la ciencia del Derecho:

La fenomenología no es el método propio del Derecho, sino que ella es aplicable al fenómeno derecho y nos describe al mismo como una forma de la existencia humana y nos muestra que la aspiración a la justicia -El deber ser- está basamentada en el tener que ser de la existencia. La fenomenología por su carácter descriptivo nos señala los elementos constituyentes del fenómeno jurídico:

1. El Derecho tiene como base la coexistencia, la cual está necesariamente ubicada espacio-temporalmente, es decir, la situacionalidad y la historicidad de la sociedad. Aquí, se encuentra la tarea de las ciencias naturales y sociales.

2. El Derecho aspira a la justicia. La concepción de la justicia está sostenida en una Antropología, una Ética y una Metafísica. Esta es la tarea que realiza la Filosofía. La fenomenología, en cuanto filosofía, presenta en estos ámbitos sólidas bases para el Derecho positivo. El objeto propio de la ciencia del Derecho no será el estudio de los fenómenos sociales ni las reflexiones filosóficas, sino las normas están expresadas en leyes y estas en proposiciones.

LA FENOMENOLOGÍA DE LA EXISTENCIA Y SU PERSPECTIVA
METODOLÓGICA EN EL DERECHO

La metodología de esta ciencia será, pues, el estudio lingüístico de ellas: Análisis: sintaxis, semántica y pragmática; y, síntesis: hipótesis-interpretativa: hermenéutica, constituyendo así el Derecho como ciencia textual. Al jurista le interesa lo que afirman las leyes, vale decir, las delimitaciones del ámbito social, según una concepción antropológica determinada. Pero, estas determinaciones están dadas en la lengua y no fuera de ella.



La organización del Poder Judicial en el Paraguay

Dr. Carlos González Alfonso¹

Me han encomendado referirme a la organización del Poder Judicial. Esta exposición no tiene la pretensión de ser una conferencia. Será una información objetiva, de carácter general, sobre los organismos que componen el Poder Judicial Paraguayo, teniendo en cuenta las leyes, acordadas y reglamentaciones específicamente dictadas sobre la materia.

Según lo establece la Ley 879/81 CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL, el Poder Judicial será ejercido por:

- La Corte Suprema de Justicia
- El Tribunal de Cuenta
- Los Tribunales de Apelación,
- Los Juzgados de 1a. Instancia.
- Los Juzgados de Paz Letrada.
- Los Juzgados de Instrucción en lo Penal.
- Los jueces árbitros y arbitradores.
- Los jueces de Paz.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 16- 1986.
Pdte. Del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 3ra. Sala

Entre los Juzgados pluripersonales se encuentran:

a) La Corte Suprema de Justicia, que estará compuesta de no menos de cinco miembros. Ejerce su competencia sobre todo el territorio nacional y tiene su sede en Asunción.

Para ser miembro del Máximo Tribunal de la República se requiere:

- Nacionalidad paraguaya natural.
- Haber cumplido 35 años de edad.
- Poseer título universitario de Doctor en Derecho.
- Tener reconocida experiencia en materia jurídica.
- Gozar de notoria reputación y honorabilidad.

b) el Tribunal de Cuentas, con competencia sobre todo el territorio nacional. Se divide en dos salas:

La primera: con competencia exclusiva en los juicios contencioso administrativos.

La segunda: con competencia en el control de las cuentas de inversiones del Presupuesto General de Gastos.

c) Los Tribunales de Apelación. Ejercen competencia dentro de un límite territorial definido y en atención a la materia específica: civil y comercial, laboral, tutelar y correccional y criminal. En la capital están separadas las competencias por razón de la materia. En el interior, esas competencias están concentradas en un solo Tribunal por cada Circunscripción. Los Tribunales de Cuentas y de Apelación están compuestos de tres jueces. Uno ejerce la presidencia; otro la vice-presidencia y el otro es vocal. Los cargos son rotativos cada seis meses, según lo dispone una reciente Acordada.

Entre los Juzgados unipersonales se encuentran:

a) Los Juzgados de 1a. Instancia. Ejercen competencia dentro de un límite territorial determinado y de una materia específica.

Existen en la capital jueces con competencia exclusiva en materias: civil, comercial (a partir del año próximo se unificarán y serán jueces en lo civil y comercial); laboral, tutelar y correccional y criminal.

También se distinguen entre sí por razón de turno, el que se determina teniendo en cuenta un plazo o un número de juicios, estos último como sucede en lo laboral.

En el interior los jueces tienen competencia en:

1. Penal y correccional.
2. Civil, Comercial, Laboral y Tutelar.

Dos circunscripciones del interior tienen dos turnos de jueces en lo penal y correccional.

b) Los Juzgados de Paz Letrado en lo Civil y Comercial. Funcionan en Asunción y en Ciudad Pte. Stroessner.

Según la Ley 879/81 deben funcionar en todas las capitales departamentales. El Paraguay está dividido en 19 Departamentos. La implementación del funcionamiento de esos juzgados se hace gradualmente, atendiendo a razones presupuestarias y a la necesidad, dado que algunos departamentos, si bien son extensos territorialmente, registran un índice muy bajo de población (como sucede en la Región Occidental), por lo que momentáneamente no se justifica dotarles de servicios de Juzgados de Paz Letrado.

c) El Juzgado de Instrucción en lo Penal. Existe uno solo, en Pilar, capital departamental, con competencia territorial limitada en esa localidad.

d) Los Juzgados de Paz en lo Civil, Comercial, Laboral y Criminal. Tienen competencia territorial específica.

e) Los jueces árbitros y arbitradores. Con competencia exclusiva sobre el tema de la controversia sometida a su decisión.

Tocante a la competencia, es importante puntualizar que:

*** La Corte Suprema de Justicia cumple funciones:**

a) En única instancia (acciones y excepciones de inconstitucionalidad, hábeas corpus, nacionalidad y su pérdida, exoneración del servicio militar obligatorio, contiendas de competencia, enjuiciamiento y remoción de Magistrados, recusación de sus miembros, reposición y aclaratoria de los pedidos de ampliatoria interpuestos contra sus decisiones, quejas por denegación de recursos o retardo de justicia interpuestos contra los Tribunales de Cuenta y de Apelación).

b) Por vía de apelación y nulidad (sentencias definitivas dictadas por los Tribunales de Apelación que modifiquen o revoquen las de 1a. Instancia, conforme a las disposiciones de los Códigos procesales y a las leyes respectivas; de las resoluciones originarias de los Tribunales de Apelación en lo Civil, Comercial y Criminal y de Cuentas; y de las sentencias de los Tribunales de Apelación en lo Criminal que impongan pena de muerte o de penitenciaría desde quince a treinta años, las que no causarán ejecutoria sin el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia).

c) En el ejercicio de su potestad de superintendencia: (dictar Acordadas y reglamentos necesarios para el cumplimiento de las finalidades asignadas por la Constitución Nacional al Poder Judicial; prestar o denegar Acuerdos solicitados por el Poder Ejecutivo para el nombramiento de Magistrados; nombrar y promover al personal cuya designación esté a su cargo y removerlo previo sumario administrativo; proponer al Poder Ejecutivo la terna de candidatos para Síndico General de Quiebras; nombrar y destituir a los Síndicos de Quiebra; adoptar medidas pertinentes durante la feria, disponer la inscripción en la matrícula de los profesionales auxiliares de la justicia, recibir juramento de Magistrados, etc.

*** Los Tribunales de Apelación. Genéricamente entienden:**

a) Por vía de apelación y nulidad: Recursos concedidos contra las sentencias definitivas y resoluciones recurribles de 1a. Instancia; de los Jueces de Paz Letrado y de los Jueces de Instrucción.

b) En única instancia: Recursos de queja por retardo de justicia o de denegación de recursos interpuestos contra esos Juzgados.

Específicamente el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, tiene las siguientes atribuciones:

a) En materia notarial: Inspección de oficinas de notarios, ordinariamente cada tres meses.

Rubricación de cuadernillos de protocolos y de registros de firmas.

Apelación de resoluciones dictadas en 1a. Instancia en quejas sobre actuaciones de Escribanos Públicos.

b) En materia de registros públicos:

- Por vía de recursos: de las resoluciones denegatorias de inscripciones y anotaciones.

- Por vía de consulta: que formule el Director sobre interpretación y aplicación del Código de Organización Judicial y sus reglamentos.

Específicamente el Tribunal del Trabajo tiene competencia para entender en las:

- Resoluciones definitivas de los organismos directivos creados por las leyes de previsión y seguridad social para obreros y empleados privados, que denieguen o limiten beneficios acordados a estos;

- En revisión: Laudos arbitrales en los conflictos de carácter económico.

* Los juzgados de 1a. Instancia tienen competencia dentro de la materia específica en todas las cuestiones que por ley no competan a los jueces de Paz Letrado o de Paz. Las cuestiones relativas a convocación de acreedores, de quiebra, a posesión y propiedad de inmuebles y las cuestiones vinculadas al derecho de familia, son de su exclusiva competencia, en materia civil y comercial.

En estas mismas ramas –civil-comercial- la cuantía de la demanda determina la competencia de 1a. instancia, de Paz Letrado y de Paz Lega.

Así, cuando excede de 300 jornales mínimos legal para actividades diversas no especificadas en la capital de la República (Gs. 720.720, un poco más de U\$S 1.100), corresponde a la 1a. Instancia. Si en menor a 60 de esos jornales (Gs. 144.144 aproximadamente U\$S 220), corresponde a Paz Lega. Entre ambas cifras, al Juzgado de Paz Letrado. Se utilizan los valores en dólares del tipo libre fluctuante, para mejor comprensión del colega chileno.

* Los Juzgados de Paz, además de sus funciones específicas, tiene a su cargo practicar las diligencias que le fueren encomendadas por los Juzgados y Tribunales; realizar inventarios de los bienes de las personas fallecidas si parientes conocidos o con heredero ausentes o menores de edad que no tengan representantes legales y disponer la guarda de los mismos; certificar la existencia de personas y sus domicilios; comunicar a los Juzgados tutelares los casos de abandono material o moral, malos tratos y orfandad de menores; autenticar firmas y ejercer funciones notariales dentro de su jurisdicción, siempre que no existan en ellas Escribanos Públicos que usufructúen un Registro.

Organismos complementarios:

a) El Ministerio Público:

La Constitución Nacional regula lo relativo al Ministerio Público en el Capítulo X, en forma separada del Poder Judicial, al que dedica el Capítulo IX.

Tiene por finalidad, según la Constitución:

- Velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales:

- Ejercer, de acuerdo con instrucciones del Poder Ejecutivo, la representación del Estado en las causas en que fuese demandante o demandado;

- Intervenir en toda cuestión en que haya interés fiscal comprometido;

- Ejercer la acción penal en los casos en que, para intentarla o proseguirla, no fuese necesarias instancia de parte, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal proceda o oficio;

- Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

1. El Ministerio Público es ejercido por:

- El Fiscal General del Estado. Para ocupar el cargo es requisito ser ciudadano paraguayo natural.

- Los Agentes Fiscales.

- Los Procuradores Fiscales.

b) El ministerio de la Defensa Pública. Está desempeñado por:

- Defensores de Pobres y Ausentes.

- Abogado del Trabajo.
- Defensores en el Fuero Penal.
- Procuradores.

2. Otros auxiliares de la justicia:

- La Policía.
- Abogados y Procuradores.
- Rematadores.
- Oficiales de Justicia.
- Peritos y traductores.

3. Funcionarios auxiliares e instituciones auxiliares de la justicia:

- Sindicatura General de Quiebras.
- Cuerpo Médico Forense.
- Secretarías.
- Ujieres.

4. Oficinas dependientes del Poder Judicial:

- Estadística Judicial.
- Contaduría de los Tribunales.
- Archivo General del Poder Judicial.
- Dirección General de los Registros Públicos.

Designación de las autoridades y duración

*Los Miembros de la Corte Suprema de Justicia son nombrados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo de la Cámara de Senadores.

*Los Miembros de los Tribunales de Apelación; los jueces y demás Magistrados: el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Corte Suprema de Justicia.

*El Fiscal General del Estado: El Poder Ejecutivo con dictamen del Consejo de Estado y acuerdo de la Cámara de Senadores.

*Los Agentes y Procuradores Fiscales: el Poder Ejecutivo.

*El Síndico General de Quiebras: El Poder Ejecutivo de una terna de candidatos propuesta por la Corte Suprema de Justicia.

*Funcionarios del Poder Judicial: La Corte Suprema de Justicia.

Contrariamente a lo establecido en el Art. 85 de la Constitución Chilena, que establece la inamovilidad del Magistrado, mientras dure su buena conducta, en el Paraguay las designaciones para el ejercicio de la magistratura son temporales, por períodos de cinco años, coincidentes con el período presidencial, pudiendo ser reelectos, dice la Constitución Nacional.

La sintética relación expuesta no ha tenido otra pretensión que la de brindar al distinguido e ilustre colega chileno, que nos honra con su amable visita, el marco referencial del desenvolvimiento de la actividad del Poder Judicial Paraguayo.

Este es el sistema de organización judicial que a nuestra manera ser adecua mejor a las exigencias nacionales.

No es reiterativo en esta oportunidad un pensamiento que a menudo nos repite el Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia. De nada vale otorgar al país de las leyes más modernas, de un edificio palaciego y suntuoso ni de la organización más perfecta en material judicial, si es que no se cuenta con Magistrados honestos, capaces, trabajadores, valientes, firmes y responsables. El éxito de una buena administración de Justicia, radica, en primer término, en estos.

Y creemos, a riesgo de ser inmodestos, que estamos acercándonos a este ideal.



La jurisdicción y el método aplicable para el conocimiento de la norma jurídica (Lingüística, Lógica, Hermenéutica)

Prof. Dr. Juan Carlos Mendonca¹

Si la función jurisdiccional consiste en aplicar el derecho positivo -sistema de normas válidas-, es obvio que para ejercer tal función resulta necesario conocerlo. Para lograr ese conocimiento, es menester aplicar un método, que sea adecuado al objeto.

En esto, la tarea del juez no difiere substancialmente de la del científico del derecho. Es más: el juez aprende de la ciencia del derecho mediante qué métodos se llega a su conocimiento, y los aplica en ejercicio de la función jurisdiccional. El problema del método va, en ambos casos, determinando o condicionando por su objeto.

Por tanto, lo primero que ha de plantearse es que es el derecho positivo; establecer su concepto y cuáles son sus caracteres esenciales.

Aceptablemente podemos decir que el derecho positivo es un sistema de normas coactivas, creadas o admitidas por el Estado, a través de órganos competentes, vigentes en un espacio y tiempo determinados.

Así, pues, el conocimiento de la norma se vuelve esencial, desde que concebimos el derecho positivo como un sistema de normas. Hablamos de sistema, porque ese conjunto de normas ha de reunir los caracteres de: 1) consistencia (coherencia, racionalidad, predecibilidad); 2) completitud; y 3) decibilidad. Aunque aquí no puedo explicarlo, esta manera de concebir el derecho como “sistema” es cuestión

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 17-1986.

complicada y discutible. Pertenece, en verdad, al campo de la epistemología.

Es también, por tanto, de esencial importancia reconocer una norma jurídica, distinguiéndola de otras normas, que integran otros sistemas normativos (religiosos, morales, sociales, de urbanidad, etc.). Para lo cual se requiera también establecer su concepto y cuáles son sus caracteres esenciales.

Aceptablemente podemos decir que norma jurídica es una regla de conducta coactiva que imputa (o subordina) al cumplimiento de una condición (prevista en ella), la aplicación de una consecuencia o efecto jurídico (también previsto en ella o en otra norma del sistema).

Además, es preciso conocer la norma jurídica. La cual viene formulada mediante signos: concretamente, mediante signos lingüísticos. Pues la norma jurídica es una proposición lingüística.

Conocer una norma jurídica es establecer su significado, a través de las palabras que la integran.

En derecho se manejan los tres tipos de lenguaje en que estos han sido clasificados: **natural** (vulgarmente usado común), **técnico** (que otorga a determinados vocablos o expresiones un significado restringido, preciso: contrato, competencia, jurisdicción, mora, delito, etc.) y **formal** (en el cual se han eliminado los términos ordinarios para emplear símbolos arbitrarios, con el objeto de dirigir la atención sobre las relaciones entre dichos símbolos (lógica, lógica deóntica).

Tal circunstancia exige estudiar la normal a la luz de los tres tipos de lenguaje.

La importancia de este estudio ha sido destacada especialmente por Austin, y es a él y a la filosofía analítica inglesa, que le debemos los mayores aportes sobre el particular. Podría decirse que sí, antes que nada, la norma jurídica es una proposición lingüística, antes que nada, debe ser estudiada como tal; para lo cual es menester descomponerla, como acusa el sentido etimológico de la palabra “análisis”.

Es evidente que no puedo referirme en este lugar a todos los problemas relacionados con el lenguaje para obtener un cabal conocimiento del significado de la norma jurídica. Solo puedo ocuparme de algunos de ellos, y someramente.

En primer término, cumple señalar que no todas las normas jurídicas están verbalizadas, como ocurre con las consuetudinarias o las señales y dibujos de tránsito; pero todas pueden ser verbalizadas.

Los problemas que ella presente pueden ser de índole semántica o sintáctica, es decir, vincularse al significado de las palabras o a las oraciones de las cuales forman parte; ya que las palabras cumplen la función de comunicar ideas, pero no aisladamente, sino formando parte de oraciones, sujetas en su construcción a determinadas reglas. Y las cuales -oraciones-, cuando tienen el fin de describir algo, se llaman proposiciones. Es de estas, y no de las oraciones, que puede predicarse la verdad o falsedad de la misma, como lo demuestra un ejemplo simple, según el cual no cambia el valor de verdad de la proposición aun cuando se usen oraciones diferentes para explicar lo mismo: no es verdadero afirmar que “Juan está sentado a la derecha de Pedro” y falso que “Pedro está sentado a la izquierda de Juan”, a pesar de haberse usado dos oraciones distintas. Puede, sí, ser verdadera o falsa la proposición de que Juan esté sentado a la derecha de Pedro, o, lo que es igual, que Pedro esté sentado a la izquierda de Juan.

La misma palabra puede tener en el lenguaje vulgar cierto significado y en el lenguaje jurídico otro significado. Su definición puede ser informativa (o lexicográfica) o bien estipulativa, como ocurre generalmente en la ciencia jurídica, porque expresa una decisión o directiva acerca del significado que habrá de darse a la palabra; aunque también a veces expresa simplemente su correspondencia con el uso que pretende describir (informativa).

Si la norma dice: el interés es la medida de la acción, en el lenguaje vulgar la palabra interés puede significar provecho, utilidad, ganancia, valor que en sí tiene una cosa, inclinación más o menos

vehemente de ánimo hacia un objeto, persona o narración que le atrae o conmueve, etc.; y la palabra acción puede significar ejercicio de una potencia, efecto de hacer, operación o impresión de cualquier agente en el paciente, postura, ademán, etc. De acuerdo con estas definiciones podemos atribuirle a la norma diversos significados, que en caso alguno coincidirá con el jurídico. Así, por ejemplo, que el provecho es la medida de la postura, o del ademán, o de la inclinación, etc...

Para el derecho, en cambio, está estipulado que debe entenderse por interés aquel beneficio o utilidad que se halla jurídicamente protegido, y por acción debe entenderse el derecho de reclamar la tutela jurisdiccional de ese interés. Lo cual surge, a la vez, del contexto de la prescripción, porque en otro contexto, la palabra interés puede significar ganancia o renta de un capital. De manera que el último método de definición resulta el contextual.

En suma, tal cosa puede ocurrir porque alguna o algunas de las palabras que integran la oración tienen más de un significado, expresando, consecuentemente, más de una proposición, creando ambigüedad (semántica).

El problema también puede surgir, porque la oración tiene una equivocidad sintáctica. Así pasa, por ejemplo, con el Art. 2614 del Código Civil, que establece: "Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años..." Machado piensa que la expresión "que se extienda a mayor término que el de cinco años" se refiere a todos los derechos enumerados; Llerena, que abarca solo las rentas, y Segovia, que comprende únicamente los censos y las rentas.

El puro estudio lingüístico se muestra en tales casos insuficiente para conocer el significado de la norma. Aunque es inexcusable, no satisface todas las exigencias de la ciencia jurídica, o, por lo menos, no siempre las satisface, pese al esfuerzo deliberado del legislador para crear normas claras, y aun cuando recurre a definiciones

estipulativas. Él se encuentra condicionado, además, en la expresión de su intención, por las leyes y reglas de inferencia lógica; al punto que un análisis lógico de los enunciados legislativos puede llevar a descalificarlos -contradicciones, lagunas, redundancias- o a mostrar consecuencias no previstas por el, que si bien no se presentan en las normas aisladas, puede darse una vez que se las examina al entrar en relación con el resto del sistema jurídico.

Se impone, pues, un estudio lógico de la norma, o puede imponerse tal estudio. Si bien, aunque de esencial importancia en ciertos casos, parece insuficiente, inclusive de la lógica deóntica, cuyos operadores, en cualquier sistema normativo (no solo el jurídico) son la obligación, la permisión y la prohibición. Será menester recurrir también a la hermenéutica, entendida básicamente como un método de interpretación de textos, ayudada por la investigación histórica.

Estos son los métodos que aparecen como adecuados (complementarios) para conocer el significado de la norma.

Todo lo cual permite reiterar que la jurisdicción -al igual que la dogmática jurídica se halla condicionada por su objeto (el derecho positivo) y por los métodos aplicables al conocimiento de ese objeto.

Queda determinado, pues, a los fines de la jurisdicción, que su objeto es conocer el derecho positivo que debe aplicar, con prescindencia del concepto del derecho.

Al biólogo no le interesa, a los fines científicos, la discusión filosófica sobre lo que es la vida. El concepto filosófico de la vida en principio está fuera de su temática.

Tampoco le interesa al patólogo, a los fines científicos, el concepto filosófico de la muerte.

Uno y otro, al margen de aquella discusión, no esperan a que los filósofos se pongan de acuerdo sobre tales conceptos, para realizar su labor científica.

No debe sorprender, entonces, que el juez realice su labor científica sobre el derecho positivo, al margen de la discusión filosófica sobre el concepto del derecho.

En ciertas circunstancias, para el que emitió un cheque sin fondos, decidir si el cheque es una orden de pago o un título de crédito, puede significar la diferencia entre ir a la cárcel o no ir a la cárcel.

La tarea científica del juez en ese caso es la de establecer cuál es la naturaleza jurídica del cheque, mediante el estudio de las normas pertinentes. Para ello necesita adoptar el o los métodos adecuados; aquellos mediante los cuales logrará establecer el significado de esas normas.

Como se ve, la cuestión es muy importante, de esencial importancia. Quiera que no, plantear el problema del ejercicio de la jurisdicción, es plantear inexcusablemente un problema epistemológico: discutir los fundamentos y métodos del conocimiento científico del derecho.

Delimitación. Considerando que el juez recorta su objeto en atención a la función que cumple, no solo no se propone discutir el concepto del derecho ni la idea de justicia (que conciernen a la filosofía del derecho y a la axiología), sino tampoco se propone abordar otras cuestiones que escapen esa limitación (lícita y obligada de su objeto).

Para aclararlo mejor se puede ejemplificar:

No matarás.

Si alguien matare, entonces deberá sufrir tal pena (prohíbe matar).

Si alguien matare en legítima defensa, entonces deberá ser exonerado de toda pena (permite matar).

Si un soldado se negare a matar en la guerra, entonces deberá sufrir tal pena (obliga a matar).

LA JURISDICCIÓN Y EL MÉTODO APLICABLE PARA EL CONOCIMIENTO DE LA NORMA JURÍDICA (LINGÜÍSTICA, LÓGICA, HERMENÉUTICA)

Al juez, limitado en su objeto, le interesa saber cuáles, entre las normas precedentes, son normas jurídicas. Le interesa saber por qué son normas jurídicas; cuál es su estructura; si son válidas, vigentes, que método debe emplear para estudiarlas, etcétera, etc. No le interesa, en cambio, averiguar por qué el legislador las consagró (política legislativa); tampoco el juicio de valor en virtud del cual en un caso la norma prohíbe matar, en otro caso permite matar y en otro obliga a matar (axiología jurídica). Apenas le interesa averiguar la eficacia de la norma (si es espontáneamente cumplida por sus destinatarios, si la aprueban o desaprueban), porque este es un problema que concierne principalmente a la sociología jurídica: la manera cómo influye la norma en la conducta de sus destinatarios. Y tampoco le interesa el estudio de la conducta criminal (criminología). Cada uno de estas disciplinas tiene su propio objeto y utiliza sus propios métodos, adecuados a ese objeto, que escapan a la esencia de la función jurisdiccional, lo mismo que a sus exigencias.

Inclusive es de advertir que las normas que el juez reconoce como jurídicas entre las transcritas están en verdad redactadas positivamente de otro modo. La redacción que se le ha dado ya es la traducción de la norma jurídica a otro lenguaje; su reconducción a la forma de un juicio lógico (hipotético). Es, sin embargo, de la redacción textual que debe partir el juez para su estudio y aplicación porque esa es, en su texto fiel, en rigor, la norma jurídica positiva. Aquel lenguaje ya es un lenguaje formal, que utiliza la teoría o ciencia del derecho para explicar la norma.

Ejemplos del examen metodológico. Puede ser útil mostrar mediante algunos ejemplos fácilmente accesibles, cómo el uso exclusivo del método lógico parece insuficiente para que cumpla su cometido la jurisdicción.

1. La norma jurídica textualmente dice: “Ningún habitante de la República puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe” (Art. 49 C.N.).

Examen lógico:

También es posible expresarlo así:

Puedo hacer lo que no está mandado.

Puedo hacer lo que no está prohibido.

Lo cual permite enunciar la norma bajo la forma de un juicio lógico hipotético:

Si no está mandado ni prohibido, entonces está permitido.

De este modo se enuncia el principio de la libertad jurídica.

Examen hermenéutico:

¿Puede la “autoridad” hacer todo lo que no está mandado ni prohibido?

La norma se refiere a “habitante”. ¿Cuál es el significado de “habitante”? ¿Puede la autoridad ser incluida dentro de ese significado? ¿A la luz del lenguaje vulgar, técnico o formal?

Para dar la respuesta es menester recurrir a la hermenéutica jurídica o método de la interpretación, estableciendo el sentido y el alcance de la norma, inclusive en su relación con otras normas del sistema. Así se llegará a que, respecto de la autoridad, rige otro principio: el Art. 41 de la C.N., que prescribe: “Las autoridades superiores, los funcionarios y los empleados públicos ajustarán siempre sus actos a las disposiciones de esta Constitución y de las leyes. Ejercerán conforme a ellas las atribuciones de su competencia...”

Lo cual nos lleva también a un examen lógico de esta norma, merced al cual se llegará a la enunciación del principio de legalidad:

Si la ley concede a la autoridad competencia para casos específicos, entonces otros casos están excluidos de esa competencia.

- Consiguientemente, en el caso de la autoridad, lo que no le está permitido, le está prohibido.

El proceso de comprensión aludido es posible porque **ya tenemos** un conocimiento del derecho positivo, o, mejor dicho, del sistema

de normas positivas sobre el cual se practica la investigación (**pre-comprensión**), presupuesto ineludible de la hermenéutica: conocimiento previo de la materia y del lenguaje utilizado. Pues el jurista se enfrenta a su tarea de interpretación con todo su saber acerca de problemas jurídicos, de sus conexiones y posibilidades de solución, así como acerca del lenguaje que suele utilizar el legislador, aprovechando consecuentemente a lo que se ha dado en llamar la “conexión traditiva”, o formas de pensar jurídicas (reconocidas mediante el trabajo precedente de generaciones de juristas, que configuran el trasfondo de la investigación. El proceso de comprender, conocido como círculo o arco hermenéutico, no resulta así, solamente del significado de una palabra y de su posición en la frase, sino, además, de la conexión total del sentido dentro del cual aquella está en tal lugar del discurso o del texto, como explica Larenz; quien agrega que todo el que quiere comprender un texto coherente o un discurso tiene que atender a cada una de las palabras pero también tiene que volver antes la mirada, previamente, al sentido de la frase por él esperado y al sentido del texto en conjunto; y de este, al menos cuando surjan dudas, al significado primeramente aceptado por él y, dado el caso, rectificar ese significado, o su ulterior comprensión del texto, tanto como sea preciso, hasta que resulte una concordancia continua. El resultado será el de decidirse por una entre muchas interpretaciones posibles, que la hacen aparecer precisamente como la “pertinente”.

Se omiten aquí referencias al estudio sincrónico y diacrónico de la norma (a semejanza de lo que se hace con la lengua): observarla desde el punto de vista estático o dinámico; como también se omiten referencias a los distintos niveles del lenguaje jurídico o metalenguajes: prescriptivo (normas que hablan acerca de normas, o metanormas) y descriptivo (enunciados que los juristas hacen de las normas mediante descripciones de las mismas, que muestra a la ciencia del derecho como un metalenguaje descriptivo de normas), etc., porque si bien son temas que podrían ser abordados, excederían el marco de esta exposición.

2. la norma jurídica dice **textualmente**: “El procedimiento ante la Justicia de Paz de la República será verbal, debiendo los Jueces regirse por las disposiciones de esta Ley y resolver a verdad sabida y buena fe guardada” (Art. 1 de la Ley de Procedimiento para la Justicia de Paz, de Noviembre de 1898).

El simple examen lógico de la norma no puede explicar el significado de la expresión “resolver a verdad sabida y buena fe guardada”.

Mientras no conozcamos ese significado, seguiremos sin saber cómo debe fallar el Juez de Paz. Para su interpretación ha de usarse el método hermenéutico: la frase debe ser explicada lingüísticamente por el estilo jurídico (que usaba el legislador) del siglo XIX y aun del XVIII, en que fue redactada la norma.

Simplificando: merced a los conocimientos que ya tenemos del derecho (presupuesto de la hermenéutica) y a la investigación histórica que hagamos, llegaremos a la conclusión de que el juez de paz deberá resolver dictando un “fallo de equidad” (que es como se expresaría el legislador de hoy día). Con lo cual hemos traducido una expresión anacrónica al lenguaje actual, estableciendo su sinonimia jurídica.

Conclusión que será comprensible para el hombre de derecho (que conoce el lenguaje técnico), mas no así para quien carece de conocimientos jurídicos; porque respecto de este será necesario establecer el sentido de la palabra “equidad”, explicada también mediante formas verbales. De manera que las formas verbales deben ser explicadas mediante la ayuda del significado de las palabras y, viceversa, las palabras deben ser explicadas mediante formas verbales. Todo ello atendiendo al estilo jurídico que se usaba hace cien años, por el legislador de 1898.

Hay casos, pues, en que la comprensión de la norma (texto) requiere una interpretación hermenéutica, para lo cual se impone seguir la evolución de una palabra o una expresión lingüística.

3. Las siguientes normas **textualmente** dicen:

La jurisdicción conferida a los Tribunales de Justicia de la República, es improrrogable. Exceptuase la jurisdicción territorial que podrá ser prorrogada de conformidad de partes (Cód. Proc. Civ. y Com., de 1883, Art. 19).

La jurisdicción conferida a los Juzgados y Tribunales de Justicia de la República es improrrogable. Exceptuase la jurisdicción territorial que podrá serlo de conformidad de partes en los asuntos civiles y comerciales (L.O.T. N° 325/18, Art. 11).

La jurisdicción es improrrogable, salvo la territorial, que podrá prorrogarse por conformidad de parte en los juicios civiles y comerciales, y tampoco podrá ser delegada. Los jueces y tribunales conocerán y decidirán por sí mismos los juicios de su competencia, pero podrán comisionar cuando fuere necesario, a otros Jueces para diligenciar determinadas (Cód. Org. Jud., Ley N° 879/81, Art. 6).

La competencia atribuida a los jueces y tribunales es improrrogable. Exceptuase la competencia territorial en los asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes, pero no a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo lo establecido en los tratados internacionales (Proyecto de Cód. Proc. Civ., 1973, Art. 3).

Caben los siguientes planteamientos:

¿Todas las precedentes son normas jurídicas positivas?

¿Cuáles lo son y cuáles no?

¿Cuáles son las normas de admisión y de rechazo merced a las cuales una norma forma parte del sistema positivo?

¿Cuál o cuáles son, consecuentemente, la o las aplicables?

¿La o las aplicables son normas jurídicas completas?

¿Cómo pueden ser violadas?

¿Cuál es el efecto jurídico de su violación?

¿Quién o quienes pueden invocar esos efectos y en qué momento?

¿Qué significa jurisdicción, competencia, prorrogable, delegada, comisionar, juicio, juez, tribunales, partes, diligencias?

Parece obvio que no todas las cuestiones planteadas podrán ser resueltas recurriendo únicamente a la investigación lingüística (analítica) y al método lógico. Por lo cual reitero que si bien es inexcusable su aplicación, quizás deba ser complementado por otro, dado que en algunos casos se muestra insuficiente.

Conclusión.

Es, pues, tarea de la jurisdicción establecer el significado de las normas para su debida aplicación. Lo cual plantea inexcusablemente la cuestión de decidir qué método debe emplear para el conocimiento de esas normas.

Los métodos a los cuales se hace referencia no son la única respuesta que puede darse, porque se trata de una cuestión extremadamente problemática y discutida por los juristas. A los fines de este artículo, sin embargo, no podemos decir más; salvo que resulta evidente la importancia que tiene la cuestión metodológica, porque el juez, el jurista y el hombre común deberían llegar (o poder llegar) a la misma conclusión respecto del significado de la norma jurídica y su aplicabilidad. Para lo cual el hombre común se encuentra en clara desventaja -es fuerza reconocerlo-. El lenguaje técnico, la lógica y la hermenéutica, alejan cada vez más el derecho del hombre común, quien, sin embargo, está obligado a regular su conducta de acuerdo con él. Una inexcusable necesidad hace que se suponga que conoce todas las normas jurídicas del sistema y que se suponga también que comprende acabadamente el significado de todas ellas.

Lo indiscutible es que el juez debe estar máximamente preparado para esta tarea. Y ello es así porque a él corresponde decir el derecho.

As., Dic./86.



Régimen jurídico de la electricidad en el Paraguay.

Dr. Adolfo Ozuna González¹

Gran parte de lo que contiene este trabajo, es el resultado de una apresurada compilación de pensamientos y reflexiones contenidas en obras de diversos autores que se han ocupado de investigar y transmitir el resultado de sus esfuerzos, en obras escritas con mucha antelación sobre el Derecho aplicado y aplicable a la electricidad.

La otra parte, es el resultado de vivencia profesional intensamente sentida y vivida sobre la misma materia. El complaciente lector podrá comprobar que este trabajo está animado por dos grandes propósitos: consiste el primero en mostrar algunos aspectos de un extenso y profundo tema explorado aisladamente todavía por los juristas de nuestro país y, el segundo y último, incitar a unir esfuerzos para el estudio sereno de las implicancias de la energía eléctrica en el Derecho positivo nacional.

I - PARTE GENERAL

1. El porqué del Título:

a) Se ha estimado más comprensivo del tema el término “jurídico”, porque instruye la doctrina, la política, los recursos económicos, la interpretación y aplicación de las leyes inherentes al tema de la “electricidad”.

b) Fijado el alcance del término “jurídico” cabe referirse al “fenómeno” denominado “electricidad”.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 18-1987.

La “electricidad” entendida en este vocablo y a los fines de estas consideraciones, como el hecho jurídico que aparece y participa en la sociedad de nuestros tiempos, para ser objeto del estudio del derecho, sin haberse conocido hasta ahora su estructura intrínseca.

Se conoce -por otra parte- la composición molecular del agua (H_2O), del oxígeno (O), del Hidrógeno y de otros elementos de la naturaleza, ya fueren orgánicos o inorgánicos.

Pero, sobre la electricidad no ha sido posible hasta ahora conocer -valga la repetición- su estructura intrínseca. Lo que se tiene conocido de ella, son sus efectos. Mediante equipos apropiados para su uso, ella puede generar luz, calor, fuerza, frío, etc.

Se la ha configurado dentro de la “Física” y, dentro de esta ciencia, en campos especializados, tales como la electrostática y la electrodinámica. Aún puede decirse que por medio de la experimentación y comprobación resultaron funciones y ecuaciones matemáticas que explican el comportamiento de la electricidad.

La electricidad aprovechable por el hombre no se ofrece en la naturaleza en forma pura. Es el producto de una actividad; por eso, no se la incluye entre las energías “primarias” como son la hidráulica, solar, eólica y aún los hidrocarburos puros o refinados.

Es por tanto la electricidad, una energía “secundaria”. Este hecho, ha significado y significa hasta ahora, un gran desafío para la creatividad de los juristas; la elaboración de un concepto jurídico de la electricidad que, es mucho más amplio que la técnica para su aplicación social, dentro de un alcance económico.

2. Los inventos

En Bolonia, el médico Aloisio Galvani hizo experimentos con el pateo de unos animalejos que le valió el apodo de “maestro de las ranas”. De estos simples fenómenos observados, derivó Alejandro

Volta una serie de resultados prácticos para construir el primer aparato con el cual dar al hombre la manera de producir voluntariamente la corriente eléctrica.

Oersted en Copenhague (1820) observa las primeras perturbaciones que produce la electricidad en la aguja imanada, hallazgo este, que habria de ser fecundo en resultados prácticos.

Miguel Faraday en 1832 comprobó los fenómenos de la inducción magneto-eléctrica que dió la llave para la producción de la corriente eléctrica por medios mecánicos.

La construcción de las máquinas generadoras, esto es, aparatos que convertían el movimiento del vapor o de las caídas de agua en corriente eléctrica, tiene como exponente a Pixii (1832) Clarke (1833) Siemens (1854) Gramme (1872). Así comenzaron las bases para la producción y transporte de la energía eléctrica a distancia.

Entre tanto Sir Humphrey D. (quien inventó además la lámpara de seguridad de los mineros, los anestésicos gaseosos y otros) presentó en una conferencia en los salones del Instituto real (Londres) una ampolla de cristal dentro de la cual se hallaban dos lápices de carbón cuyos extremos se hacían tocar o separar a voluntad. Cada uno de estos lápices se comunicaba por medio de alambres a los extremos de una batería de 2.000 pilas que él había hecho preparar en los sótanos de aquel histórico edificio; la iluminación tan brillante y potente que obtenía, solamente era comparable con el sol. Era el antecesor más remoto de lo que sería después de la “iluminación por electricidad”.

Leon Foucault, en París, propuso sustituir el pico oxidado que se utilizaban entonces para la iluminación del microscopio por un foco de luz eléctrica que existía ya como un costoso aparato de laboratorio. Los lápices de carbón de Davey, fueron sustituidos por el carbón de retorta reducido a polvo impalpable que sometido a grandes presiones hasta darle forma de cilindros de una gran conductividad y de una combustión relativamente lenta al aire libre. La combustión de los carbonos producía desgaste, debilitada la corriente y extinguía

la luz, pero esa misma debilitación de la corriente obrando sobre un electroimán dejaba escapar un resorte cuyo objeto era volver a llevar los carbonos a su aproximación primitiva restaurando la luz. Así apareció la luz de arco voltaico que tuvo a Foucault como gran perfeccionador.

Lo que hoy conocemos como alumbrado incandescente tiene como inventor indiscutible a Edison (Thomas Alba). Creó la primera “Compañía de Electricidad”; resolvió los más complejos problemas de generación, distribución, medición de la energía eléctrica. Ha patentado unos 200 inventos.

No puede dejar de decirse que, concomitantemente a estos descubrimientos, otros sabios y científicos se ocuparon también de ir perfeccionando la electricidad y receptores de su utilización para hacer alcanzar su uso a la mayor cantidad posible de la población. (De la conferencia del Sr. Rafael Fulles reproducida en el diario “El Orden” del 22 de octubre de 1929 pags. 3 y 5 Biblioteca Nacional de Asunción).

3. El fenómeno Físico

Se ha explicado en la física que la electricidad “consiste en cargas infinitesimales llamadas electrónicas y estas partículas son forzadas a su locomoción en una misma dirección y sentido, resultando así, la corriente eléctrica” (Chester I. Dawes. Curso de Electrotécnica - Vol I, pág. 29 - Globo- año 1959).

“Una carga eléctrica es una cosa cuantitativamente definida, como la inercia o peso o volumen de un cuerpo. Estas cargas tienen existencia continua, tal como un pedazo de hierro o un cubo de agua”. (Towsend Smith “Electricity for students of science and engineering” pág. I 1949).

Ante estas definiciones -puramente didácticas- el físico Heisenberg niega que el átomo sea una Cosa, ni que fuere partícula. (Heisenberg, pág. 24, 25, 165 “Der Teil und das Ganze” Munchen 1969).

Existe coincidencia técnica en afirmar que la electricidad no es “cosa”, al decir de Bertrand Russel: “no es una cosa, como la Catedral de San Pablo, más bien es una vía, un camino por el cual las cosas ocurren y se comportan” (Wendt - “energía nuclear” 8)

3.1. La electricidad dinámica (electrodinámica).

Se sabe que la electricidad es solo una consecuencia de la conversión de la energía; puede presentarse como estática y en forma dinámica: esta última es considerada como electricidad en movimiento “los átomos de cualquier sustancia se componen de núcleos cargados de electricidad positiva, alrededor del cual giran con alta velocidad angular cargas infinitesimales de electricidad negativa” (Dawes I, 6).

“Algunos de estos electrones tiene la facultad de pasar a los cuerpos conductores de átomo a átomo, cuando les es aplicada una diferencia de potencial en sus extremidades”. (E.T.A. pág. 66).

3.2. Algunas unidades básicas.

“El flujo de electricidad a través de un circuito recuerda, bajo muchos aspectos, la circulación de agua en un sistema cerrado de caños”. (Dawes I, 32).

El flujo de la electricidad es medido por el AMPERE, que correspondería en hidráulica a la medida de caudal del agua en metros cúbicos por segundo (Walter T. Alvarez - Curso de Direito da Energía año 1978, pág. 67).

El voltio es la unidad práctica de diferencia de potencial o fuerza eléctrica motriz (f.e.m.) y que en hidráulica, corresponde (ría) a la presión (op. cit., pág. 68).

Más si el AMPERE mide el flujo y el Volt mide la tensión, el COULOMB es el que mide la “cantidad” y analógicamente en hidráulica correspondería al metro cúbico”.

Así, una determinada cantidad de electricidad (medida en coulomb) que fluye por un conductor (medida en ampere) tiene una determinada tensión (medida en volt).

3.3. Tipos de corriente.

Continúa o alternada: llamase corriente continua aquella que, la obtención de energía en sus fuentes y su transformación en receptores se realiza bajo tensión e intensidades invariables en el tiempo (Zaneke e Ionkin: "Principios de electrotécnica" I, II, pág. 171 - Bs. As.- 1958).

En tanto que la corriente alternada varía en el tiempo.

Si se considera que en un momento dado la intensidad de la corriente tiene un valor instantáneo, la corriente puede tener dos sentidos en relación a la sección transversal del conductor. Entonces, si un sentido positivo y el opuesto es negativo se tiene la corriente alternada. Se la representa como una línea sinuosa a lo largo de una línea recta, de suerte que la parte sinuosa de arriba es positiva y la parte sinuosa de abajo es negativa.

3.4 Unidades de Potencia:

La unidad de la potencia eléctrica es el WATT (que equivale al trabajo de un Joule por segundo).

1 KW es el equivalente a 1000 Watts

1 KW equivale a 1,359 (Caballo de Fuerza)

1 HP es igual a 0,735 KW

1 MW equivale a 1000 KW; así se dice 100 MW

3.5. Unidad de consumo.

El kwh (kilowatt hora) es el equivalente de 1000 Watts usados durante 1 hora (op. citada, pág. 71).

3.6. El circuito eléctrico.

El circuito eléctrico lo compone basicamente la fuente de generación o producción, las líneas de transmisión o de transporte y las redes de distribución hasta alcanzar el aparato receptor o consumidor; para cada uno de los componentes, los equipos de medición, de control, de operación y de protección.

4. Rememoración histórica de la energía

a) la energía hidráulica registra la más antigua utilización, indicandose entre ellos, la rueda de agua, hace 2.100 años. En Roma el Ingeniero VITRUVIO perfeccionó esta rueda con un dispositivo con la expresa salvedad de que el ser humano y el animal, fueron las principales fuentes de energía, desde el inicio de los tiempos conocidos sobre las civilizaciones, hasta bien superada la época de la caída del Imperio Romano (siglo IV)

b) la energía térmica fue utilizada definitivamente con Watt y la aplicación del vapor en 1788, acoplado al motor a vapor por FULTON a los navíos en 1803 y por Stephenson en 1804 a las locomotoras.

La energía térmica pasó a ser utilizada en las más diversas formas, a través de combustibles fósiles como el carbón, los combustibles líquidos, el motor a bencina en 1888 invento de Daimler y el motor Diesel en 1895 por el inventor del mismo nombre.

c) Mediante la energía térmica e hidráulica ya se generó la electricidad” con los descubrimientos de Siemens en 1866, sin olvidar a Oersted, Ampere, y Faraday.

5. Explotación de la Industria eléctrica

En sus orígenes a fines del siglo pasado fue explotado, principalmente, para iluminación pública (calles y plazas) y privada, (vivienda y edificios); concomitantemente era explotada en la substitución del motor a vapor de algunas industrias por el “motor a electricidad”.

La posibilidad de substituir las lamparas a Kerosene o vapor de carburo, por un elemento nuevo que no despedía gases tóxicos y por consiguiente limpia, abría una nueva forma de vida.

Esta explotación y el suministro de la electricidad, fue encarrada como emprendimientos comerciales privados, sin ninguna ingerencia del Poder Administrador. 105 201

Con la “masificación” del uso, las concepciones político-económicas imperantes en la época, la explotación de la industria eléctrica fue sufriendo Su evolución directamente vinculadas al campo del derecho:

a) mediante “concesiones” del estado a favor de empresas privadas especialmente constituidas al efecto.

b) bajo la forma de industria, con reglamentación estricta y control de Estado.

c) Por el sistema de nacionalización, es decir, explotación directa por el Estado, o

d) por la “municipalización”, de este servicio, vale decir, a cargo de los Municipios.

En nuestro país el proceso de explotación de la industria eléctrica, se siguió las mismas evoluciones sucesivas de esas ideas políticas-económicas de cada época.

El proceso legislativo ocurrido en el Paraguay se indica en el apartado II-1 siguiente.

6. Evolución del Derecho de la electricidad.

Walter T. Alvarez (op. citada) reseña que en Alemania se inicia la investigación jurídica sobre la electricidad desde 1898 con Blass hasta alcanzar a los especialistas mas recientes como Ecser Fischer, Bornes, Hase, Willens, Ludmig, Cordt, Stech.

El “Institut für Energierecht” de Colonia divulga trimestralmente publicaciones sobre el tema.

En Francia -según el mismo autor citado- aún cuando no contaba con su código de Electricidad, desde 1927 ya se reconocía que la electricidad hacia parte de un dominio explorado parcialmente en el derecho y se hablaba de un Abogado especialmente en electricidad. A. Colliard quien, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Grenoble, fundó un Instituto de Hulla Blanca, en donde, la electricidad es estudiada también como materia pertinente de las ciencias jurídicas. Este Instituto fue fundado en 1943 por el antiguo Profesor de Derecho Andre PePy de la Facultad de Grenoble y, en 1950, Ministro de la Corte de Casación. Colliard, reconoce a este último la reputación de ser uno de los especialistas más destacados del Derecho de la Electricidad. En el presente, dicho Instituto adquirió nuevas dimensiones y se denomina “Institut Economique et Juridique de l'Energie”. Cita, luego una larga nómina de juristas franceses que, durante los últimos 50 años se dedicaron a estudiar las relaciones jurídicas provenientes de la electricidad y de la industria eléctrica.

En el Brasil, el 8 de setiembre de 1944, el Consejero Julio Galliez Filho utilizó por primera vez la expresión: “Derecho de la electricidad”. Ese mismo año, el Prof. Admastor Lima de la Facultad de Derecho de Rio de Janeiro fundaba la “Revista de Derecho Eléctrico” y daba a publicidad varios artículos respecto a la electricidad y el Derecho. El Prof. Clovis Babilacqua, el 27 de enero de 1944 escribióle una carta en donde decía: “excelente su artículo desbrozador del camino que lleva a la construcción definitiva del Derecho Electrico”.

En 1955 Walter T. Alvarez publicó su primer libro denominado “Direito da Electricidade”; en 1962, el mismo autor publicó “Instituições de Direito da Eletricidade” (2 vols, Belo Horizonte), en 1965, obtuvo apoyo para fundar el “Instituto de Direito da Electricidade” (IDE) en la Universidad Católica de Minas Gerais.

La reseña comentaba precedentemente, termina señalando: “Esa elaboracion doctrinaria sumariamente referida es solamente una demostración de que, desde fines del siglo XIX a esta parte, la electricidad se desenvolvió de manera tan sorprendente a punto de

resultar ahora razonable la verificación de si no habría traspasado los límites, que convencionalmente se denomina Derecho Privado”.

II - PARTE ESPECÍFICA

1- Reseña Legislativa en materia de electricidad en el Paraguay

El 3 de mayo de 1872 el estado y la compañía “Asunción Tramway Light and Power Company”, celebró un contrato para el establecimiento de un sistema de transporte de tranvías para la ciudad de Asunción. “Este contrato fue ampliado y modificado por decretos del P.E. de los años 1884 y 1887, en virtud de los cuales dicha institución puso en circulación billetes de CENTAVOS, como si fuera un Banco”. (Fernández Pedro - Análisis de la Historia Bancaria y Monetaria del Paraguay, año 1982, pág. 25). Por Ley de fecha 12 de setiembre de 1890, se autorizó “al doctor Silvio Andreuzzi para establecer una usina en la capital con exclusividad, durante veinticinco años a partir de la fecha de su inauguración” (..)” La Ley concesionaria establecía el plazo de diez y ocho meses para la inauguración del servicio, plazo que fue prorrogado por seis meses más por la Ley del 15 de mayo de 1891” (PEÑA VILLAMIL, MANUEL- La concesión de Servicios Públicos-Doctrina y Legislación. Ed. Lapacho- 1957, pág. 181).

“Ley autorizando a los señores Gatti tender cables por medio de postes para luz y fuerza motriz a electricidad en la ciudad” (1903. Registro Oficial, pág. 225).

El 30 de agosto de 1906 se transcribe en la “Colección Legislativa” (pág. 17) la “Ley que autoriza al Poder Ejecutivo para otorgar concesiones para establecer aguas corrientes, cloacas domiciliarias, alumbrado y tranvías eléctricos”.

“La Revista Municipal” de noviembre de 1916 (pág. 68/69) publica que, el 29 de abril de 1909 se dictaron las “Modificaciones de la Ley sobre obras de salubridad, red de cables, usinas y tranway eléctricos”.

El 7 de Diciembre de 1910 fue promulgada la Ley de “Concesiones de Usinas y Tranvías ELÉCTRICOS. Concediendo al señor Juan Carosio el Derecho de Construir y explotar una red de tranvías eléctricos en la capital y pueblos circunvecinos” (Revista Municipal - Mayo 1935, págs. I PIV)

Por Ley promulgada en esa misma fecha se ampliaron los artículos 16 y 20 de la mencionada Ley; el artículo modificado expresaba: “El término por el cual la Municipalidad de la Capital se obliga a tomar de la Empresa de energía y luz eléctrica, será de treinta años a contar desde la fecha de la promulgación de la Ley (Revista Municipal Jul/Set. 1921, pág. 23).

Los derechos y obligaciones establecidos por la Ley del 7 de Diciembre de 1910 y sus modificaciones, fueron transferidos por el señor Juan Carosio a favor de la empresa denominada “Asunción tranway Light & Power Company Limited” (Revista Municipal Jul/Dic. 1913 pág.12).

El 12 de junio de 1914, se promulgó la Ley N° 74, estableciendo impuesto de alumbrado y limpieza” (Revista Municipal - Jul/Dic 1914 pág. 4).

El 17 de setiembre de 1917, se promulgó la Ley N°268, “de Concesión para el establecimiento de puna usina Le endos en la ciudad de Concepción”.

Por Decreto N°880 del 24 de Febrero de 1919, se autorizó a la empresa “Asunción. Tranway Light & Power Co. (A.T.L.P.C. Ltda.) a transferir la concesión otorgada por Ley del 7 de diciembre de 1910 a favor de las Compañía Americana de Luz y Tracción”.

Por Ley N° 387 del 8 de enero de 1920, se amplió la concesión a la Compañía Americana de Luz y Tracción” (Registro Oficial 1920 -pag. 8 y 9).

Por Decreto N° 12435 del 21 de octubre de 1920, se reglamentó la Ley del 7 de diciembre de 1910.

Por Decreto N° 15609 del 14 de Febrero de 1923, se modificó y amplió el decreto N° 12435 del 21 de octubre de 1920 (Registro Oficial 1923- pag. 8).

El 31 de Octubre de 1924, se promulgó la Ley N° 686 “que modifica la Ley Impuestos Municipales del 30 de marzo de 1909 y el inc. 12 del artículo 1o de la Ley N° 74 del 12 de junio de 1914” sobre impuestos Municipales por servicios de alumbrado barrido y limpieza (Revista Municipal - Agosto/octubre 1924- pag. 8).

Por Decreto N° 31665 del 22 de Octubre de 1928, la Compañía Americana de Luz y Tracción fue autorizada para tender fuera de la zona densamente poblada de la Capital líneas eléctricas con cables aéreos de alta tensión “(Registro Oficial - pag. 916)

El Decreto N° 43599 del 7 de mayo de 1932 autorizó a la Compañía Americana de Luz y tracción a tender una línea aérea de alta tensión de la Sub-estación N° 21 (Trinidad) hasta el Pueblo de Luque (Registro Oficial, año pag. 428). Este Decreto fue modificado por el N° 44360 del 19 de julio de 1932, y por el Decreto N° 44373 del 21 de julio del mismo año.

El Decreto N° 7603 del 18 de Diciembre de 1936, facultó a la Compañía Americana de Luz y Tracción a aumentar, con carácter provisorio, las tarifas de provisión de energía eléctrica hasta un veinte y cinco por ciento sobre el importe en curso legal de las tarifas entonces en vigencia. (Registro Oficial- 1936).

Por Decreto N° 7641 del 23 de junio de 1938 se constituyó una comisión encargada de estudiar la municipalización de los Servicios Tranviarios y el suministro de luz y energía eléctrica.

Por Decreto N° 13075 del 11 de abril de 1946 se aprobó el reglamento para instalaciones alámbricas dentro de la franja de los caminos de la República (Registro Oficial 1946 - pag. 488/9/90).

Por Decreto N° 24506 del 19 de enero de 1948, se constituyó una Comisión encargada del estudio de la propuesta de transferencia

hecha al estado por la Compañía Americana de luz y Tracción (Registro Oficial/- 1948- pag. 102).

Por Decreto N° 25624 (bis) del 20 de marzo de 1948 se creó una Administración adjunta a la Compañía Americana de Luz y Tracción.

Por Ley N° 16 del 13 de agosto de 1948, se nacionalizaron los servicios de electricidad y tranvías, en la ciudad de Asunción, pueblos vecinos y Luque, mediante la adquisición por el Estado de las instalaciones, bienes y existencias de propiedad de la Compañía Americana de Luz y Tracción.

Por Decreto N° 802 del 19 de Octubre de 1948 se estableció el régimen provisorio de administración de la C.A.L.T. en la explotación de los servicios públicos de electricidad y tranvías.

La Resolución N° 478 del 22 de Noviembre de 1948, dictada por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones resolvió denominar “Administración Nacional de Electricidad (A.N.D.E.)” a los servicios públicos nacionalizados por la ley N° 616 del 16 del 13 de agosto de 1948.

Por Decreto N° 3161 del 29 de Marzo de 1949 se creó la Administración Nacional de Electricidad y se estableció su régimen provisorio.

Por Decreto-Ley N° 2340 del 30 de diciembre de 1950, se creó la “Dirección General de Empresas Públicas Transporte, telecomunicaciones y el electricidad”.

Por Ley N° 274 del 2 de Agosto de 1955 se aprobó el Decreto-Ley N° 2340 del 30 de diciembre de 1950.

Por Ley N° 287 del 7 de setiembre de 1955 se concedió a la Municipalidad de Villarrica la facultad de otorgar el Derecho de construir y explotar una usina productora de energía eléctrica. Dicho Municipio contrató con la “Compañía de Luz y Fuerza S.A. (CLYFSA)”.

Por Ley N° 302 del 31 de Octubre de 1955 se confirió a la Administración Nacional de Electricidad los servicios de Alumbrado Público y de Revisión de Instalaciones eléctricas.

Por Ley N° 385 del 31 de Agosto de 1956 se autorizó a la Municipalidad de la ciudad de Encarnación a contratar la concesión para la prestación del servicio pública energía eléctrica.

Por Decreto Ley N° 138 del 30 de Marzo de 1956, se concedió a la Municipalidad de Ypacarai la facultad de otorgar a la firma Vargas Peña y Co. S. en C. La Concesión para la provisión de energía eléctrica para servicio público y privado.

NOTA: como puede apreciarse, la actividad legislativa y administrativa del país en lo referente a la regulación jurídica del servicio eléctrico, -sin haberse citado a todas- es abundante.

2. Características salientes de las Concesiones

Las leyes concesionarias han mantenido a a través del tiempo algunas semejanzas:

a) Concesión en exclusividad, dentro de un territorio coincidente con el Municipio respectivo.

b) Tarifas pre-establecidas del Kwh, en moneda de “curso legal”, pero referida a una moneda de cuenta (ccmo el peso oro). Es un adelanto significativo en la formulación de estas concesiones la Ley N° 287 del 7 de setiembre de 1955, en donde la tarifa electrica debía ser establecida según las alteraciones que sufriere el salario mínimo, el combustible gas-oil y la previsión de una rentabilidad para la Concesionaria.

c) La exoneración de todos los impuestos fiscales y municipales.

d) El derecho al uso gratuito del suelo y espacio aéreo de las áreas del dominio público o de edificios privados para tender líneas de distribución eléctrica.

e) La cesión o transferencia gratuita de un predio para la ubicación de las máquinas generadoras por todo el tiempo que dure la concesión.

f) Plazos de duración de la concesión, renovables por uno o más periodos iguales.

g) El suministro del servicio de alumbrado público

h) El pago a la Concesionaria del servicio de alumbrado público por parte de la Municipalidad y cobro del mismo servicio a los propietarios de inmuebles beneficiados. Las características señales, fueron evolucionando en el transcurso del tiempo, siempre con frecuentes enfrentamientos entre las Municipalidades y sus Concesionarias. Tales enfrentamientos siempre tuvieron por causa interpretación irreconciliable, a veces, entre el Concedente y el Concesionario, sobre el alcance de algunas disposiciones legales que estaban contenidas en cada Ley especial.

3. Política y Administración de la energía eléctrica.

La función de un Gobierno implica discernir los fines que se desean alcanzar, los medios que cuenta para cumplir esos fines, entre los que juegan papeles preponderantes el plazo o tiempo y el costo.

En nuestro país era en 1960 y es todavía en 1987, en una necesidad imperiosa el gran parte de su territorio, contar con el abastecimiento de energía eléctrica.

En el campo de la política, la fórmula encontrada fué la de crear instituciones que, con el tiempo debían alcanzar un alto grado de especialización en las funciones que iban a serle asignadas: así, en los importantes servicios públicos de interés primordial para la población: agua, energía eléctrica y telecomunicaciones. Esto último en función de un claro objetivo: la división del trabajo.

La fórmula de la “autarquía” del Derecho Administrativo parecía ser la más potable.

Se impuso pues el gobierno, el objeto primordial de satisfacer en forma adecuada las necesidades de energía eléctrica del país, con el fin de promover su desarrollo económico y el bienestar de la población, mediante el aprovechamiento preferente de los recursos naturales de la Nación.

Tal es, exactamente el objeto primordial asignado a la ANDE, según está prescripto en el art. 5o, primer párrafo, de la Ley N° 966/64.

Es materia de la ciencia de la Administración -no de la política gubernamental- el cumplimiento de aquellos fines, mediante la aplicación de las atribuciones que ha contemplado expresamente la mencionada ley.

Por último, cabe mencionar que, la Administración del ente creado, no puede alterar las metas políticas que le fueran fijadas por el estado, aunque este, podrá modificar Su concepción política según las circunstancias que considere oportunas en un momento dado, para lo cual, procederá a la adecuación de las normas legales y, el objeto de aquél, habríase a su vez, adecuado a tales nuevas “políticas”

4. Antecedentes fácticos de la promulgación de la Ley N° 966/64

La empresa ANDE, formada sobre las debiles bases de la Compañía Americana de Luz y Tracción fue creciendo lenta- mente hasta 1959.

Para este tiempo se contaba apenas con 40.000 Kilowatios disponibles para un territorio de más de 400.000 Kilómetros cuadrados. Los altos costos de las usings térmicas y la importación de combustibles a través de extensas rutas, hacían cada vez más imperiosa la utilización de las fuentes hidráulicas.

Esto último requería de estudios inobjetables de factibilidad técnica-económica y financiera para interesar en el proyecto a las

instituciones financieras internacionales tradicionales. Por aquél entonces la capacidad de endeudamiento del país era insuficiente. era insuficiente.

La nueva institución Financiera que acababa de fundarse, el Banco Interamericano de Desarrollo, del cual, el Paraguay es miembro fundador, entre junio y diciembre de 1962, otorgó dos préstamos: uno por 70.000 U\$S y otro por 400.000 U\$S que pagaron el estudio de factibilidad del proyecto y la preparación de especificaciones y diseños para saber con exactitud cuanto se iba a gastar y en qué. Así surgió el proyecto ejecutivo de la central hidroeléctrica del río Aca-ray.

Las Instituciones financieras que por sobre todo exigen seguridad en la recuperación de sus financiamientos, vieron la necesidad de dotar a la empresa ANDE, de los estatutos jurídicos inobjetables. El Gobierno del Paraguay coincidió con aquellos requerimientos básicos y llevó al parlamento el ante proyecto de la Ley orgánica de la “nueva” Institución, la que luego de árduas discusiones en ese recinto culminó con el sancionamiento de las disposiciones de la Ley N° 966/64, promulgada el 12 de agosto de 1964.

Las experimentaciones hechas en otros países sobre los distintos modelos de organización no siempre perfectos y de consecuencias perniciosas con altos costos sociales sirvieron a los legisladores paraguayos se fuente de inspiración para la sanción de dicha ley.

Nunca se rindió un homenaje a los visionarios juristas que se dedicaron en cuerpo y alma al estudio de esa Ley. Una lectura del Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Representantes que comprende desde el N° 32 hasta el N° 35 inclusive de Agosto de 1964, son los testimonios del esfuerzo desplegado por aquellos legisladores

A la luz de los resultados que se están viendo en 1987, se puede afirmar que aquellos representantes del pueblo en 1964, han deliberado con visión de futuro, y gran espíritu de justicia y equidad.

5. De la naturaleza jurídica de la ANDE

El art. 1° de la Ley N° 966/64, establece que “la Administración Nacional de Electricidad (ANDE) se sujetará a las disposiciones de la presente Ley, a las demás normas legales pertenecientes y a las resoluciones de su Consejo de Administración”. “Es una Institución autárquica, descentralizada de la Administración Pública, de duración limitada y patrimonio propio. Estará sujeta a disposiciones civiles y comerciales comunes, en todo lo que no estuviere en oposición a las normas contenidas en la presente Ley” (art. 2°). “Tendrá su domicilio en ciudad de Asunción. Solamente los juzgados y tribunales de la Capital tendrán competencia para conocer los asuntos judiciales en que ANDE actúe como demanda” (art. 3°).

Para evitar remisiones y transcripciones de la Ley del caso, es atinente resaltar en este trabajo, las normas jurídicas que contiene y que se incorporaran como disposiciones nuevas y distintas al Derecho positivo común.

6. Relaciones con el usuario

El art. 101° establece: “A los efectos legales es usuario o consumidor, la persona natural o jurídica que, habiendo suscrito un contrato o solicitud de abastecimiento, recibe de ANDE el servicio de energía eléctrica. Los contratos y solicitudes son intrasferibles”.

Esta disposición es concordante con el art. 96° -Capítulo X- de las condiciones de Abastecimiento de energía eléctrica y Alumbrado Público que determina: “ANDE está obligada a suministrar el servicio de energía eléctrica a quien lo solicite, siempre que la capacidad y características de sus instalaciones de abastecimiento lo permitan, y se cumplan, en cada caso, las condiciones señaladas en los artículos siguientes de este capítulo”.

De las disposiciones precedentemente transcritas se desprenden que, el usuario de la ANDE, no es el “usuario” que define el Código Civil Argentino (arts. 2948 al 2969) ni el de los artículos 2280 al

2293 del Código Civil Paraguayo. Es pues, a nuestro criterio, una figura jurídica más atinente al Derecho Administrativo que el Derecho privado; aunque participa de los caracteres de cada una de estas materias.

Las normas que provienen del Derecho Público están subsumidas en los artículos 1050, 106, 1079 y 113° de la Ley N° 966/64.

Por otra parte, podrían ser señaladas -al solo fin académico- algunas coincidencias de la doctrina, referente a los contratos de adhesión del Derecho privado común.

El legislador no incluyó como requisito para ser usuario de la ANDE, la necesidad de acreditar previamente derechos de dominio sobre el inmueble para el cual solicita la conexión del servicio de suministro. Decisión legislativa muy apropiada para nuestro medio social, en lo que respecta a una inveterada costumbre popular del ejercicio de posesiones inmobiliarias sin ninguna clase de documentos.

7. La servidumbre de electroducto - El Artículo 2212 del Código Civil Paraguayo

Otra institución jurídica, enteramente nueva en el Derecho positivo de la república es la denominada “servidumbre de electroducto”, cuyos alcances están legislados en el título VIII- De las Condiciones y Privilegios.

Esta Institución está sustentada en el concepto de la “solidaridad social” (art. 127 de la C.N.) y en la disposición constitucional (art. 96) que fija el contenido y límites de la propiedad privada “atendiendo su función económica y social”. El Código Civil Paraguayo (Ley N° 1183 del 23 de diciembre de 1985) en su artículo 2212 incorporó a ese cuerpo legal la servidumbre de electroducto para el propietario sobre la “obligación a dar paso por sus fundos a las líneas de conducción eléctrica de conformidad con las leyes especiales relativas a esta materia”. Se completó así, una sentida necesidad sobre el tema.

La Ley N° 976 del 17 de diciembre de 1982, ampliatoria de la Ley N° 966/64, estableció los anchos máximos para las franjas de seguridad y de servicio en los inmuebles sujetos a la servidumbre de electroducto. (art. 1°). Amplió las atribuciones de la ANDE para demoler y retirar, por cuenta de los propietarios, las construcciones o edificaciones erigidas en contravención a la servidumbre de electroducto ya constituida. Las disposiciones de esta última ley mencionada dotaron al servicio público a cargo de la ANDE, de la protección legal necesaria para evitar interrupciones “provocadas” en el abastecimiento a la población y cuyas restituciones pudieran haber estado sujetas a interminables actuaciones judiciales contra propietarios individuales remisos.

8. La reponsabilidad por daños y perjuicios

El artículo 123° de la Ley N° 966/64, establece: “ANDE y su personal no serán responsables por daños, perjuicios o accidentes causados por el contacto voluntario o accidental de personas, animales o cosas con los conductores de sus redes e instalaciones abastecedoras, a menos que se demuestre negligencia o malicia por parte del personal de la empresa”.

Es una clara disposición legal modificatoria de los criterios de determinación de la responsabilidad civil que contenía el Código anteriormente vigente.

En virtud del art. 1849 del Código Civil Paraguayo, las disposiciones contenidas en el Capítulo III “de la responsabilidad sin culpa”, aquella disposición contenida en el art. 123° de la Ley N° 966/64, permanece vigente y aplicable en toda su extensión.

A raíz de decisiones judiciales, que pasaron por alto la aplicación de la Ley N° 966/64, sobre algunos casos de responsabilidad civil atribuida a la ANDE por contactos eléctricos voluntarios o accidentales con las redes abastecimientos de aquellas, las leyes aprobatorias y ratificadoras de los Convenios suscriptos entre la ANDE y el

Banco Interamericano de Desarrollo (BID) o el Gobierno de la República del Paraguay y dicho Banco, pero siempre y en cada caso, garantizados por el Gobierno de la República, se han incorporado a la legislación positiva las disposiciones legales siguientes: “ARTÍCULO IV - Incumplimiento de obligaciones del deudor.

“ARTÍCULO IV - Incumplimiento de obligaciones del deudor. Sección 4.01. Suspensión de desembolsos. El Administrador (BID) podrá suspender los desembolsos si surge y mientras subsista alguna de las circunstancias siguientes: (...)

e) Cualquier modificación en la naturaleza, patrimonio, finalidad y facultades del Deudor (ANDE) o cualquier cambio sustancial que se introdujere en la Ley N° 966 del 12 de Agosto de 1964 y/o en el régimen de exenciones tributarias de que goza el Deudor que afectaren desfavorablemente el Proyecto o los propósitos de este Contrato”.

4.02. Vencimiento anticipado: Si alguna de las circunstancias previstas en las letras a) y b) de la sección anterior se prolongare más de treinta días, o si después de la correspondiente notificación se prolongare más de (60) sesenta días, el Administrador, en cualquier momento, sea antes o después del desembolso total del Préstamo o parte de él”. (Ley contrato de Préstamo 1 KD-PR, suscripto contrato como “Administrador” del Fondo del Reino Unido para Desarrollo de América Latina).

Iguales términos a los transcritos contiene la ley contrato referente al N° 304 SF-PR suscripto entre la ANDE y el BID en la misma fecha que el anterior citado (7 de octubre de 1971) con la variante de que la Sección 4.01.e) está ubicada bajo el mismo artículo y Sección, pero en el inc. d)”. Estos dos Contratos mencionados anteriormente fueron aprobados y ratificados por la Ley N° 331 de fecha 4 de diciembre de 1971.

Las condiciones generales (Anexo “B”), bajo el mismo título y semejantes términos y efectos se tienen en las Leyes N° 517 del 18 de julio de 1975 que aprueba y ratifica el convenio de Préstamo N°

419 SF-PR; N° 997 del 1o de julio de 1983 que aprueba y ratifica los convenios de Préstamos N° 703 DF-PR y 133 IC-PR (por citar los de más largo alcance en el tiempo).

El desconocimiento de las autoridades administrativas y los jueces de Derecho, sobre el alcance de estas disposiciones transcritas en los casos concretos sometidos a su consideración pueden acarrear a la ANDE, al Gobierno de la República y consiguientemente para todo el país, consecuencias perniciosas inimaginables.

La estabilidad institucional que persiguen las entidades financieras internacionales, y que fueron incorporadas a la legislación positiva del país, en una suerte de ratificaciones a nivel de tratados internacionales, han permitido a la ANDE, por otra parte, ser protagonista válida de otros tratados internacionales como los de Itaipú y Yacyretá, sobre las que, se omiten por esta vez algunas referencias que hubieran resultado útiles, a los fines de esta publicación y que desde luego requieren de espacios muy extensos.

9. La Tarifa eléctrica:

El art. 85° de la Ley N° 966/64 establece que: “Las tarifas se determinarán en forma tal que los ingresos resultantes de su aplicación permitan a ANDE cubrir todos los gastos de explotación y obtener una rentabilidad razonable sobre las inversiones afectadas a las actividades de abastecimiento eléctrico, con el objeto de asegurar a la empresa la disponibilidad de los recursos necesarios para la atención de sus deudas y para la normal expansión de sus servicios”.

Las tarifas serán fijadas en base al presupuesto explotación de modo que produzcan un Ingreso Neto anual no inferior al 8% ni superior al 10% de la Inversión inmovilizada vigente durante el ejercicio (art.88 - Ley N° 966/64) Las definiciones de “Ingreso Neto”, “Gastos de Explotación” e “Inversión inmovilizada” están contenidas en el art. 860 de la misma Ley.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ELECTRICIDAD EN EL PARAGUAY.

El art. 910 -Ley N° 966/64- dispone que, para la elaboración de las tarifas se tomará en cuenta el objeto y modalidad de los consumos, las características técnicas del suministro y la capacidad económica de los consumidores. Así mismo que se deben establecer distintos grupos de consumo, tales como: residencial o doméstico, comercial y rural.

El art. 92° expresa que al aplicar las tarifas no podrán discriminarse entre consumidores de naturaleza similar, clasificables en un mismo grupo.

Las reparticiones gubernamentales que están sostenidas exclusivamente con fondos asignados en el Presupuesto General de Gastos de la Nación y las dependencias municipales servidas directamente por ANDE, gozarán de descuento, de modo que los valores que se facturan cubran solamente los gastos de explotación asignable a ese suministro. Las dependencias que tengan derecho al descuento mencionado, derecho al descuento mencionado, obtendrán, en cada caso, la aprobación del Poder Ejecutivo previ informe técnico de ANDE (art. 940 - Ley N° 966/64).

ANDE podrá establecer y aplicar tarifas especiales por ejecución y retiro de acometidas, conexión y la reconexión de servicios, a sus clientes (art. 95° - Ley N° 966/64).

La tarifa que percibe la ANDE por el servicio del alumbrado público se determina de conformidad a los artículos 84 y sgtes. de la Ley.

El importe del servicio liquidado por la zona servida será pagado por los propietarios beneficiados o el ocupante por cuenta del propietario, en proporción al frente de sus respectivas propiedades.

Están exonerados del importe liquidado por este servicio los inmuebles del dominio público y privado del Estado, de las Municipalidades y las propiedades de la Iglesia Católica Romana (art. 1190 - Ley N° 966/64).

Es frecuente en nuestro medio la confusión entre “Tasas” y “Tarifas” las tasas están destinadas a cubrir costos; las tarifas deben permitir una rentabilidad razonable (art. 850 Ley N° 966/64).

La “Tasa” proviene de la autoridad del Estado o quien expresamente fué autorizado para constituir las; la ANDE no es el Estado y por consiguiente no puede establecer “Tasa” es institución del Derecho Público Impositivo; el servicio es competencia del Derecho Privado; mientras aquella aplica criterios del Derecho Impositivo, esta última responde a cuestiones financieras y económicas de la Ciencia de la Administración.

10. El abastecimiento de la energía eléctrica y el Derecho Penal

Como hemos visto más arriba (I-3) no es coincidente la opinión de los físicos y los juristas que los siguen para considerar a la energía eléctrica como “cosa”.

En nuestro país, se estableció la definición legal de la misma en el art. 120° de la Ley N° 966/64 en los términos siguiente: “La energía eléctrica producida, controlada y regulada por personas de carácter público o privado, es una cosa mueble susceptible de comercio por los medios que autorizan las leyes comunes”. Es obvio que la discusión académica continúa hasta nuestros tiempos, pero, el Congreso Nacional que sancionó la Ley, se adhirió a la doctrina que la define jurídicamente así.

Para garantizar la eficacia del servicio que presta la ANDE y lograr la buena conservación y la seguridad de las instalaciones está prohibido: ejercer cualquier acción, intervención o maniobra no autorizada en las instalaciones abastecedoras de la ANDE; la obtención de energía eléctrica por medios ilícitos, tales como, conexiones fraudulentas a las redes de distribución, derivaciones de acometidas existentes y manipulación de medidores; el abastecimiento clandestino a terceros por parte del usuario a través de sus propias instalaciones y, el aumento por parte del usuario de la potencia autorizada por la ANDE (art. 1219 Ley No 966/64).

El art. 1220 primera parte, determina que, “quienes violaren cualesquiera de las prohibiciones establecidas en el artículo anterior, quedarán sujetas a las sanciones que al efecto consulte el Código Penal”.

La apropiación ilícita de la energía eléctrica por parte de los consumidores clandestinos, ha sido equiparada en nuestros Tribunales al delito de Hurto.

Estimamos que el estudio de la actualización del Código Penal vigente, debería contemplar la revisión de los artículos 255, 265, 282, 283 y 411 de dicho cuerpo legal.

Los daños provocados contra las instalaciones abastecedoras implican para el servicio de abastecimiento de energía eléctrica ingentes perjuicios a los usuarios o consumidores y a las empresas abastecedoras.

11. Leyes complementarias de la Ley N° 966/64

Integran el Derecho positivo nacional las leyes mencionadas en los apartados II-7 Y II- 8.

Asímismo, la ANDE se rige en parte por la Ley N° 14/68 relativa al Presupuesto General de la Nación y las leyes modificatorias de esta última sobre el mismo tema, 359/72 y N° 553/75.

En virtud de la Ley N° 1035/83 “que modifica disposiciones de la Ley N° 69/68 de impuesto a las ventas de mercaderías y establece el impuesto a los servicios” la ANDE actúa como agente de retención de los servicios enumerados en el art. 4° de la misma Ley.

En su carácter de Institución empleadora, le son aplicables las leyes que rigen para el Seguro social obligatorio (decreto-Ley N° 1860/50 aprobado por Ley N° 375/56; Ley N° 1085/57; Ley 427/73) y por las disposiciones atinentes a la creación del Banco Nacional de Trabajadores (Ley N° 423/73 y N° 1229/86). Asimismo, en lo atinente a la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la ANDE (Ley N° 71/68; Ley N° 1042/83).

Tratado entre la República del Paraguay y la República Federativa del Brasil para el aprovechamiento hiroeléctrico de los recursos Hidráulicos del río Paraná perteneciente en condominio a los dos países, desde e inclusive el Salto del Guairá o Salto Grande de Sete Quedas hasta la boca del río Yguazú (Arpboado y ratificado por Ley N° 389 del 11 de julio de 1973).

Tratado de Yacyretá (Aprobado y ratifiado por Ley N° 433 del 28 de diciembre de 1973).

12. CONCLUSIÓN

Como se desprende de tan apretada síntesis de los aspectos aquí enfocados, todavía quea mucho por decir del régimen jurídico de la electricidad.

Hemos omitido deliberadamente por razones de espacio y de método el referirnos a los aspectos filosóficos doctrinarios y económicos que en otras partes del munto ya son estudiados sistemáticamente, como materias integranes del curriculum universitario de la ciencia del Derecho.

Asimismo, coo todo servicio público, el abastecimiento eléctrico esta estrechamente vinculado a otros campos específicos del derecho, como el Municipal, Rural- por citar los más actuales- y que deben ser objeto de profudndas revisiones.

Las circunstancias actuales del país, ofrecen hoy mejores perspectivas para estudiar el tema que treinta años atrás. En ese lapso muchísimo se ha hecho, pero, aún queda mucho por hacer en el Paraguay.



La celeridad como presupuesto básico para la realización de la justicia

Dr. Antonio Escobar Cantero¹

INTRODUCCIÓN.

No existe en el mundo jurídico peor mal que una justicia que llega tarde, por lo que se ha llegado a afirmar que tal justicia deja de serlo por tal circunstancia.

En cuántas oportunidades hemos sido protagonistas del triste episodio de dictar una sentencia absolutoria en donde el procesado ya llevaba guardado muchos años de Penitenciaría. Recuerdo como Magistrado Judicial y estamos en función del Juzgado del 6º Turno en lo Criminal (de 1ª. Instancia) que un procesado por el supuesto delito de homicidio lleva nueve años en prisión, cuando se dictó la sentencia que lo absolvía de culpa y pena, resolución que fue confirmada por la Excma. Cámara de Apelación en lo Criminal. No hace mucho hemos dictado un Acuerdo y Sentencia en la que se absolvía de culpa y pena a una procesada que llevaba varios años en la “Casa del Buen Pastor”. En fin, estas son las excepciones que nos recuerdan que debemos preocuparnos por ese principio general del Derecho que es la Celeridad en un juicio criminal y lo que ello significa. Seguramente, sobre el mismo tema se harán muchas preguntas los estudiosos, preguntas tales como: ¿Quién carga con los daños y perjuicios que por la tardanza de la justicia se ha ocasionado al ciudadano?... y finalmente: ¿quién es el culpable? Muchos creerán que es el Juez de la causa, pero yo puedo afirmar categóricamente que no es así. Entonces cabe la otra pregunta: ¿Es por causa de la Ley procesal que

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 19-1987.

Miembro del Tribunal de Apelación en lo Criminal -3ra. Sala-

sirve de norma para la tramitación de los expedientes? He ahí el quid de la cuestión...

Nicola Francmarino hace casi un siglo ha afirmado con respecto a la pena de que esta reside en la defensa del Derecho y su finalidad consiste en la reafirmación de la tranquilidad social. “Frente al derecho que tiene la sociedad ofendida a que se castigue al delincuente, existe en todo juicio penal el derecho del reo a no ser castigado, si no es responsable... si bien es cierto que la sociedad ofendida tiene el derecho del castigo del criminal, esto no puede llevarse a extremo de afirmar que tiene también derecho a que inmole una víctima en su altar, sea dicha víctima culpable o inocente... Si se tiene en cuenta la tranquilidad social a que debe estar encaminada, la pena no puede servir para esa finalidad sino cuando se castiga a quien es verdaderamente culpable (Nicola Francmarino - Lógica de las Pruebas en materia penal” Vol. I).

Consecuentemente con tales principios, deberá imprimirse la debida celeridad a los procesos y para tal efecto, ¿contamos con una ley procesal suficientemente idónea? ¿Los juzgadores de Primera Instancia y los Tribunales imprimen el suficiente dinamismo para concretar tal ideal?...

LEY DE PREVENCIÓN POLICIAL.

Revisando los anales de nuestro ordenamiento jurídico vemos que la cuestión planteada no es nada nuevo. Los mismos problemas, por lo visto, aquejaban ya, a los hombres de derecho de la década del cuarenta por lo que el 18 de diciembre de 1945 por Dto.-Ley N° 11.321 se instituyó un instrumento jurídico para tratar de solucionar tales problemas. Tal disposición se refiere al sumario de prevención por funcionarios policiales cuyo texto es como sigue:

Asunción, 18 de Diciembre de 1945.

CONSIDERANDO: Que ocupa lugar preferente entre los fines del estado el establecimiento de una justicia cuya eficacia y celeridad constituya una garantía permanente para el orden social.

LA CELERIDAD COMO PRESUPUESTO BÁSICO
PARA LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Que las estadísticas judiciales y las observaciones deponen en evidencia derivadas de las visitas de cárceles, que el número de reclusos con sentencia firme es considerablemente inferior al de los simples procesados con causas pendientes de resolución definitiva, cuyos procesos exceden en muchos casos los términos señalados para su duración por las leyes procesales.

Que los hechos anotados derivan por lo general, entre otras causas, de las dificultades con que tropiezan los magistrados encargados de la instrucción de los sumarios en presencia de una información remitida tardíamente al Juzgado de turno, con insuficiencia de datos, desaparición de los instrumentos del delito o de las huellas materiales dejadas por el mismo, vale decir, sin la reunión de los elementos indispensables para la caracterización de las infracciones penales.

Que la ausencia de dichos elementos por otra parte, torna difícil el esclarecimiento de los delitos y determinan la prolongación de los sumarios, con grave daño para la sociedad, que no tiene la justicia que reclama. Que el Estado se ve obligado a costear la subsistencia de un gran número de reclusos de situación procesal incierta, con inobservancia de los términos judiciales; y para la administración de justicia, con la acumulación de causas que traban la acción de los Magistrados cuya voluntad y laboriosidad son impotentes para soslayar tan serias dificultades.

Que lo expuesto precedentemente determina la necesidad de instituir la prevención policial, como primera fase de la Policía Científica del futuro, que tanto auspicio encuentra en la doctrina como órgano de función preventiva y auxiliadora de la justicia:

POR TANTO, OIDO EL PARECER DEL EXCMO. CONSEJO DE ESTADO, EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, DECRETA CON FUERZA DE LEY:

Art. 1° Instituyese la Prevención Policial como forma de iniciación de los sumarios en los delitos de acción penal pública, en los casos en que la Policía llegare a tener conocimiento de la perpetración de los mismos por intervención de sus propios funcionarios.

Art. 2° El sumario se iniciará en el caso del Art. anterior con las diligencias y actuaciones practicadas por los funcionarios policiales encargados del proceso de prevención.

Art. 3° Los funcionarios de Policía que tuvieren conocimiento de un delito de acción penal pública lo participarán dentro de las veinte y cuatro horas, al Juez que se hallare de turno, a los efectos que crea conveniente dicho Magistrado.

Art. 4° Corresponde a los funcionarios encargados de la instrucción del sumario de prevención:

a) Recibir las denuncias sobre delitos cometidos en su jurisdicción e iniciar la investigación de los mismos,

b) Practicar sin demora las diligencias necesarias para hacer constar las huellas o restos aparentes del delito,

c) Proceder a la detención del presunto culpable,

d) Recoger las pruebas y demás antecedentes que puedan adquirir del hecho denunciado y practicar las diligencias necesarias para establecer su existencia y determinar los culpables,

e) Disponer que antes de practicarse las averiguaciones y exámenes a que debe procederse no haya alteración alguna en todo lo relativo al objeto del crimen y estado del lugar en que fue cometido.

f) Proceder a todos los exámenes, indagaciones y pesquisas que juzgaren necesarios, recibiendo las declaraciones de los ofendidos y los informes y datos de las personas que por razón del hecho puedan prestar declaración,

g) Secuestrar los instrumentos del delito o cualquier otro que pueda servir para el objeto de la investigación,

LA CELERIDAD COMO PRESUPUESTO BÁSICO
PARA LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

h) Conservar incomunicado al delincuente si la investigación criminal así lo exigiere, y

i) Impedir, si lo juzgaren conveniente, que ninguna persona se aparte del lugar del hecho del delito o adyacencias antes de concluir las diligencias de investigaciones.

Art. 5° La intervención conferida a los funcionarios de Policía en la prevención del sumario, cesará luego que se presente a formarlo el Juez a quien corresponda la instrucción. La Policía, sin embargo, continuará como auxiliar de este último, si este así lo dispusiere. Las diligencias practicadas, el instrumento y efecto del delito, y los delinquentes en caso de haber sido detenidos, serán puestos a disposición del Juez.

Art. 6° Los funcionarios encargados de formar e instruir el sumario de prevención podrán solicitar, si lo creyeren necesario, la intervención del médico de Policía y si este no fuere hallado, del Servicio Médico de Urgencia del Ministerio de Salud Pública y Previsión Social.

Art. 7° Los funcionarios de Policía deberán formar proceso con todas las diligencias que practicaren en la prevención del sumario.

Art. 8° El proceso de prevención deberá contener:

a) El lugar y fecha en que fue iniciado,

b) El nombre, profesión, estado y domicilio de cada una de las Personas que en él intervinieren,

c) Las declaraciones del ofendido, testigos, informes o dictámenes de los peritos y los resultados de cualquier diligencia tendiente a obtener el completo conocimiento del hecho reputado criminal y las circunstancias que han contribuir para la calificación del delito, y

d) Las firmas de todas las personas que intervinieren en el proceso, o la mención de los que no supieren o pudieren hacerlo.

Art. 9° En el sumario de prevención se observarán las mismas formalidades prescriptas para los jueces encargados de la instrucción de los sumarios.

Art. 10° La inobservancia de las disposiciones contenidas en este Decreto Ley, por parte de los funcionarios encargados de la formación de los sumarios, será motivo de amonestación o corrección disciplinaria, sin perjuicio de las acciones que correspondan a los damnificados.

Art. 11° Concluidas las diligencias urgentes del sumario de prevención, será remitido el proceso dentro del término de 48 horas al Juez competente por la Jefatura de Policía.

Art. 12° La jurisdicción que por este Decreto-Ley se acuerda a los funcionarios policiales, coincidirá con la jurisdicción policial de la Policía de la Capital.

Art. 13° Incorpórense las disposiciones de este Decreto-Ley al Libro Segundo, Título II, del Código de Procedimientos Penales.

Art. 14° Dese cuenta oportunamente a la Honorable Cámara de Representantes.

Art. 15° comuníquese, publíquese y dese al Registro Oficial.

HIGINIO MORÍNIGO

Amancio Pampliega

Como se podrá notar, esta disposición legal, en su objetivo final es de muy loable intención y trata de dar solución a una cuestión que hace tiempo aqueja a nuestro Poder Judicial y no es nada nuevo. Es decir, la primera objeción que podemos hacer sobre dicho instrumento jurídico es que quedó en la intención y el problema sigue subsistiendo. Analicemos pues, la causa.

En primer lugar, dicho Dto.-Ley adolece de un grave e insalvable defecto, cual es su inconstitucionalidad, pues como se ve sustrae

LA CELERIDAD COMO PRESUPUESTO BÁSICO PARA LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

a los jueces naturales, ordinarios, la jurisdicción que tienen al someter la instrucción del sumario de los supuestos encausados a una jurisdicción totalmente distinta, cual es la de los funcionarios policiales. Tamaño despropósito no podría prosperar y consecuencia en vez de imprimir celeridad a los procesos penales, estos por el contrario se volvieron o se vuelven más lentos por las excepciones de nulidad e inconstitucionalidad que se plantea en cada caso. Por tanto, ese es primer y el más grave escollo que se debe sortear para llegar a un feliz fin.

Sin la solución de tan grave inconveniente, cualquier estudio que se haga sobre la deficiencia o análisis y eficacia de tal Dto.-Ley, sería totalmente sin objetivo. Es por eso que debemos pensar, con la objetividad del caso, darle el carácter constitucional que corresponde.

UNA PROPUESTA CONCRETA:

El Cód. de Proc. Penales en su Art. 154 dispone: cuando a los dos meses de iniciados el sumario no se hubiese terminado... etc....” ¿En la práctica se da cumplimiento a esta disposición del C.P.P.? Puedo afirmar que no, por la imposibilidad material del recargo de los expedientes. En consecuencia, hay que partir de esta base y allí buscar la solución para avanzar en la cuestión que nos hemos propuesto.

Dijimos que el Dto.-Ley N° 11.321 que instituyó el sumario de prevención por funcionarios policiales es inconstitucional, porque sustrae a los jueces ordinarios, naturales, la jurisdicción que tiene por imperio de la Constitución Nacional y los Arts. 143, 144 y 151 del Cód. de Proc. Penales. Por tanto, el encargado de instruir el sumario y practicar todas las diligencias es el Juez y está dada en la misma Ley Procesal, lo único que hace falta es llevarlo a la práctica con la debida celeridad y en consecuencia dejará de tener vigencia las repetidas excepciones de nulidad a que recurren los interesados en prolongar los pleitos por encima del ideal de la celeridad.

Por último, nos atrevemos a sugerir, y atendiendo a nuestra experiencia personal, que el juzgado encargado de instruir el sumario, el que esté de turno, (sea cual fuere el delito a ser investigado) se constituya de inmediato en el lugar del hecho con su secretario y allí practique todas las diligencias que sean necesarios (indagatoria, testificales, reconstrucción del hecho, croquis del lugar del hecho, declaración informativa y otras diligencias) para que en el día tenga todo un cúmulo de elementos de juicios ya concluido, para elevar, dentro de los dos meses que la ley exige o mucho antes, el expediente al estado plenario.

De este modo, el espíritu que inspiró la Ley de Prevención Policial se hará constitucional practicado por el mismo Juez de la causa y la justicia habrá ganado:

1º) La celeridad.

2º) La inmediación, en donde el mismo juzgador se podrá cerciorar personalmente de todas las circunstancias que escapan de su percepción, cuando viene por el conducto del parte policial.

3º) Se obtendrá pruebas de primera magnitud y de primera hora que dará mayor luz para la justa aplicación de las leyes.

Hemos creído nuestro deber y en atención a nuestra experiencia en los Tribunales del Crimen, dar este breve comentario, que quizá sea objeto de un mayor estudio para cumplir uno de los postulados enunciado por nuestra actual administración de Justicia.



Justicia y eficiencia

Roberto O. Berizonce¹

1. La convocatoria y el temario.

Bajo tan significativo lema de “Justicia y eficiencia” se celebró un Utrecht, Holanda, entre los días 23 y 27 de agosto de 1987, una nueva edición -la octava- de los encuentros internacionales de los juristas nucleados en la International Association for Procedural Law, organización mundial cuyo Comité Ejecutivo integran los profesores Mauro CAPPELLETTI (Florencia, Italia), Vittorio DEN-TI (Pavia, Italia). Marcel STORME, (Gante, Bélgica) y Walther J. HABSCHEID (Zurich, Suiza).

La convocatoria, que se renueva cada cuatro años, reunió -como en oportunidades anteriores- a los mas calificados juristas y exponentes de la ciencia procesal de más de treinta países² y de todos los continentes, para considerar un nutrido temario, así compuesto: 1) Causa y orígenes de los actuales problemas de sobrecarga de los tribunales; 2) Mejoramiento del proceso civil a partir de la experiencia del arbitraje; 3) Mejoramiento del proceso civil a partir de la experiencia del proceso administrativo; 4) Alternativas informales en relación al proceso ordinario; 5) Uso y abuso de los procesos sumarios; 6) La sobrecarga en los tribunales de apelación; 7) Perfeccionamiento de los procedimientos de ejecución de sentencias y laudos extranjeros; 8) Uso de la tecnología y la informática en la administración de justicia; 9) Simplificación de la prueba.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 21-1987.

² La representación argentina estuvo integrada por los profesores Augusto M. MORELLO, Adolfo ALVARADO VELLOSO, Gualberto L. SOSA, J.M. PUCCIO, Carlos A. NOGUEIRA, Eduardo D. ORTEIZA, Eduardo BONATTO y quien esto escribe.

2. Las líneas maestras del pensamiento procesal en las últimas décadas.

La crónica sucinta de lo acontecido y deliberado ha de comenzar por lo que indudablemente marcó el tono de tan significativo encuentro; el espíritu y la filosofía que han insuflado a los tres últimos Congresos -el de Gante (1978), el de Würzburg (1983) y este-; el hilo conductor que los ha unido, que puede reconocerse en los problemas abordados en cada uno de ellos y las propuestas que se propiciaron; y sus proyecciones en la ciencia procesal de nuestros días.

Marcel STORME en su discurso inaugural y particularmente Mauro CAPPELLETTI, en las reflexiones que sirvieron de cierre, enfatizaron las líneas nutrientes de la trilogía y sus proyecciones en el pensamiento procesal actual. Es notoria una vasta transformación en el punto focal de nuestra ciencia, que ha sido impulsada a hundir sus entrañas en la propia compleja y cambiante realidad que la circunda. La consecuencia palpable ha sido el abandono de la postura tradicional meramente formal, tributaria de un dogmatismo excluyente en la interpretación de los instrumentos del proceso, para dar cabida en adelante a una nueva cosmovisión abarcadora para la cual la efectividad de los derechos pasa a erigirse en el centro de gravedad de todas las especulaciones y el necesario punto de referencia de los análisis críticos, cuanto de las propuestas. Hacer el derecho y la justicia accesibles a todos -subrayó al maestro florentino- es seguramente el más complejo desafío al que han estado convocado -y siguen- los procesalistas en las últimas dos décadas.

Claro que esa proyección de los estudios, encaminados ahora, principalmente, a la búsqueda de mecanismos más adecuados y fecundos para satisfacer las crecientes apetencias de justicia, está coloreada y hasta ideologizada, si se quiere, por un par de concepciones sustantivas: la que postula la humanización del proceso -la “justicia de rostro más humano” que reclamaba STORME-, y la que coloca la mira desde la visión de los destinatarios del derecho y la justicia – la perspectiva del “consumidor”, que proclamo CAPPELLETTI siguiendo a Edmund CAHN-. En ese contexto, no es menos evidente la

idea que visualiza el principio de efectividad de la justicia como una consecuencia básica de la concepción del Estado Social de Derecho, porque -como lo subrayaba en Würzburg el profesor HABSCHEID- esta última, en tanto superadora de la idea de la igualdad meramente formal ante la ley, compromete una respuesta tuitiva y aseguradora de la protección legal y judicial de los derechos individuales y sociales, con todas sus connotaciones.

Tal, en síntesis, el entrelazamiento de las líneas de pensamiento nutrido de los tres más recientes Congresos internacionales, que acompañaron el desarrollo de la ciencia procesal en los últimos veinte años, y que se proyectan hacia el futuro inmediato que, seguramente -cabe avizorarlo- ha de transitar por ideas y rumbos similares.

3. La eficacia de la justicia.

El abordaje de este extraordinariamente complejo problema canalizó en el encuentro por varios y conexos conductos³.

A. Primero se analizaron las causas y orígenes de la actual sobrecarga de los tribunales -lo que supuso encarar el problema central de la demora judicial, ingrediente principal de la ineficacia de la justicia-. Tres fueron los puntos de mira para el análisis: el histórico, el estrictamente procedimental y, finalmente el sociológico. Fueron sus relatores, respectivamente, los profesores Vicente GIMENO SENDRA (Alicante, España), Paul JULIEN (Niza, Francia) y Maria BORUCKA - ARCTOWA (Cracovia, Polonia).

El enfoque histórico reveló la evolución, no siempre lineal, de las ideas e instituciones del proceso y La constante búsqueda en pos de un mejoramiento.

³ No es nuestro propósito agotar el análisis de la totalidad de los tópicos discutidos en el Congreso. La entidad y complejidad de los mismos obviamente, imponen remitir a otros desarrollos ulteriores. Nos limitamos aquí a dar noticia sucinta de algunos de ellos, lo que hemos creído interesan en mayor medida en nuestras circunstancias.

La justicia estamental, la justicia liberal y la justicia social, desemboque más reciente -aunque reforma inacabada- han marcado los sucesivos momentos de una progresión aún “in fieri”, con sus notas típicas, sus aciertos y los múltiples conflictos que, en cada una de esas estaciones del pensamiento se fueran incubando. Visión profunda que enfatiza la necesidad de rastrear en las enseñanzas del pasado en hondura, como método imprescindible para interpretar el presente y construir las instituciones del porvenir⁴. La jurisdicción, con el dato constante de la sobrecarga de los tribunales, la independencia judicial, la función del juez; y, por otro lado, el ordenamiento procesal, en sus distintas vertientes, reflejan inexorablemente el paso de los tiempos, el agotamiento de ideas y posturas en un constante fluir que alumbra, casi nuevos llantemente todo ese devenir.

La visión procesalista no es, naturalmente, menos fructífera. El estudio de la dogmática procesal, particularmente con métodos comparatistas, revela no solo los progresos legislativos en cada área, sino que, también, deja a la intemperie las causas de la disfuncionalidad, el desajuste o la inutilidad de ciertas reglas jurídicas, por inadecuación o insuficiencia del modelo teórico que constituye cada ordenamiento procesal.

Claro que la perspectiva no sería completa -y ello ha marcado el paulatino ensanchamiento de los estudios en nuestra disciplina- si el análisis quedara reducido a lo anterior. Por un lado, es indiscutible que la bondad teórica de los textos legales, de los modelos teóricos no asegura la aplicación práctica ni es índice bastante de eficacia. Como, también, que la sola comparación de normativas legales no puede conducir a conclusiones terminantes respecto de la receptividad de unas y otras. De ahí la imperiosa necesidad del enfoque sociológico que, con métodos apropiados, permita evaluar los otros, y tan diversos ingredientes, que en cada realidad temporal y espacial conforman

⁴ Aprender de la historia -se ha señalado desde una visión más general- no es nunca un proceso en una sola dirección. Aprender acerca del presente a la luz del pasado quiere, también decir aprender del pasado a la luz del presente (CARR E.H., ¿“Qué es la historia”? Seix Barral, Barcelona, 1981, p- 91).

la realidad social, económica, política en que cada modelo debe actuar. Punto de mira que se viene acentuando en los estudios de nuestra disciplina, como lo subrayó CAPPELLETTI en su ya aludida intervención final. Los operadores del drama jurídico -jueces, abogados, principalmente- la mutabilidad creciente de la legislación, la insuficiencia presupuestaria, la organización del servicio de justicia, el número de operadores y su distribución geográfica, son otros tantos -aunque no los únicos- fenómenos en los que se posa la visión cuando se trata de hurgar en las causas y orígenes de la disfuncionalidad. Datos imprescindibles, todos, que el informe general de la profesora BORUCKA - ARCTOWA recogió puntualmente⁵, y el debate ulterior enriqueció.

B. La simplificación del procedimiento probatorio integró otro bloque esencial de las discusiones. Bien que -como quedó aclarado- el esfuerzo estuvo encaminado a estudiar los mecanismos más adecuados para aclarar esa etapa visceral del proceso, antes que a estrechar o coartar el ámbito probatorio. Problema extremadamente complejo, reacio a soluciones únicas ni mucho menos, de pretendida universalidad, que suscitó vivas y enriquecedoras controversias. El impecable informe del relator general, profesor DENTI, trabajado desde una óptica principalmente comparatista, centró el debate en torno a la cuestión perentoria de la necesidad de buscar soluciones de equilibrio entre la premisa básica que impone asegurar la amplitud de la prueba para el esclarecimiento de la verdad, y con ello la regla del debido proceso; y, por otro lado, la necesidad de simplificarla en miras a obtener la celeridad. El ámbito y la medida de los poderes del juez en la instrucción probatoria pasaron a ser, entonces, el eje de la discusión. Claro que ya no se discute la amplitud y los mayores conferimientos a quien es director y autoridad del proceso, sino que el desacuerdo transita ahora, entre otros, por el lado de la oportunidad, del tiempo más apropiado para su ejercicio. Vuelven a colocarse en el tapete, así, ideas de antiguo abolengo procesal, como la audiencia

⁵ El punto de vista de los ponentes argentinos, en este tema, quedó reflejado en la comunicación enviada por el profesor Carlos A. NOGUEIRA y quien escribe.

preliminar o el despacho saneador, que cobran nueva luz y se recrean a la vista de las distintas experiencias para su perfeccionamiento. Hay poco que hacer, en la búsqueda de la aceleración, por el lado de la presentación u ofrecimiento de las pruebas, desde que, en sentido inverso el mayor acceso a la justicia supone una interpretación amplia del derecho a la prueba. En cambio, está crecientemente generalizada la idea de acentuar los poderes instructorios del juez en la etapa preliminar a los fines de la selección de la prueba, a la manera del conocido modelo de Stuttgart⁶. El profesor BAUR, su mentor, estuvo presente en las deliberaciones para ratificar ese camino que, como acotó el profesor DENTI, ha sido recogido en el más reciente proyecto de reformas italiano. Por último, la bien lograda visión comparatista del mismo tema, a cargo del profesor Michele TARUFFO completó el cuadro, sobre esta temática, resaltando la necesidad de asegurar la verdad objetiva como requisito esencial de la sentencia justa, y su compatibilización con la idea de la simplificación probatoria. Es que -como lo subrayó más adelante DENTI- el proceso no es un laboratorio técnico para la búsqueda de una solución cualquiera, sino un instrumento humano por el cual la comunidad busca la solución para los conflictos. En un mundo de cambios acelerados, corresponde al jurista interpretar esa realidad y la mutación social y de valores que trae consigo, para lo cual es imperioso superar la visión puramente técnica de los problemas del proceso y adentrarse en análisis mucho más complejos, multidisciplinarios y, sobre todo, tributarios de aquella inescindible realidad. Enseñanza perdurable, sin duda, del profesor de Pavia.

C. No menor operancia en el problema de la demora judicial y la consiguiente disfuncionalidad del servicio tiene, sin duda, la sobrecarga de los tribunales de alzada, según se verifica en la gran ma-

⁶ No sería ocioso para nosotros la relectura de las páginas que el querido maestro don Santiago SENTIS MELENDO dedicó, hace ya tiempo, al aludido modelo. Así, en “La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio”, E.J.E.A., Bs. As., 1979, pP. 210-212, con remisión a densos antecedentes.

yoría de los sistemas. La cuestión fue objeto de particular tratamiento en otra de las comisiones y contó con amplios informes de los ponentes generales, profesores T. JOLOWICZ (Cambridge) y J. NEMETH (Budapest). Extenso fue el catálogo de las propuestas y estrategias formuladas para resolver tan extendido problema; desde el simple aumento de los recursos pasando por la limitación del Poder, urte inconación o el establecimiento de de número de causas por Juez, hasta las más complejas alternativas de racionalización y aceleración de desarrollados procedimentales, en general (v. gr., mejor distribución del trabajo judicial, mayor cooperación de los abogados, mayor especialización de los jueces, instauración de vías previas o antejuicios, etc.). Difícil compatibilizar semejante farmacopea, como se encargó de señalar el presidente de la Comisión, profesor P. GILLES (Frankfurt); como elusivo sería derivar el problema a la necesidad -desde luego, compartida y no excluyente- de mejorar la primera instancia. El retardo en la expedición de las decisiones finales en las instancias superiores obedece a causas profundas y diferenciadas, y su remoción no depende totalmente del perfeccionamiento del primer grado de la jurisdicción. Antes bien, existen otros mecanismos -v.gr. el writ of certiorary- cuya evaluación debe ser profundizada para la búsqueda de soluciones que, en función de las circunstancias que condicionan a cada ordenamiento, amalgamen equilibradamente la exigencia de celeridad y la necesidad de obtener una sentencia intrínsecamente justa. La primera sin olvidar- como lo resaltó el profesor STALEV (Sofía) -que la verdad es hija del tiempo.

D. A modo de colofón: un señero encuentro científico cuyos frutos han de perdurar.

Dejamos así sintetizadas algunas de las cuestiones más importantes debatidas en el reciente Congreso Internacional de Derecho Procesal. Muchas de ellas -y también, desde luego, las que solo hemos enunciado- merecerán consideraciones más profundas y meditadas. Lo que sin duda habra que convenir es en la trascendencia de muchas de sus conclusiones, especialmente si se las enlaza acumulativamente con las ideas maestras ya perfiladas en Gante y Würzburg.

Quizá no sea exagerado afirmar que la ciencia procesal no podrá prescindir, en lo que queda de esta centuria de lo que de esta “trilogía” ha brotado, que no es sino la anunciación del nuevo rostro de una disciplina cuyos más preclaros cultores apuestan -como CALAMANDREI-a que sea “la más sensible y la más próxima al espíritu”⁷.



⁷ De la cita del profesor CAPPELLETTI, en su alocución final titulada “Algunas reflexiones sobre la ciencia procesal de hoy”.

La justicia de las pequeñas causas

XIV Congreso Nacional de Derecho Procesal de la República Argentina

Tucumán 23 al 26 de setiembre de 1987

Conferencista: Prof. Dr. Ángel Landoni Sosa¹

1- Introducción

Ortega y Gasset² decía: “Para cada generación, vivir es, pues, una faena de dos dimensiones, una de las cuales consiste en recibir lo vivido -ideas, valoraciones, instituciones, etc.- por antecedente; la otra, dejar fluir su propia espontaneidad” y creatividad, agregamos nosotros.

2- ¿Cuáles son hoy los temas de nuestro tiempo? ¿Qué le reclamamos a la justicia de nuestra época?

Le pedimos a esa Justicia, en 1er. término que sea eficiente y rápida. Las urgencias del mundo moderno nos llevan a exigirle la imprescindible abreviación, ya que una justicia tardía importa de por sí una denegación de justicia.

En segundo lugar, le reclamamos, que sin desmedro de su eficiencia y rapidez, sea también una justicia de elevada calidad.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 21-1987.

Profesor Titular de Derecho Procesal e integrante del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo - Uruguay.

² Ortega y Gasset, José en “El tema de nuestro tiempo” incluido en “Obras de Ortega y Gasset. José en “El tema de nuestro tiempo” in José Ortega y Gasset” Espasa Calpe S.A. 1932 pág. 743.

Pero tampoco nos conformamos con las exigencias anteriores, sino que además y fundamentalmente queremos que la justicia abarque en su protección desde los más poderosos hasta los más desposeídos.

3- Frente a nuestras aspiraciones ¿Qué es lo que nos muestra la realidad?

También hoy podríamos hacer referencia a la conocida frase del Decano de la Universidad de Harvard, Roscoe Pound, cuando al inaugurar la reunión anual de la American Bar Association resaltaba -ya en 1906- que la insatisfacción con la administración de justicia era tan vieja como la ley.

Pero hoy ese tipo de consideraciones no nos resulta ni convincente, ni suficiente, cuando podemos apreciar -como lo han hecho los autores argentinos, los brasileños y los uruguayos- que son notorias las carencias de nuestros sistemas respecto por lo menos de los siguientes puntos:

a) Inadecuación de la actual organización del Poder Judicial, así como de las estructuras procesales, para la correcta solución de los conflictos, aún para las hipótesis de los litigios individuales;

b) En segundo término, ausencia casi total de normas legales que regulen, tanto en el plano material como en el procesal, los conflictos relativos a intereses colectivos o difusos, lo que hace difícil su tutela jurisdiccional.

De este tema se ha ocupado la doctrina en reiteradas ocasiones³. La preocupación ha sido recogida por la ley brasileña N° 7347

³ En Argentina: Augusto M. Morello en "Legitimación procesal de los colegios profesionales, de las organizaciones de protección de los consumidores y de defensa de los intereses difusos", en Jurisprudencia Argentina 11 de febrero de 1981; en Brasil: Barbosa Moreira, José Carlos, ob. cit., Pellegrini Grinover, Ada, ob. cit.; en Uruguay: Gelsi Bidart, Adolfo, El Derecho Procesal y la protección del consumidor, Rev. Urug. Der. Procesal 1/1978, pág. 16 y en la misma revista 2/1976, pág. 69; el Ministerio Público y la tutela de los intereses difusos en el proceso civil, Barrios de

de 24 de julio de 1985 y por el Proyecto de Código Modelo para el proceso civil de Iberoamérica que establece en su art. 53: (Representación en caso de intereses difusos). En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos, y en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente al Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley⁴ a juicio del Tribunal, garanticen una adecuada defensa del interés comprometido”.

El referido proyecto elaborado por los Dres. Gelsi Bidart, Vescovi y Torello es la fuente directa del reciente Proyecto de Código del Proceso Civil Uruguayo actualmente a estudio del Parlamento;

c) En tercer lugar, el legislador latinoamericano tampoco ha hecho en nuestra opinión, los esfuerzos necesarios para facilitar en forma efectiva el acceso a la justicia, sobre todo a aquellas personas más carenciadas desde el punto de vista económico o por su nivel cultural.

Lo dice, con toda claridad, la reciente Exposición de Motivos del Proyecto de Código del Proceso Civil Uruguayo cuando refiriéndose al sistema vigente expresa:

“Las principales críticas de este sistema radican en la lentitud del proceso, su burocratismo, la facilitación de las dilaciones (chicanas) y la inaccesibilidad a la justicia por parte de las clases populares”.

Angelis, Dante, Introducción al proceso, ob. cit. pág. 102; Landoni Sosa, Angel “Legitimación para la defensa de los intereses difusos” R.U.D.P. 4/81; “Los sistemas de protección al interés de los consumidores y otros intereses colectivos Comunicación al IX Congreso Mexicano de Derecho Procesal Mazatlan. Estado de Sinaloa. 1982; “La protección de los intereses difusos” Comunicación a las IV Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal 19-22 marzo de 1987. Punta del Este.

⁴ Agregado en el Proyecto de Código del Proceso Civil Uruguayo.

Destacamos que la búsqueda de una justicia de rostro más humano fue el lema del 1er. Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil realizado en Gantes (Bélgica) en 1977.

En la convocatoria a dicho Congreso⁵ se señalaba: “En una sociedad cada vez más compleja el derecho procesal debe poder funcionar de una manera más accesible, humana, rápida y eficaz, para que todo ciudadano pueda hacer valer sus derechos. En todo el mundo se están haciendo últimamente esfuerzos para consagrar ese objetivo”.

Ha transcurrido ya una década desde aquella convocatoria y recién ahora el Uruguay ha comenzado a salir de su letargo para acomodarse al ritmo del tiempo presente y procurar recuperar los años perdidos. Dero aún permanece, sin efectiva vigencia, la norma programática que los cuatro partidos políticos uruguayos, de común acuerdo, establecieron en octubre de 1984 en la denominada CONA-PRO, donde se acordó: VII) Facilitar en las más diversas formas el acceso gratuito y pleno de todos los habitantes de la República a la Justicia y más genéricamente al sistema jurídico del país (asesoramiento y consultorías descentralizados).

4. El acceso a la justicia para las personas más necesitadas

Tal vez para ser más gráficos deberíamos decirlo como realmente lo aprecian y sufren las personas carentes de recursos, es decir, como “la inaccesibilidad a la justicia para las personas más necesitadas”.

⁵ Gelsi Bidart, Adolfo “La humanización del proceso” separata del 1er. Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil (Gantes) 1977 pág. 245. Cappelletti, Mauro “Acceso a la Justicia” traducción del Dr. Gerónimo Seminara en Revista del Colegio de Abogados de La Plata N° 41 (setiembre-diciembre de 1981) pág. 153 y ss.

Refería Cappelletti⁶ citando al sociólogo Ehrlich que “cuanto más el rico y el pobre son tratados sobre la base de las mismas reglas jurídicas, tanto más se acentúa la ventaja del rico”.

La teórica “igualdad de todos frente a la ley”, si bien contemplaba el aspecto jurídico-formal, de ninguna manera se refería en cambio al aspecto económico-social y de “hecho” a la igualdad misma. Como lo señala Cappelletti, en la obra que estamos citando, “...dicha concepción descuidaba el hecho de que sobre el camino de acceso a la ley -y a las instituciones, a los beneficios, a los derechos por la misma regulados- se encuentran usualmente barreras de diversa índole, que son más o menos graves en la medida de las diversas capacidades económico-sociales de los distintos individuos y grupos.”

Y agrega Cappelletti “...si bien es cierto que las puertas de los tribunales están formalmente abiertas igualmente para todos, no es menos cierto que tal acceso es bien diverso para quien tenga una suficiente información sobre sus propios derechos, pueda hacerse representar por un buen abogado, y tenga la posibilidad de esperar los resultados a menudo tardíos de los procedimientos jurisdiccionales, que para quien carezca en cambio de tales requisitos económico-culturales”.

El movimiento por el “acceso a la justicia” constituye pues un aspecto central del moderno Estado social o “welfare state”.

Hacemos notar que dicho movimiento no se limita a la justicia en su sentido judicial, sino que abarca al sistema jurídico en general y además pretende alcanzar áreas mucho más vastas como la salud, la educación, el trabajo, el descanso, etc.

En el campo jurisdiccional podemos señalar las siguientes propuestas reformistas:

⁶ Cahn, Edmond “Law in the Consumer Perspective” en 112 University of OR Pennsylvania Law Rev., 1963, págs. 1, 9, citado por Cappelletti, M. en “Acceso a la justicia” ob. cit. pág. 169.

1. La primera fue la que intentó superar los obstáculos derivados de la pobreza (auxiliatoria de pobreza, defensoría gratuita de pobres, etc.):

2. la segunda, ya más compleja, ha tratado de hacer accesible la tutela jurisdiccional de los intereses difusos, colectivos o supraindividuales (protección de los consumidores contra la contaminación ambiental, la defensa del patrimonio artístico, cultural, etc.);

3. la tercera, más reciente, más compleja y tal vez, potencialmente más ambiciosa es el movimiento mundial por un derecho y una justicia más accesibles.

La misma se traduce en múltiples tentativas reformistas tendientes a obtener fines diversos, pero conectados entre ellos, a saber:

a) En primer término, la adopción de procedimientos más accesibles en cuanto más simples y racionales, más económicos, eficientes y especializados para cierto tipo de controversias;

b) en segundo lugar, la promoción de un tipo de justicia “coexistencial” basada sobre la conciliación y la mediación y sobre criterios de equidad social distributiva, en vez de los rígidos criterios jurídicos de la “razón” o “sin razón”:

c) por último, la creación de formas de la actividad jurisdiccional más ensanchadas y flexibles, con participación de los propios interesados en la situación o controversia en cuestión.

4.1. El acceso a la justicia como un nuevo método de pensamiento: “la perspectiva de los consumidores” en el análisis jurídico.

Afirma Cappelletti y nosotros lo compartimos, que el movimiento por el acceso al derecho y a la justicia, ha dado vuelta todos los métodos precedentes.

De hecho, el mismo no se limitó a extender el análisis de las normas a las instituciones y a su modo de operar, como ya lo habían hecho las varias corrientes de pensamiento realista moderno, sino

que ese análisis realista y funcional se ha concentrado sobre los “consumidores” antes que sobre los “productores” del sistema jurídico.

El análisis se ha focalizado sobre las partes y sobre los justiciables, antes que sobre los jueces, los legisladores y los administradores: no en el sentido de que aquellos “los productores” del sistema sean descuidados en esta nueva visión de la ciencia del derecho, sino en el sentido de que jueces, legisladores y administradores son vistos ahora en un nuevo contexto precisamente el de lo demandado, lo requerido, lo necesitado por los consumidores del sistema.

La vieja perspectiva que Cahn⁷ llama “imperial” u “oficial” de hacer prevalecer a los productores del sistema, debe dejar paso a la nueva concepción que pone el acento en los consumidores del sistema jurídico, pues es precisamente esta nueva perspectiva la que más conviene, obviamente, a una sociedad democrática, libre y abierta, la que debe pretender que sus “official processors” asuman su función en vista del bienestar de los consumidores; lo cual es como decir que derecho y Estado deben finalmente ser vistos como lo que son: como simples instrumentos al servicio del Hombre y de sus necesidades y no a la inversa.

4.2. El acceso diferencial a la justicia por parte de los sectores marginales.

Puestos en el enfoque que antes hemos indicado, es decir en la óptica de los consumidores, detengámonos un instante para analizar como se ve la organización jurisdiccional en particular y el sistema jurídico en general, por parte de los sectores de la población más carenciados.

⁷ Cisa, Agustín “Acceso diferencial a la administración de justicia. El caso de los sectores marginales” Revista de Ciencias Sociales, F.C.U. Instituto de Ciencias Sociales, Montevideo, N°.1/86 pág. 41-45.

En este sentido, son muy significativas las consideraciones vertidas por el jurista y sociólogo uruguayo Profesor Dr. Agustín Cisa⁸ quien en reciente trabajo sobre el tema expresa: “Es evidente que el acceso a los medios de justicia y, en general, a la asistencia legal, es dificultosa para los pobres, no solo por su falta de recursos materiales sino también porque su percepción de los aparatos jurídicos estatales, probablemente los lleve a desconocer la existencia de tales servicios, a no solicitarlos, o a no sentirse cómodos o aún sentirse rechazados cuando intentan acceder a ellos. Naturalmente este es un hecho que no afecta solamente a los sectores de menores recursos de nuestra población. En una situación de crisis generalizada donde frecuentemente nos encontramos con situaciones anómicas, aun aquellos sectores que materialmente pueden acceder a servicios de asistencia, tienden a dilatar al máximo posible el recurso a la justicia, accediendo a ella cuando la situación es difícilmente reparable o tan siquiera manejable en términos jurídicos.

No obstante, la situación de los sectores pobres es más crítica, en tanto que su percepción del derecho y del sistema de administración del mismo tiene que ver con algunos de los siguientes aspectos:

- Ellos ven una aplicación diferencial del derecho, en especial en el ámbito penal donde los sectores más carenciados son los que sufre más las consecuencias de las normas represivas.

- Los contactos con la justicia, por otra parte, son costosos, incómodos o negativos, por lo que tratan de reducirlos al mínimo.

En el rubro costos partiendo de que la justicia uruguaya es en principio gratuita, deberíamos incluir:

⁸ Morello, Mario A. “En la búsqueda de un nuevo modelo” que forma parte de la obra colectiva (Morello, Berizonce, Hitters, Nogueira) “La justicia entre audos épocas”, La Plata, 1983, Librería Editora Platense S.R.L.

a) Los gastos de transporte hasta los lugares donde se le presta asistencia o donde tiene su asiento el Tribunal, los que están erróneamente centralizados; el empleo del tiempo necesario para realizar dichas gestiones, que también tiene su costo.

b) Ponemos de relieve, que el tiempo empleado no se recupera para el trabajador, ya que, si se trata de un empleado regular en la actividad privada, la legislación laboral uruguaya solo contempla como susceptible de ser compensado el tiempo utilizado para atender problemas de salud y si, por el contrario, en un trabajador no regular (por cuenta propia, independiente, etc.) sencillamente su situación no es contemplada en absoluto.

- La justicia -en el sentido de organización- es percibida además por esos consumidores como ajena a sus intereses porque ella, como sistema, refleja valores que por regla general no coinciden con los de los sectores marginales.

- Los problemas de los pobres son poco atendidos y entendidos por los tribunales y juzgados y por lo general, caen dentro del límite ficticio de la “menor cuantía”, es decir, se refieren a problemas de vecindad (deslindes por ej.); posesión de bienes muebles de escaso valor comercial, a problemas de la vida cotidiana derivados fundamentalmente del hacinamiento habitacional, etc.

Todos estos problemas que suelen tener una trascendencia enorme para los involucrados y que además, la falta de prevención y asistencia hace que deriven en consecuencias muchas veces irreparables, son sin embargo considerados por el sistema jurídico como de “menor cuantía”, si se le compara con un contrato, un testamento o un recurso administrativo.

- En razón de la ineficacia del sistema jurídico para resolver este tipo de conflictos, es frecuente que las personas de escasos recursos acudan directamente a la policía en búsqueda de soluciones, la cual, generalmente, las resuelve mediante decisiones inapelables y sin tener, obviamente, ni jurisdicción ni especialización para ello.

Como consecuencia de toda esta situación, resulta fácilmente perceptible que los potenciales usuarios de los servicios de justicia, se alejan cada vez más de estos, generándose una fuerte tendencia a solucionar los litigios por "mano propia". Amplios sectores sociales - especialmente los de menores recursos- se van marginando del sistema. Otros, tal vez no lleguen a la marginación total, pero si, aparentemente, tienden a recurrir cada vez más a soluciones alternativas o extra-legales, muchas veces parciales e ineficaces, que solo producen un desplazamiento de la conflictividad social.

Este cuadro de carencias y cuestionamientos estructurales, connota el enorme riesgo de debilitar a la justicia, en tanto actividad fundamental propia del Estado de Derecho.

5. Cómo podemos responder a los desafíos de nuestro tiempo? La reformulación de nuestros sistemas judiciales.

Decía Carnelutti y reitera más recientemente el gran jurista platense Mario A. Morello⁹ que un eficiente sistema judicial reposa en estas tres bases fundamentales:

- a) Buenos jueces;
- b) correcta infraestructura;
- c) adecuada ley procesal.

6. Como se inserta el tema de la justicia de las pequerias causas en esos temas generales.

6.1. Conflictividad social y acceso a la justicia.

Dentro de la conflictividad naturalmente existente en el medio social se pueden distinguir:

1º. Aquellos conflictos que son llevados ante el órgano jurisdiccional para que este los decida;

⁹ Cisa, Agustín, ob. cit. pág. 45.

2º. Aquellos otros conflictos que quedan sin solución jurisdiccional, ya sea porque los interesados no los han planteado (por ignorancia de sus derechos, por desconfianza en el Tribunal ya sea porque se piense que este va a decidir en favor de la otra parte por ser este más poderosa económicamente, por su excesivo costo, por su exagerada tardanza, etc.) o si el conflicto ha sido planteado ante el Tribunal, este, o bien no lo ha resuelto, o no le ha dado una adecuada solución.

Es indudable que la existencia de esta conflictividad latente - sobre todo en los sectores más carenciados- podrá estar disimulada un cierto tiempo, pero llegará el momento en que si no se han encontrado las adecuadas soluciones, la tensión será tal que la explosión se producirá, con el consiguiente riesgo para todo el conglomerado social.

Para evitar tal circunstancia, nos parece claro que el Estado de Derecho debe tener, entre sus primeras prioridades la de facilitar el acceso a la justicia a todos los habitantes, pero en forma especial a los más humildes, ya que como dijera nuestro prócer Artigas estos debieran ser los más favorecidos.

6.2. Precisiones previas sobre nuestro sistema judicial actual.

Damos por supuesto, por ser ellos hechos notorios:

a) Que nuestra justicia actual no alcanza los niveles mínimos de eficiencia;

b) que no ampara en su protección a todos los que necesitan de la justicia;

c) que no solo no facilita el acceso a la justicia, sino que por el contrario, produce el alejamiento de los potenciales usuarios.

7. ¿Cómo debemos encarar la reforma?

7.1. Conocimiento previo de la realidad.

En nuestra opinión, la necesaria reforma de los servicios jurisdiccionales debe estar precedida de un sólido diagnóstico y de un análisis metódico y sistemático de las soluciones propuestas.

Para realizar tal diagnóstico respecto de los sectores más carentes, será necesario¹⁰:

A) Analizar aquellos casos que efectivamente lleguen a los Tribunales o a las Defensorías de Oficio (Asesorías Letradas del Estado para personas carentes de recursos) con las siguientes finalidades:

a) Detectar qué tipos de asuntos son los planteados en forma más recurrente por las personas de escasos recursos y cuales son sus posibles causas;

b) identificar aquellos asuntos que por sus características estén reflejando una potencialidad conflictual mayor aún no planteada, o donde la conflictividad sea crónica siendo el asunto solo una pauta de un contexto conflictual mayor;

c) estudiar el tipo de solución (si la hubo) que dio el sistema al asunto planteado y con qué resultado.

B) Elaborar un régimen de entrevistas con personal técnico, defensores, magistrados, asistentes sociales, etc. que atiendan o hayan atendido asuntos planteados por usuarios de escasos recursos en las áreas jurisdiccionales donde se presentan casos de mayor conflictividad, a los efectos de relevar la visión de la problemática del punto de vista de los técnicos involucrados directamente, sus propuestas de

¹⁰ Berizonce, Roberto "El funcionamiento en concreto del servicio de la Justicia: necesidad de investigaciones empíricas" en "La justicia entre dos épocas" ob. cit. pág. 111-132. Del mismo autor: "Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del servicio de justicia" 100 en "El Derecho" publicación de la Universidad Católica Argentina del 25 de marzo de 1985 Tomo III N°. 6262.

mejoras ve los servicios en términos de lograr un mayor alcance, así como las vías de prevención y/o asistencia temprana de estos casos.

C) Determinar, mediante las diversas técnicas de investigación social, aquellas otras situaciones en las que los interesados teniendo necesidad real de acudir al sistema jurisdiccional no lo hacen, debiéndose investigar:

- Cuales son las causas que motivan esta actitud;
- Cómo se percibe por esos interesados al sistema de justicia y qué experiencia han tenido respecto del mismo;
- Si se utilizan mecanismos sustitutivos o alternativos del sistema judicial de resolver conflictos y con qué éxitos.

En este momento, nos parece justo y oportuno poner de relieve, que en cuanto al método que estamos proponiendo, somos coincidentes con la posición sustentada, desde hace bastante tiempo atrás, por el destacado Profesor de la Universidad de La Plata Roberto Berizzone quien en reiteradas ocasiones ha insistido respecto de la necesidad de investigaciones empíricas como imprescindible punto de partida en el diseño de toda propuesta de reforma, así como, para lograr un mejor funcionamiento del servicio de justicia¹¹.

7.2. Criterio reformista a utilizar.

Con referencia a cuales deberían ser las vías a seguir para realizar la reforma, teóricamente podrían ser dos:

Una, partir del conjunto del sistema hacia los elementos integrantes; otro, reformar un proceso determinado, experimentar los cambios y una vez demostrado que esa estructura procesal funciona, ir hacia la reforma del todo.

¹¹ Dinamarco, Cándido R. en “La ley de las Pequeñas Causas y la renovación del Proceso Civil” pág. 200-201 en la obra colectiva “Juizado especial de pequenas causas” Coordinador Kazuo Watanabe. Editora Revista Dos Tribunais 1985.

La segunda tesis es la sostenida por Cándido R. Dinamarco¹² quien al comentar la reciente ley brasileña 7244 de 7 de noviembre de 1984 que crea el Juzgado Especial de Pequeñas Causas, expresa: “En razón de que esas ideas fundamentales que están en la Ley de las Pequeñas Causas son conquistas del proceso civil y de la propia teoría general del proceso, no es preciso dejar confinadas las mismas al proceso ahora creado solo porque estén enunciadas en su estatuto específico” y más adelante agrega: “Téngase por cierto pues, que el mensaje de la Ley de las Pequeñas Causas se dirige a todos los jueces. Llegando dicho mensaje a sus destinatarios y cayendo cual semilla en suelo fértil, gran servicio habrá prestado la Ley de las Pequeñas Causas al derecho y halla justicia del país”.

“Un proceso menos formalista y jueces muy preocupados por la justicia de sus decisiones son beneficios que en todos los campos donde existe proceso es preciso extraer desde luego del mensaje irradiado por la nueva ley”.

La referida tesis de ir de los tipos procesales hacia la totalidad del sistema, que sería justificable en el derecho brasileño, que además tiene un moderno Código del Proceso Civil, vigente desde 1973, de manera alguna podríamos aplicarla al derecho procesal uruguayo, que en vez de un Código tiene en vigencia una reliquia histórica, que por otra parte ya era arcaica en la época en que entró en vigencia.

En la tesis opuesta a la del legislador brasileño se coloca el Profesor Uruguayo Gelsi Bidart, quien en reciente comunicación presentada a las IVas. Jornadas Rioplatenses de Derecho (Punta del Este, 13-15 de noviembre de 1986) y titulada “Contra el tratamiento diferenciado de las pequeñas causas” afirma lo siguiente: “Mi punto de vista ha sido siempre opuesto al criterio del valor económico para distribuir la competencia, sin perjuicio de reconocer que se trata de

¹² Almagro Nosete, José en “El nuevo juicio de menor cuantía” en la Revista Proserpina -Revista de la Universidad Nacional de Educación a Distancia- N°.3/85 pág. 7-30.

un factor usado desde muy antiguo y con bastante universalidad. Por dos razones.

“En primer lugar porque las dificultades de esa realidad derivan de su valor económico, sino de las peculiaridades de cuestiones jurídicas concretas, que sea necesario reconstruir ante el Tribunal y las cuestiones jurídicas involucradas”.

“Por otro lado, porque el límite entre mayor y menor valor es intrínsecamente arbitrario y la única valoración que puede servir en tal sentido, humanamente, es la que cada cual formula, lo cual depende no solo de su condición socio-económica, sino también de como se encuentra involucrado en cada asunto.

Racionalmente pues, no sirve de criterio de diferenciación y menos, para dar menos garantías a los incluidos en la cuestión: se trata de un criterio excesivamente subjetivo, y por ende alejado de la posibilidad de constituirse como factor objetivo permanente y universal”.

Y más adelante agrega oponiéndose al criterio de ir de la reforma de un elemento hacia el todo: “... ¿estamos ante la constante consideración del reformismo gradualista, frente a la transformación de fondo del régimen procesal cuando se le considera inadecuado?”.

“Estimamos que el planteamiento debe ser el inverso que toma el problema procesal en su consistencia. Si no es adecuado, lo que corresponde es cambiarlo en su conjunto, atacando las causas principales de su funcionamiento que se estima irregular, irreal o ineficaz”.

“Las soluciones que se adopten han de ser generales, tomando en especial, en cuenta, los problemas de formación de magistrados y abogados, para que unos y otros actúen sabiendo que no hay causa “pequeña”, porque lo que importa no es la causa, sino las personas involucradas en ella”.

Y concluye Gelsi en que “no ha de haber soluciones especiales para las “pequeñas causas” porque estas no existen: el proceso consiste en personas que buscan justicia, no importando el valor económico de lo que se pretende”.

8. Las recientes experiencias española y brasileña sobre justicia de menor cuantía.

8.1. La ley española N° 34/1984 del 6 de agosto de 1984.

Siguiendo a Almagro Nosete¹³ podemos señalar que las variantes fundamentales que la nueva ley establece con referencia a la de enjuiciamiento civil son las siguientes:

1. Desplazamiento del juicio de mayor cuantía. El juicio de menor cuantía pasa a ser en adelante el proceso tipo o predominante quedando el de mayor cuantía totalmente desplazado.

2. La nueva ley modifica la regulación anterior del juicio de menor cuantía.

I) La audiencia preliminar: Entre dichas modificaciones se destaca: el establecimiento de una audiencia preliminar, con una ubicación y contenido semejante al que preconizamos para el proceso civil uruguayo.

La ley española consagra "...la comparecencia obligatoria ante el Juez, con el fin de que una vez formulados los correspondientes escritos de alegaciones y explicitados, por tanto, los términos del debate puedan lograrse un acuerdo que reemplaza a la sentencia, sometiéndose a las reglas de ejecución de esta".

"De no lograrse el acuerdo, la comparecencia tiene la finalidad de corregir posibles defectos o faltas en los escritos, o en los presupuestos y, en todo caso tiende a esclarecer la posición de las partes, a delimitar las cuestiones de hecho en las que existe conformidad o discrepancia y a hacer posible, con vistas a la prueba, que estén claramente definidas las posiciones en conflicto".

Nótese que el legislador español le ha dado a la audiencia preliminar o "comparecencia obligatoria" como le llama, estos objetivos,

¹³ Almagro Nosete, José ob. cit. pág. 21.

A) Tentar la conciliación. Discrepamos en este punto con el destacado Profesor español Almagro Nosete en cuanto dicho autor afirma¹⁴: “Personalmente no somos partidarios de la conciliación con carácter obligatorio, y mucho menos, de la conciliación intraprocesal”.

Consideramos nosotros, en cambio, que es necesario revigorizar a la Conciliación por ser un instrumento especialmente apto para auto-componer los litigios, ya que ella bien manejada cumple con estas dos funciones importantes:

- a) Desdramatizar las situaciones conflictivas;
- b) descongestionar a los órganos judiciales.

Aprovecho para señalar, además, que el porcentaje de conciliaciones que efectivamente se logran, cuando esta es intentada con convicción es significativo como lo han destacado Jordi Abella¹⁵ y Berizonce¹⁶.

B) Determinar el objeto litigioso. A este respecto se establece el deber del Juez de escuchar a las partes y de instarlas a que “concreten los hechos, fijen aquellos en que no exista disconformidad y puntualicen, aclaren y rectifiquen cuanto sea preciso para delimitar los términos del debate”

¹⁴ Jordi Abella, Marta “La conciliación como medio de evitar el proceso y de resolver un conflicto”. Comunicación al Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil realizado en Alemania Federal, Wurzburg, 1983. La autora señala: “Podría estimarse aproximadamente en un 72% las audiencias en que se logró el acuerdo de las partes en el año 1980 y en un 50% en el año 1981, lo que pone de manifiesto los resultados netamente favorables del instituto de la conciliación previa al proceso, de carácter obligatorio, para la solución de los conflictos individuales del trabajo.

¹⁵ Berizonce, Roberto “Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del servicio de justicia” ob. cit. pág. 4 y 5: “Se comprobó que el órgano tomó la iniciativa de conciliación en el 31,58% de las actuaciones, así discriminadas en atención al estado procesal en que la medida se dispuso: 2.1 En primera instancia: 94,44% 2.2 En segunda instancia: 5,56 %; 2.3 A su vez el resultado fue positivo (se obtuvo la conciliación) en el 50% de los casos.

¹⁶ Almagro Nosete, José, ob. cit. pág. 27.

C) Subsanan faltas o defectos. Al darse los fundamentos se establece que la audiencia preliminar permitirá “... subsanar o corregir si fuere posible, los defectos de que pudieran adolecer los correspondientes escritos expositivos, o salvar la falta de algún presupuesto o requisito del proceso que se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el Juez; y cuando la subsanación no pudiere llevarse a efecto en el propio acto, conceder un plazo no superior a 10 días, suspendiéndose, entretanto la comparecencia”.

Si los defectos son insubsanables se produce lo que la ley llama -con cierta impropiidad- el sobreseimiento del proceso.

Si los defectos, en cambio, son subsanables, se suspende a tal efecto la audiencia por un plazo no superior a 10 días y producida la corrección continúa el curso del proceso.

II) La apertura de la causa a prueba. La ley prevé que el juicio se abrirá a prueba:

a) Si una de las partes lo solicita en la audiencia preliminar. Así lo establece el Art. 693 literal 4º que preceptúa: “... si interesa al derecho de las partes el recibimiento a prueba del pleito habrán de solicitarlo en el acto de la comparecencia”:

b) Si existe declaración de rebeldía a solicitud de la parte actora dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la rebeldía.

Almagro Nosete¹⁷ critica con razón el nuevo régimen legal español, pues “... la modificación del sistema opera al revés, es decir que justamente se elige el sistema más antiguo, el menos explicable según la concepción moderna de la función jurisdiccional, pues no se puede aceptar de acuerdo con el común de la doctrina procesal actual, que se confiera un derecho de disposición a las partes para decidir acerca de la conveniencia de recibir el pleito a prueba. El juez no puede aparecer como espectador de una discusión entre las partes

¹⁷ Véase Ortells Ramos, Manuel “Nuevo régimen de la ejecución provisional de las sentencias recurridas en apelación en la Revista Proserpina N°. 3/85 pág. 159-170”.

acerca de la conveniencia de recibir el pleito a prueba, como si no fuese el personaje principal y destinatario único de los resultados probatorios”.

III) Recursos. Cabe señalar al respecto, que la sentencia definitiva es apelable con ambos efectos, pero las que decidan los incidentes solo son recurribles al impugnarse la sentencia definitiva, ya que no hay recursos independientes (apelación diferida).

IV) Ejecución provisional de las sentencias de 1a. instancia apeladas. Con el nuevo texto del art. 385 de la LEC¹⁸ se establece en el ordenamiento procesal civil español una norma general sobre ejecución provisional de las sentencias de los jueces de 1ª instancia apeladas. Con anterioridad a la ley 34/1984 esa disposición solo existía para las sentencias de las Audiencias recurridas en casación, mientras que para las sentencias de 1a. Instancia apeladas solo había, o bien normas especiales que excluían o limitaban ex lege el efecto suspensivo del recurso de apelación, o bien normas también especiales que, presuponiendo ese efecto, permitían la ejecución, previo el cumplimiento de determinados requisitos (por ejemplo art. 1476).

¿Qué tipo de sentencias son susceptibles de ser ejecutadas provisionalmente? En primer término, aquellas que condenen al pago de una cantidad líquida o cuya liquidación pueda efectuarse por simple operaciones numéricas a tenor de lo dispuesto en el fallo (art. 385, 1).

En segundo lugar, las que condenen a “objeto o naturaleza diferente” a (debe entenderse) las consideradas en el art. 385 I, y por ende las sentencias de condena a dar cosa distinta a dinero, a hacer, a no hacer y las de condena pecuniarias pero ilíquidas, siempre que el juez estime “que el perjuicio que pudiera irrogarse con la ejecución no sería irreparable”.

La ley aclara, asimismo que sentencias no son susceptibles de ejecución provisional y en tal sentido, conforme al art. 385, III, “en

¹⁸ Watanabe, Kazuo transcripto por Cándido Dinamarco en ob. cit. (nota 11) pág. 198.

ningún caso serán ejecutables provisionalmente las sentencias recaídas en los juicios que versen sobre paternidad, maternidad, filiación, divorcio, capacidad, estado civil y derechos honoríficos.

Requisitos para la ejecución provisional:

- a) Petición de la parte apelada (art. 385 IV);
- b) la previa “constitución de fianza, con exclusión de la personal o aval bancario suficientes para responder de lo que percibe (el ejecutante) y de los daños, perjuicios y costas que ocasionare a la otra parte” (art. 385, IV).

V) Las reglas sobre competencia objetiva. La ley establece que se decidirán en el juicio ordinario de menor cuantía:

1º) Las demandas ordinarias cuyo interés económico pase de 500.000 y no supere los 100 millones de pesetas;

2º) las relativas a filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas.

Almagro Nosete señala respecto de este punto dos cosas: la primera, relativa a lo injustificado de la nomenclatura utilizada, lo que hace la impropiedad de referir los juicios a la cuantía.

La segunda, que la norma revela la intención manifiesta del legislador de desplazar al juicio de mayor cuantía.

3º) Las demandas cuya cuantía sea inestimable o no pueda determinarse ni aun de forma relativa por las reglas que se establecen en el art. 489;

4º) cualquier tipo de demanda para la que no se disponga otra cosa. Resulta claro a través de esta norma que el legislador ha querido señalar expresamente la calidad de proceso, tipo y residual que le ha otorgado al denominado juicio de menor cuantía.

8.2. La ley brasileña 7244 de 7 de noviembre de 1984 que crea los Juzgados Especiales para las pequeñas causas.

8.2.1. ¿Cual es su filosofía inspiradora?

Kazuo Watanabe¹⁹ al referirse a ella expresa: “la nueva ley, no solo ofrece a las partes más carenciadas de la población un proceso accesible, rápido, simple y económico, sino que pretende además trascender a ello y constituirse en factor educativo destinado a preparar a las personas para la correcta y eficiente defensa de sus derechos e intereses (ya que su actual falta de preparación las deja inermes y en estado de verdadera apatía, sufriendo lesiones y daños sin siquiera animarse a llevar sus quejas al Poder Judicial).

8.2.2. El acceso a la justicia como factor importante en el LOGRO DE LA PAZ SOCIAL.

El legislador brasileño, claramente ha indicado en la “Exposición de Motivos” de la ley 7244 cuales han sido sus propósitos: “5- La elevada concentración poblacional en las áreas urbanas, unida al desarrollo acelerado de las formas de producción y consumo de bienes y servicios, actúa como factor de intensificación y multiplicación de conflictos, principalmente en el plano de las relaciones económicas. Tales conflictos cuando no son solucionados, constituyen una fuente generadora de tensión social y pueden fácilmente transformarse en comportamientos antisociales. 6- Se impone, por consiguiente, facilitar al ciudadano común el acceso a la justicia, removiendo todos los obstáculos que a ello se oponen. El alto costo de la demanda, la lentitud y casi certeza de la inviabilidad de la tramitación de los procesos, son factores restrictivos cuya eliminación constituye la base fundamental para la creación del nuevo procedimiento judicial y del propio órgano encargado de su aplicación, como lo es el Juzgado Especial de las Pequeñas Causas.

¹⁹ Dinamarco, Cándido R., ob. cit. pág. 207.

8.2.3. Los principios básicos de la ley.

a) Su aplicación es facultativa, a criterio del actor titular del derecho violado o exigible;

b) la búsqueda permanente de la conciliación;

c) la simplicidad del proceso, la que fue obtenida a través de la adopción de los criterios de informalidad y oralidad;

d) la celeridad del proceso. Ello motivó el establecimiento de un acto único, donde se deben desenvolver todas o casi todas las etapas correspondientes a la exposición, instrucción y juzgamiento de la causa.

En la audiencia de conciliación y juzgamiento las partes son oídas y se intenta la conciliación; son recogidas las pruebas y se dicta la sentencia.

Prácticamente toda la actividad procesal se realiza en dicha audiencia y solo quedan fuera de ella: La petición inicial, la citación al demandado y la intimación a los testigos, los cuales se tramitan ante la Secretaría del Juzgado sin necesidad de que el juez intervenga.

Para cumplir con la aceleración del proceso se disminuyeron las hipótesis posibles de incidentes, se prohíbe la intervención de terceros y se redujeron los plazos procesales;

e) principio de economía. Se consagra: la gratuidad de la justicia (exención de costas y tasa judicial) en la primera instancia, la que cesa en caso de recurso.

La asistencia de la parte por Abogado es facultativa en la 1a. instancia, pero vuelve a ser obligatoria en la fase recursiva;

f) Aumento de los poderes del Juez. Al Magistrado la ley le atribuyó las facultades de dirigir el proceso con amplia libertad:

- para determinar las pruebas que deben ser producidas;
- para apreciarlas;

- para dar especial valor a las reglas de la experiencia común o técnica (art. 4). Además de las referidas facultades, en razón de los fines sociales de la ley y las exigencias del bien común, al Juez le fueron conferidos poderes para dar al caso concreto la solución que reputase más justa y ecuánime (art. 5).

8.2.4. Los actos procesales.

- Serán públicos y podrán realizarse en horario nocturno (art. 13).

- Serán registrados en forma escrita, exclusivamente los considerados esenciales. Los actos realizados en la audiencia de instrucción y juzgamiento deberán ser grabados en cinta magnética o equivalente (art. 14) las que serán destruidas una vez fallado el asunto.

- Las citaciones e intimaciones se harán por correspondencia con acuse de recibo (art. 19 y 20).

- En la audiencia de instrucción y juzgamiento serán decididos de plano todos los incidentes que puedan obstar a la prosecución regular de la audiencia y las restantes cuestiones que se susciten serán resueltas en la sentencia definitiva.

- Los recursos frente a la sentencia definitiva por regla general solo tienen efecto devolutivo, pudiendo no obstante el Juez otorgarles efecto suspensivo cuando sea indispensable para evitar un daño irreparable a la parte (art. 43).

- Cuando la sentencia de 2a. instancia confirmase la de primer grado por los mismos fundamentos, la ley autoriza expresamente para que no sea labrado el correspondiente acuerdo, bastando a tal efecto con un resumen hecho por el Presidente (art. 46) con lo cual se producirá una importante aceleración en el dictado de la decisión.

8.2.5. Concepto de “pequeñas causas”.

Según la ley (arts. 1 y 3) son aquellas de reducido valor económico y por tales considera las que versan sobre derechos patrimoniales que no excedan de 20 salarios mínimos y que tengan por objeto: I) condenaciones en dinero; II) condenaciones a entregar cosa cierta mueble o el cumplimiento de obligaciones de hacer a cargo del fabricante o proveedor de bienes y servicios para el consumo ; III) la rescisión o declaración de nulidad de contratos relativos a cosas muebles y semovientes. Se prevé que el régimen legal (art. 3 literal 1º) no se aplica a los procesos de alimentos, concursales, fiscales y de interés de la hacienda pública, ni a los relativos a accidentes de trabajo, estado civil y capacidad de las personas, aun cuando sean de índole patrimonial.

8.2.6. Conclusiones:

1- La ley brasileña constituye en nuestra opinión, un significativo avance en cuanto al efectivo acceso a la justicia para los más necesitados, así como respecto de las soluciones técnicas que consagra.

2- Tanto el legislador como la doctrina brasileña²⁰ esperan que se opere un verdadero proceso de inducción y que el estatuto de las pequeñas causas con la experiencia recogida a su alrededor, desencadenen con intensidad significativa una saludable renovación del sistema procesal en su conjunto.

²⁰ Berizonce, Roberto “Justicia conciliatoria y Justicia de paz. Tendencias y perspectivas (revitalización de una fundamental institución) “Ejemplar mecanografiado presentado como “Contribución a las Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal, Salto, Uruguay (1983) Oteiza, Eduardo “Los Tribunales de menor cuantía como respuesta actual, basada en los principios de la Justicia de paz”. Ponencia presentada en las Ias Jornadas Rioplatenses de Derecho Punta del Este, 13-15 de noviembre de 1986 y publicación en la R.U.D.P. 1/87 pág. 39-52.

9- La justicia de las pequeñas causas en la República Argentina.

9.1. La doctrina.

La doctrina procesal argentina²¹ ha buscado en la justicia de paz -como institución revitalizada- el tribunal adecuado para la solución de los conflictos de vecindad y de menor cuantía.

En tal sentido Berizonce²² fundamenta su propuesta en las siguientes bases:

a) Respecto de como debe ser estructurado, nos dice que la justicia de Paz Letrada ha de instrumentarse no como un fuero especial para conocer de cuestiones específicas, competitivo y paralelo a los jueces ordinarios, sino antes bien como ratificación de la virtualidad esencial de los principios que tradicional e históricamente han insuflado su contenido. Es que existen razones históricas y sobremanera necesidades y exigencias de la vida práctica que, en los ámbitos lugareños, requieren la atención de organismos jurisdiccionales que, sin mengua de una eventual amplitud de su competencia funcional, no se desentiendan en su actuar de la observancia de las pautas básicas que los han coloreado, confiriéndoles un perfil inconfundible. El acercamiento de la Justicia al pueblo, postulado esencial erigido con razón en finalidad última del Servicio, encuentra terreno singularmente propicio en el marco de la justicia comarcal.

b) En cuanto al ámbito de su competencia considera que debe ser “... en general, los conflictos de vecindad y los de menor cuantía” y estima que se debe propiciar que se le asigne a tales jueces las atribuciones necesarias para intervenir en la faz conciliatoria de los procesos civiles.

“Confiar al juez de paz que se desenvuelve en el medio local tan significativa misión, implica conferirle una potestad singular, cuyo

²¹ Berizonce, Roberto ob. cit. pág. 21.

²² Oteiza, Eduardo ob. cit. pág. 39.

ejercicio ha de llenar una sentida necesidad dentro del esquema global de la administración de justicia, en apoyo de la tarea jurisdiccional propiamente dicha, en manos de los jueces ordinarios, al propio tiempo que ha de significar el reverdecimiento concreto de las misiones que histórica y tradicionalmente han correspondido a la justicia de paz.”

c) Necesidad de simplificar los procedimientos adoptándose el proceso oral con trámites abreviados e informales, con amplios poderes-deberes judiciales de dirección e instrucción de las causas.

Complementariamente: exención de todo tributo o tasa fiscal y los honorarios profesionales deberán ser regulados a la escala mínima.

d) La justicia de paz debería ser una “justicia mixta” cuyas decisiones deben estar basadas en el derecho, pero este debe ser enriquecido y morigerado por la equidad, de forma tal que dichos jueces puedan discernir las soluciones justas que según su conciencia correspondan en el caso concreto.

En términos similares se ha pronunciado Oteiza²³ quien “... propicia la creación de una justicia de menor cuantía, como reformulación de la Justicia de Paz, que atienda la problemática de las ciudades densamente pobladas, al dar respuesta a los conflictos insastifichos, los problemas de convivencia y vecindad, y a aquellas en que la urgencia constituye su principal característica, en base a un procedimiento informal, oral y gratuito”.

²³ Seguimos en este punto la síntesis de los referidos proyectos realizada por E. Oteiza en ob. cit. pág. 48-49.

9.2. Los proyectos legislativos.

En el Congreso Nacional Argentino²⁴ existen varios proyectos, dirigidos a lograr una efectiva justicia para las pequeñas causas.

El proyecto del Diputado Augusto Conte propone la creación en la jurisdicción nacional, de Juzgados Especiales de Pequeñas Causas similares a los de la ley brasileña 7244 de 7 de noviembre de 1984.

Al igual que en aquellos los principios inspiradores son: oralidad, gratuidad, celeridad, simplicidad, informalidad y economía procesal.

Se les asigna competencia en asuntos cuyo monto no exceda de veinte salarios mínimos, y que tengan por objeto: 1°) el cumplimiento de obligaciones de dar, hacer y no hacer; 2°) las controversias derivadas de vicios redhibitorios, defecto o evicción de cosa mueble o semoviente; 3°) el cumplimiento, rescisión, reajuste o nulidad de contratos relativos a cosas muebles, semovientes o locación de obra; 4°) los conflictos entre condóminos o derivados de los reglamentos de consorcio de propietarios; y 5°) la indemnización de daños causados por ilícitos civiles o penales.

El proyecto de los Senadores José H. Martiarena y Alfredo Benítez auspicia el restablecimiento de la Justicia de Paz en la ciudad de Buenos Aires.

Entre los fundamentos se señala: “En la vida de relación, en el ámbito marcado por las leyes civiles y comerciales, se suscitan frecuentes cuestiones que no encuentran canalización adecuada en la actual organización de los tribunales de justicia de la Capital Federal”. “Frente a la importancia de otros temas o a las magnitudes económicas comprometidas, los conflictos derivados de la vecindad o las

²⁴ En “Recuentos Preliminares” VI Censo General de Población y IV de Viviendas 1985 editado por la Dirección Gral. de Estadística y Censos se indica que el total de la población en 1975 era de 2:788.429 y en 1985 era de 2:930.564.

controversias por montos menores, por ejemplo, quedan desamparados de justicia en ocasiones demasiado numerosas".

"Viejas estructuras, aquí y en el país, previeron la necesidad de que se afianzara la justicia en esos niveles, y durante largo tiempo los jueces de paz constituyeron el refugio para los quejosos en sucesos de "menor cuantía", ávidos de soluciones que dieran paz social y firmeza a los derechos. Es cierto que el progreso de los tiempos y de la llamada "civilización" no admite ya la nostálgica figura del buen vecino que administraba esa justicia "a verdad sabida y buena fe guardada". Pero no menos cierto es que ese mismo progreso ha multiplicado las relaciones humanas, ha incorporado formas nuevas a las negociaciones, ha dado posibilidades a vinculaciones en que se respeta la confianza muchas veces y en que se la viola muchas otras, ha creado apetencia de consumo de bienes para las necesidades o para el confort, ya ineludible por el desarrollo social, ha generado abusos, cuando no fraudes, errores, simulaciones, lesiones patrimoniales, etc".

"En fin, un vasto cuadro de acontecimiento, de los que derivan apetencias de justicia cuando se han determinado afecciones de derecho o incumplimiento de deberes. Y esas apetencias de justicia, insatisfechas, generan reacciones impredecibles o resignaciones amargas, que afectan la conducta y estimulan desviaciones insociales".

Por ello proponen "... volver a la justicia denominada de menor cuantía". No hay en ello una degradación de concepto, ni una afectación de prestigio. La "menor cuantía" es de apreciación relativa, ya que la lucha por la justicia no se da por la importancia del monto, sino por el requerimiento de vigencia del derecho. Tanto o más importante para la persona afectada y para el cuerpo social, puede ser el pronunciamiento de ese derecho en asunto de poco monto, pero de cuestionada esencia jurídica que la mecánica decisión en simples ejecuciones dinerarias.

10- Críticas a las expresiones “menor cuantía” o “pequeñas causas”.

Si lo que se pretende señalar con ellas es la sentida necesidad de una justicia más rápida y eficiente, al mismo tiempo que menos formalista, más humana y más próxima al pueblo, nos parece inadecuada la terminología empleada.

En efecto, las locuciones “menor cuantía” “pequeñas causas” están indicando un criterio meramente cuantitativo y de contenido económico para la asignación de competencia y el mismo resulta inapropiado e insuficiente, para conceptualizar lo que con ellas se quiere significar.

Por eso, nos parece más exacto, que en lugar de utilizar las expresiones “menor cuantía” o “pequeñas causas” y seguir distribuyendo la competencia por la cuantía, se acuda al criterio de asignarla, fundamentalmente, en función de la especialización por materia.

Determinada la competencia en función de la especialización por materia, las variaciones del procedimiento estarán dadas por los diversos tipos procesales a utilizar, los cuales -por lo menos desde el punto de vista teórico- deberían ser adecuados al objeto procesal que a través de los mismos se pretende resolver.

11- La localización geográfica del Tribunal y de los servicios jurídicos.

Es indudable que, si verdaderamente aspiramos a que la administración de justicia y en general todo el sistema jurídico, estén al servicio de la mayor cantidad posible de usuarios, resulta obvio que este tema adquiere una relevancia singular.

En tal sentido, considero que la próxima reforma del sistema judicial uruguayo debería enmendar el error que se cometió, -durante el gobierno de facto- cuando se centralizó toda la Justicia de Paz de Montevideo en un solo local.

En efecto, dicha reforma en vez de poner el acento en los justiciables, es decir en los consumidores de los servicios jurídicos y facilitarles su acceso a la justicia, focalizó mal el problema, ya que lo centró en los profesionales y les otorgó, a estos, facilidades para que en adelante ya no tuviesen que desplazarse por el departamento, basándoles con ir a una sola sede donde están ubicados todos los tribunales.

Los efectos negativos de la reforma no demoraron en aparecer, produciéndose un notorio alejamiento entre los justiciables y los servicios jurisdiccionales y con la nefasta consecuencia, de que lo otrora prestigiosos juzgados de paz barriales, fueron mal sustituidos, de hecho, en sus funciones por la Policía administrativa, dependiente del Poder Ejecutivo, a través de sus Comisarías Seccionales.

Formulamos la advertencia, de que no estamos preconizando un mero “retorno a lo antiguo”, sino que, por el contrario, creemos que hay que estudiar el problema para encontrar las mejores soluciones para el futuro.

En la búsqueda de dichas soluciones, formulamos nuestro aporte en el sentido de que entendemos que deberían crearse en los lugares en que la geografía humana uruguaya así lo indique- los centros jurídicos que sean necesarios.

Nótese, y lo destacamos especialmente, que hablamos de descentralizar los servicios jurídicos y no meramente los jurisdiccionales por las razones que a continuación expresamos.

El Uruguay, si bien casi no ha tenido crecimiento en su población²⁵, presenta si cambios relativamente importantes en cuanto a la localización geográfica de la misma.

En este aspecto, han incidido fundamentalmente dos factores: uno, la migración desde el medio rural al urbano y preponderantemente al suburbano.

²⁵ “Uruguay, Indicadores Básicos”, CLAEH, 1983, pág. 25.

Se destaca especialmente que la población urbana uruguaya se sitúa en el 82.9% y la rural en el 17,1% ²⁶.

El otro tiene que ver con la influencia que, desde 1968 en adelante ha ejercido el Plan Nacional de Viviendas, con la construcción de enormes complejos habitacionales (Parque Posadas 2.000 viviendas, Euskal Erría 3.000 viviendas, Complejo América 1.000 viviendas) exagerados para la dimensión uruguaya, que significaron insertar pequeñas ciudades, dentro de la ciudad mayor de Montevideo.

La ley 13.728 (Plan Nacional de Viviendas) de 17 de diciembre de 1968 en su art. 114 había establecido: "Los organismos que participan en el sistema público de producción de viviendas, procurarán la construcción de conjuntos habitacionales socialmente integrados, dotados de espacios públicos, de servicios sociales, culturales y recreativos y de unidades comerciales o de producción artesanal o agraria cuando corresponda".

Ponemos de relieve: a) que pese a la norma programática del art. 114 de la ley 13.728, en esos grandes complejos habitacionales de Montevideo, como también ocurre lo propio en el interior del país, no se ha hecho ninguna previsión, respecto de los servicios jurídicos en general y de los jurisdiccionales en particular, y creemos que ya es hora de que alguien se ocupe de ellos;

b) Que hablamos de servicios jurídicos y no nos limitamos a los jurisdiccionales, pues entendemos, que para que exista un efectivo acceso a la justicia es menester que los justiciables, sobre todo los de menores recursos, sean adecuadamente asesorados respecto de sus derechos, y eso no se logrará si la fuente del asesoramiento se encuentra distante de quien la requiere.

Consideran -como ya lo ha indicado en reiteradas ocasiones Cappeletti- que esa tarea de acercamiento, entre el sistema jurídico

²⁶ Couture, Eduardo J. "Protección constitucional de la justicia gratuita en caso de pobreza" en "Estudios de Derecho Procesal Civil", 2a. edición, Depalma, Buenos Aires, 1978 pág. 111-121 en especial pág. 120.

y los consumidores del mismo, es fundamental en un “Estado de Derecho”, de forma tal que todos sus habitantes lo sientan como “propio” y no como “ajeno” y al mismo tiempo sean protagonistas en su construcción.

Por eso, nos parece de importancia suma la descentralización de los servicios jurídicos y no meramente la de los Tribunales, de manera tal, que toda persona, por más modesta que sea su condición económica o por más limitado que sea su nivel cultural, pueda saber el lugar adecuado adonde debe acudir -identificado físicamente con una determinada casa o local- para resolver sus problemas de orden jurídico.

En razón de lo expresado, hemos sugerido que, en la proyectada y esperada próxima reforma del sistema judicial uruguayo, se incluyan previsiones destinadas a crear Centros Jurídicos, en aquellos lugares en los que la realidad los requiera y que comprendan:

A) Tribunal; B) Ministerio Público; C) Organos de Conciliación; D) Organos de Asesoramiento (incluyendo asistencia social y consejería familiar) y de defensa letrada para las personas de ingresos reducidos.

12- La preparación de los magistrados.

El tema, por sí solo nos daría para otra conferencia, pero aquí tan solo deseamos apuntar:

1º) Las carencias de nuestros estudios universitarios que nos preparan para ser Abogados, pero no para ser jueces, fiscales o, en general, auxiliares de la Justicia.

2º) La necesaria e impostergable tecnificación de nuestra justicia.

Sin perjuicio de rendir homenaje a la calidad intelectual y moral de nuestros Magistrados, debemos señalar que la necesidad de su

formación y preparación adecuada ha sido una preocupación constante en los ámbitos jurídicos y también políticos de nuestro país, en los últimos tiempos.

A tales efectos, estamos propiciando en la actualidad, la creación en el Uruguay, de un Instituto de Estudios Judiciales, semejante al existente en España, cuyos cometidos en las grandes líneas deberían ser:

A) Formación profesional especializada;

B) actualización y perfeccionamiento de los actuales jueces, actuarios y fiscales

13 -Idealidad y realidad.

No es razonable pensar en una auténtica y profunda reforma del sistema judicial y procesal, sino que previamente ella sea conocida y aceptada por el medio humano donde deberá ser aplicada.

Por eso, si importante es realizar debates y cursos de divulgación dirigidos a los operadores del sistema (Jueces, Fiscales, Auxiliares, Abogados, Procuradores, etc.), resulta fundamental y de esencia que se realice también un importante esfuerzo tanto a través de los medios de difusión masivos y folletos explicativos, así como a través del asesoramiento personalizado en los Centros Jurídicos cuya creación hemos auspiciado.

14- Conclusiones.

1) Los procesalistas latinoamericanos, sentimos hoy la imperiosa necesidad de mejorar nuestros sistemas de justicia de manera tal que ellos alcancen en su protección desde los más poderosos hasta los más desposeídos.

2) Para lograr lo anterior, es fundamental facilitar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad a todos los habitantes, y cambiar el punto de vista desde el cual se le analiza, enfocándolo no desde

el ángulo de los operadores del sistema, sino del de los consumidores de los servicios jurídicos.

Decía ya Couture en 1947 fundando la tesis de la justicia gratuita con carácter general "...la justicia a nuestro modo de ver debe ser gratuita, no ya por razones prácticas, sino por razones de principio. Dispensar la justicia no es un bien para el triunfador en el litigio; es un bien para el orden jurídico que la dispensa" y agregaba "dispensarla no es tanto un servicio público como una justificación del propio Estado de Derecho".

3) La reforma de los servicios jurisdiccionales debe estar precedida de un sólido diagnóstico y de un análisis metódico y sistemático de las soluciones propuestas.

Dichos estudios, que deberán necesariamente ser realizados por equipos interdisciplinarios (juristas, sociólogos, psicólogos-sociales, etc.), serán, los que, en definitiva, nos indicarán cual es el camino correcto a seguir, a saber:

- O bien, el indicado por el legislador brasileño en la ley 7.244 de creación de los Juzgados Especiales de las Pequeñas Causas, quien espera, que a partir de la misma se opere un verdadero proceso de inducción, desencadenante de una saludable renovación del sistema procesal brasileño en su conjunto.

- O el sugerido por el Profesor Gelsi Bidart de la necesaria reforma del sistema procesal en su conjunto, evitando las reformas graduales que lo único que hacen en su opinión, es dilatar la solución de fondo del problema.

Por otra parte, los referidos estudios no solo deben ser previos a las reformas propuestas, sino que también requieren ser posteriores, como forma de garantizar su permanente eficiencia, corrigiendo los desvíos que se puedan producir.

4) Aún cuando se acepte una u otra solución, existe coincidencia en líneas generales en que el proceso se deberá regir por los principios de oralidad, publicidad, economía, intermediación, concentración

de los actos procesales, celeridad, así como en la búsqueda permanente de la conciliación entre las partes, siempre que ello sea posible.

5) La localización geográfica de los servicios jurídicos, es un factor muy importante en el acceso a la justicia, razón por la cual no puede ser descuidada, y a tal efecto propiciamos la instalación de Centros Jurídicos Integrales en aquellos lugares en los cuales la realidad humana los requiera y que deberán comprender:

A) Tribunal; B) Ministerio; C) Organos con la misión específica de procurar la conciliación entre las partes; D) Organos gratuitos de asesoramiento y de defensa letrada para las personas de ingreso reducidos.

6) Estimamos imprescindible la creación de un Instituto de Estudios Judiciales, como instrumento hábil para tecnificar la justicia y con este triple cometido: a) Selección de los aspirantes; b) formación profesional especializada; c) actualización y perfeccionamiento de los actuales magistrados.

7) Destacamos la conveniencia de realizar un importante esfuerzo educativo respecto de las reformas propuestas al sistema actual dirigido tanto a los operadores del mismo como a los consumidores de los servicios jurídicos.

8) Indicamos, por último, que las reformas del sistema judicial y procesal deben ser vistas como pasos imprescindibles para forjar el “Estado de Derecho” y consolidar la “Democracia”.

Un gobierno democrático que pretenda crear un verdadero “Estado de Derecho” debe tener entre sus primeras prioridades el establecimiento de un sistema judicial y procesal que a la vez que eficiente esté al servicio del hombre. Un sistema jurídico que no alcance en su protección a todos los habitantes de la República, o que llegue tardíamente o con soluciones inadecuadas, o que no respete los derechos y valores fundamentales del ser humano, implica en sí mismo una denegación del valor justicia.

Ello es fundamental, pues el “Estado de Derecho” no es una idea que nos sea ajena, sino propia, no es algo estático sino dinámico, que se va realizando día a día y de cuya construcción, en mayor o menor medida, somos todos responsables y en el cual esperamos encontrar junto a la libertad y al respeto por los derechos fundamentales del hombre, la realización de los valores de justicia, certeza y paz que todos anhelamos.

Tucumán, setiembre de 1987



Eficacia de la Ejecución de las decisiones Judiciales

Jorge W. Peyrano¹

*“La razón de ser de la literatura es la protesta.
Nadie que esté satisfecho es capaz de escribir,
nadie que esté reconciliado con la realidad”.*

Mario Vargas Llosa

I. Apuntes sobre el valor eficacia en el proceso

La cita que sirve de copete no es gratuita. Las hemos incluido porque, muy gráficamente señala el estado de permanente rebeldía del verdadero escritor (porque de los otros, también hay) que no se siente remolcado por la realidad, sino que, por el contrario, se enfrenta con esta -generalmente en dura y despareja lucha- para procurar su modificación.

También los autores de obras jurídicas se diferencian entre “remolcadores” Y “remolcados” pero lo que interesa no es tanto que estos sean más timoratos (o prudentes) sino que invariablemente sirven al disvalor “inercia”, tan profundamente enquistado que se ha dicho, con razón, que “el hombre de Derecho aprende fácilmente, pero olvida con suma dificultad”.

Y ya que estamos hablando de temas trascendentales y en miras a centrar el discurso en el referido en el epígrafe, debemos consignar que el proceso posee una escala de valores propia; valores que paulatinamente se van columbrando. Claro está que, raramente, los valores son mencionados derechamente por el ordenamiento respectivo, siendo las valoraciones tácitas las que determinan que tal o cual

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 21-1987.

texto legal² deba considerarse impregnado por determinado valor. Tal tarea si bien no es fácil, al menos tampoco resulta ser impracticable.

Volviendo al tema de la “inercia” prealudida, la misma concurre no solo cuando se registra cierta resistencia a aceptar novedades legislativas o doctrinarias, sino que también existe a nuestro entender, cuando se prefiere el razonamiento jurídico impecable y terso aunque con consecuencias inicuas, a un discurrir menos perfecto pero preñado de justicia. El extremado rigor lógico es muy propio de hábitos mentales latinos³ y trasladado, más concretamente, el tema al ámbito de la prestación jurisdiccional parecería, a veces, que algunos jueces fueran objeto de la mirada paralizante de la Medusa. Se olvidan así que hoy se propicia una suerte de “activismo Judicial”⁴, en pro de un proceso eficaz e idóneo, inclusive supliendo las eventuales falencias en que hubieran incurrido los otros poderes del Estado. O acaso la pretoriana “indexación judicial”⁵ no se adelantó eficazmente a todo tipo de regulación legal de repotenciación del valor nominal del signo monetario?

Decíamos más arriba que el proceso judicial posee una tabla de valores propia, la que es dinámica; esto último en el sentido de que salvo el valor “justicia” (que ocupa permanentemente el punto más espinado) los otros “referentes” (echando mano a la jerga psicoanalítica) axiológicos oscilan en su emplazamiento relativo y aun en su propia existencia. Veamos.

La institución de la ejecución forzosa “in natura” (es decir en especie) es reciente y su ascenso a la categoría de verdadero valor

² Recasens Siches, Luis, “Introducción al estudio del derecho”, México 1972, pág. 205.

³ Vallefin, Carlos, “La legitimación procesal y las situaciones jurídicas subjetivas”, en Jurisprudencia Argentina, Boletín del 8 de julio de 1987, pág. 20.

⁴ Morello, Augusto, “El rol de los tribunales en las sociedades modernas”, en El Derecho, Tomo 118, pág. 939.

⁵ Peyrano, Jorge W., “El proceso desindexatorio”, Bs. As. 1982, Editorial Hamurabi, *passim*.

procesal (tendiente a satisfacer verdaderamente al acreedor) es índice de madurez jurídica⁶.

Y qué decir del erosionamiento del valor procesal “predicibilidad” en materia de pronóstico de una lid judicial cuando ha irrumpido en el ruedo la ya mencionada vidio es “indexación judicial”, que por su conocida apelación al “prudente criterio de los jueces impide al letrado presagiar al cliente que percibirá tanto o cuanto.

No obstante que hacia comienzos de este siglo la “eficiencia” era un valor jurídico muy tenido en cuenta por los civilistas⁷, puede consignarse que recién ayer se perfiló en el horizonte del proceso civil⁸. Por nuestra parte hemos descripto al mencionado valor procesal “eficacia”, de la siguiente manera: “es menester recordar que el valor justicia funciona a modo de meta, de imán hacia el cual deben naturalmente tener todos los nobles esfuerzos (del legislador, de los jueces, de los curiales y de los justiciables) volcados en el campo procesal. Empero claro está la justicia pareciera ser un valor estático que se deja adorar y desear, pero nada más. Es decir que, por ejemplo, estimula el apetito de los sujetos del proceso (juez y partes) por alcanzarlo, pero no alumbrando el camino que debe seguirse en su procura. Precisamente tal función instrumental es cumplida por el valor jurídico eficacia que predispone todo (desbrozando y alumbrando el camino o aportando el carruaje que resulte más adecuado en el caso) en miras a hacer más llano y seguro la siempre rispida ruta que conduce al valor “justicia”⁹.

Ahora bien: tan acentuadamente está operando en la actualidad el valor “eficacia” del proceso que creemos que estamos asis-

⁶ Tapia Fernández, Isabel, “Las condenas no pecuniarias”. Palma de Mallorca 1984, Editorial Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, pág. 57.

⁷ Mosset Iturraspe, Jorge, “Medios compulsivos en derecho privado”, Bs. As. Biura 1978, Ediar, pág. 29.

⁸ Peyrano, Jorge W., “El valor eficacia en el proceso civil contemporáneo”, en “Cuestiones de Derecho Procesal”, Bs. As. 1980 Editorial La Ley, página 19.

⁹ *Ibidem*, pág. 19.

tiendo a una nueva etapa (el “eficientismo”) de los conocimientos procesales¹⁰, y a las pruebas (mejor expresado, los síntomas) nos remiten: el acceso de la “eficacia” a la escala de valores del proceso, que desde una perspectiva menos trascendente (pero igualmente importante) se traduce en la actual preocupación por el cabal rendimiento del servicio de la justicia; la apertura doctrinaria hacia experiencias foráneas netamente pragmáticas: la concepción de un juez necesariamente dotado de una visión prospectiva¹¹. Todo ello y mucho más apunta a poner en rendidor contacto el “qué es” con el “para qué es”, para así estar en buenas condiciones de aceptar (por servicial) o de rechazar (por inservible) por ejemplo, a una nueva institución procesal.

Tan fuerte manejada ha venido a poner en entredicho a ciertos residuos de la aludida mentalidad latina en el ámbito del proceso, tales como la falta de percepción de que es más grave, en sí, la desobediencia a un mandato judicial que la propia insatisfacción de su eventual beneficiario¹². Expresado de otra manera: el “público” tolera menos el lamentable espectáculo de la justicia incapaz de traducir los dichos en hechos. Antes con la mera “declaración” de un derecho, el público si no aplaudía al menos guardaba silencio; hoy si no hay “ejecución”, se retira enfadado y con el riesgo, siempre latente, de que se haga justicia por mano propia.

II- CUADRO GENERAL DE LOS MEDIOS COMPULSORIOS

Los medios de compulsión son reconocidos por el ordenamiento jurídico generalmente de modo expreso, pero también a veces, lo son de modo implícito¹³. Lo habitual es que su fuente sea la ley¹⁴, pero aparece como lícito que los interesados recuerden la operatividad

¹⁰ Peyrano, Jorge W. y Julio O. Chiappini, “El cuarto estadio de los conocimientos procesales”: el eficientismo procesal”, en La Ley 1984-A, página 884.

¹¹ Ibídem, pág. 884 y 885.

¹² Pekelis, Alejanda, “Técnicas Jurídicas i ideologías políticas”, en La Ley Tomo 29, pág. 837.

¹³ Mosset Iturraspe, ob. cit. pág. 14.

¹⁴ Ibídem, pág. 14.

eventual de medios compulsorios “extra-legales”. Eso sí: se deben respetar ciertos límites obvios. Sobre el particular, apunta Mosset Iturraspe “...ciertas sanciones resultan francamente inadmisibles: a) las que someten al deudor a la realización de servicios o trabajos a favor del acreedor, “sine die”; b) la que permite al acreedor (comprador), quedarse con la cosa dada (vendida), si el deudor (vendedor) no paga oportunamente el capital y los intereses convenidos en el pacto pignoraticio, aludido en los artículos 3165 y 3222 del Código Civil; c) la pérdida del derecho a oponer excepción y su defensa en el juicio a promover por el acreedor, etc.”¹⁵.

Los medios de compulsión son también denominados “procedimientos indirectos de cumplimiento” y constituyen de alguna manera, la traducción en materia jurídica de la “técnica del castigo” como método de provocación de conductas socialmente deseadas (en la especie de conductas jurídicas debidas).

Los medios compulsorios nacieron, sin duda en lo que hace al ámbito del derecho privado, como una vía idónea para que el dogma “*nemo praeci se potest pogi ad factum*” (nadie puede ser obligado a la ejecución personal de un hecho) -que hoy solo posee vigencia cuando el cumplimiento de lo debido implicaría el ejercicio de violencia contra la persona del deudor- no determine, automáticamente, la conversión de la ejecución “innatura” en indemnización sustitutiva de daños y perjuicios.

Claro está que el “castigo” respectivo puede traer como consecuencia no querida que el deudor, atemorizado, acepte cumplir obligaciones de dudosa validez por miedo a sufrir las consecuencias del medio compulsorio convenido¹⁶. Por ello es que en el caso, constituye¹⁷ una verdadera atribución (no facultad, sino un verdadero poder-deber) de los jueces, morigerar tales “castigos”.

¹⁵ Ibídem, pág. 17 al pie.

¹⁶ Ibídem, pág. 17.

¹⁷ Vallefin, ob. cit., pág. 20 al pie.

También media consenso en que cualquier medio compulsorio encierra una especie de presión psicológica sobre quien recae una conducta jurídica debida, presión de tanta entidad que resulte apta para convencer al renuente acerca de que lo mejor es que se avenga a cumplir “in natura” lo adeudo.

Las vías compulsorias en el derecho privado pueden estar reguladas por la ley (vgr. los intereses punitivos, el derecho de retención y la cláusula penal) o provenir del acuerdo de partes, que con su ingenio pueden, lícitamente, crear algún medio no pensado por el legislador, siempre y cuando como se ha dicho la aplicación del mecanismo inventado no involucre un menoscabo para la condición humana¹⁸. De cualquier modo, todos ellos se caracterizan por preveer la eventual insatisfacción en la especie de una obligación de derecho privado.

Las vías compulsorias en materia procesal, presuponen, en cambio, la desobediencia, por parte del destinatario, de un mandato relacionado con un proceso judicial; debiéndose tener presente que toda orden judicial genera una suerte de deber “erga omnes” de respetar y cumplir lo ordenado. Puede traerse a cuento que en el primitivo derecho romano (que no concebía el juicio “en rebeldía”) se procuraba, a todo trance asegurarse la comparecencia a juicio del demandado. A tal fin se podía, por ejemplo, solicitar al pretor que pudiese al actor en posesión de los bienes del demandado (a cuya venta podía eventualmente proceder) si no se verificaba la comparecencia de este, dentro de ciertos plazos¹⁹. Así, en los hechos, el pretor venía, en esencia, a cumplimentar lo medular de cualquier medio compulsorio, es decir, la amenaza para el desobediente de sufrir un mal mayor.

También de modo análogo al señalado “ut supra” los medios compulsorios en derecho procesal se pueden dividir en reglados (que

¹⁸ Mosset Iturraspe, op. cit. pág. 19.

¹⁹ Palacio, Lino, “Manual de Derecho Procesal Civil”, 2a. Edición Bs. As. 1968, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, pág. 273.

son los contemplados por el legislador) y no reglados. Entre los reglados, puede anotarse el caso de ciertos ordenamientos procesales que preveen, por ejemplo, la posibilidad de paralizar el proceso principal si el perdedor no efectiviza el pago de las costas incidentales que adeuda²⁰; solución esta opinable por algunas connotaciones que pueden resultar contraproducentes respecto del fin perseguido²¹. Los “no reglados”, son aquellos que son el producto de la inventiva pretoriana. Tal sería el supuesto que consigna Morello: “la jurisprudencia ha admitido como otros medios de compulsión, la paralización de los trámites del expediente principal (vgr., el proceso de divorcio) si el obligado (esposo, padre) no satisface la prestación de alimentos atrasados o el pago de litisexpensas”²². Esta última actitud “creadora” de los jueces no puede sorprender ni alarmar. Observada desde la óptica de que las facultades conminatorias son poseídas por los tribunales como consecuencia del elemento “executio” que hace a su potestad jurisdiccional²³, o desde el ángulo de que los magistrados cuentan con atribuciones implícitas para efectivizar sus facultades expresas²⁴, el resultado es el mismo: los jueces disfrutan de la referida aptitud.

Pero no hay otra pauta clasificatoria de los medios compulsorios relacionados con un proceso. ¿Cuál es? Pues la que los discrimina según posean alcances “intraprocesales”, es decir con consecuencias directamente vinculadas con la tramitación del proceso dentro del cual se insertan categoría en la cual encuadran los dos ejemplos arriba aportados de medios compulsorios procesales “reglados” y “no

²⁰ Peyrano, Jorge W., “La detención del procedimiento civil”, Bs. As. 1979, Editorial Orbir, *passim*.

²¹ Colombo, Carlos, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado”, 4a. edición, Bs. As. 1975, Editorial Abeledo Perrot, Tomo 1, pág. 110.

²² Morello, Augusto y otros, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados” 2a. edición, Bs. As. 1984, Editorial Platense-Abeledo Perrot, Tomo II-A, página 710.

²³ Alvarado Velloso, Adolfo, “El juez, sus deberes y facultades”, Bs. As. 1982, Editorial Depalma, pág. 286.

²⁴ Peyrano, Jorge W., “Atribuciones implícitas del órgano jurisdiccional”, en “Revista de la Asociación internacional de Policía”, N°. 2, pág. 30.

reglados”; y también el desacato civil del derecho anglosajón conforme al cual. vgr., “si el rebelde es el actor carece de la facultad de proseguir con la tramitación del juicio... y el tribunal puede negarle al rebelde el privilegio de obtener resoluciones favorables cuando estas resoluciones sean facultad discrecional del juez”²⁵; o alcances “extraprocesales”, vale decir con repercusiones que no hacen directamente al trámite del proceso en cuestión, aunque indirectamente influya sobre la voluntad de la parte renuente. Este último sería el caso correspondiente al Derecho Romano primitivo que antes mencionáramos, y también el supuesto del medio compulsorio “astreintes” que, con más atención examinaremos más abajo.

III- MEDIO COMPULSORIO Y SANCIÓN DISCIPLINARIA

El sistema anglosajón reconoce el muy conocido “contemp of court”²⁶ como género que engloba una multifacética gama de desacato criminal, civil, directo e indirecto) de “rebeldías” a cumplir lo ordenado por un tribunal.

Y, esto es lo que interesa, deposita en manos del propio magistrado a quien se ha desobedecido, la represión enérgica e inmediata de quienes -de un modo u otro- han despreciado un mandato judicial o menoscabo la autoridad o dignidad del Poder Judicial. De tal manera se ha logrado un auténtico respeto y acatamiento a lo ordenado en sede judicial. Lo contrario acontece en nuestro país²⁷, donde para colmo de males, el costado penal de la desobediencia a un mandato emitido por un juez civil o comercial, es investigada, y eventualmente sancionada, por un juez distinto que el afectado y que, de ordinario, despliega poca energía y bastante y que, de o desinterés.

²⁵ Peyrano, Jorge W., “Medida cautelar innovativa”, Editorial Depalma, Bs. As.1981, pág. 118.

²⁶ Molina Pasquel, Roberto, “Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo III, N°. 9, Enero-Marzo de 1953, passim.

²⁷ Peyrano, Jorge W., “Medida cautelar...” pág. 109.

Para más y mayor confusión, en nuestro país el sistema represivo (en la órbita del derecho privado) de las desobediencias a mandatos judiciales corre por dos grandes cauces: el de los medios compulsorios (menos transitado) y el de las sanciones disciplinarias vg. pago una multa; generándose así la necesidad de practicar un cuidadoso deslinde entre dos grandes grupos.

Creemos que el único distingo aceptable radica en señalar que los medios compulsorios procesales apuntan derechamente al cumplimiento “in natura” de un mandato judicial; tratándose, además, de sanciones procesales impuestas a título condicional como medio de coacción psicológica, destinada a vencer la resistencia del obligado²⁸.

El artículo 640 C.P.N. (ley 22.434) consagra una clara muestra de medio compulsorio (de alcances “intraprocesales”) como apercibimiento para el supuesto de inasistencia injustificada a la segunda audiencia preliminar del alimentante dentro del juicio de alimentos, el consistente “...de establecer la cuota alimentaria de acuerdo con las pretensiones de la parte actora y lo que resulte del expediente. Al legislador le interesa el cumplimiento “específico” del llamamiento a comparecer personalmente del susodicho, ello por razones de técnica procesal y a fin de facilitar una eventual conciliación²⁹ y no tanto por motivos éticos.

Las medidas disciplinarias, por su parte, no es interesan tanto por el cumplimiento “in natura” de la conducta debida y sí, mucho más, por el cumplimiento ético de la conducta debida; constituyendo un ejemplo de ello el artículo 528 C.P.N.³⁰.

²⁸ Palacio, Lino, “Derecho Procesal Civil”, Bs. As. 1969, Editorial Abeledo Perrot Tomo II, pág. 241.

²⁹ Cuadrao, Jesús, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado” (actualizado por Oscar Martínez) 4a. edición. Bs. As. 1978, Editorial Depalma, pág. 846.

³⁰ Artículo 528 del C.P.N. Ley 22.434: “Si el documento no fuere reconocido, el juez, a pedido del ejecutante, previo dictamen de un perito designado de oficio, declarará si la firma es auténtica. Si lo fuere, se procederá según lo establece el

Cierto es, que a veces, la entidad de, por ejemplo, la multa disciplinaria funciona a modo de persuasivo para que el destinatario de un mandato judicial lo acate, pero ello será una consecuencia contingente puesto que el propósito que se tuvo en cuenta al instrumentarlo no fue ese sino el de sancionar una conducta moralmente reprochable.

En cierta forma, la divisoria de aguas entre medios compulsorios y sanciones disciplinarias sería la siguiente: los primeros tienen en vista conductas futuras deseables (el cumplimiento "in natura" de una prestación o de un mandato judicial), los segundos tienen mas bien en miras conductas ya acaecidas (la infracción al deber de lealtad procesal) que deben ser reprimidas³¹.

IV- LAS "ASTREINTES" EN PARTICULAR

1. Introducción

Las "astreintes" son, ¿qué duda cabe? una suerte de paradigma de medio compulsorio procesal, por lo que se nos ocurre que casi todo lo que se predique de ella resulta aplicable a los demás; de los que, en principio, se distingue, principalmente, por involucrar la amenaza de una sanción pecuniaria progresiva³² ante el incumplimiento de un mandato judicial.

artículo 531 y se impondrá al ejecutado las costas y una multa equivalente al 30 del monto de la deuda..."

³¹ Cuadrao, ob. cit., pág. 69.

³² Artículo 37 del C.P.N. Ley 22/434: "Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerla y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder".

Es que sin ser una medida disciplinaria (ni tampoco cumplir una función resarcitorial constituye una forma de coacción psicológica³³, que apunta a “lograr la actuación práctica de la sentencia con el cumplimiento específico de la decisión, mediante la participación de la voluntad del condenado”³⁴ y que también, vino a sustituir la “prisión por deudas”³⁵.

Lo expresado anteriormente no implica que nos enrolemos en la corriente que interpreta que las “astreintes” son aplicables tan solo para hacer respetar lo mandado en sentencias; porque tal mandato judicial es el que condena a pagar el precio adeudado en una compraventa como el que desemboca luego de un proceso cautelar. Al respecto, Palacio acota lo siguiente: “el artículo 37 (el que consagra las “astreintes”) en efecto, constituye una norma de carácter general, que no ha sido instituida con específica referencia a la ejecución de sentencia, y es por tanto aplicable vgr, para obtener el cumplimiento de una decisión judicial que hubiese ordenado, a título de medida preventiva la exhibición de una cosa mueble o de un instrumento (artículo 323, incisos 2, 3, 4 y 5 C.P.N.) para hacer efectiva una prohibición de innovar, etc.”³⁶. Dicha postura resulta avalada por los amplios términos del artículo 666 bis Código Civil y también por el hecho de que el referido artículo 37 C.P.N. está incluido dentro del régimen general de deberes, potestades y facultades de los jueces³⁷.

Aun cuando, por vía de mera hipótesis de trabajo, se entendiera que el texto legal procesal nacional solo consigna expresamente la imposición de “astreintes” para el supuesto de incumplimiento de lo mandado por sentencia, de todos modos le cabría a los jueces que

³³ Morello, Augusto y colaboradores, ob. cit., pág. 709.

³⁴ Fenochietto, Carlos y colaboradores, “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Bs. As. 1986, Editorial La Rocca, pág. 51.

³⁵ Llambías, Jorge Joaquín, “Estudio de la Reforma al Código Civil”, Bs. As. 1969, Editorial Jurisprudencia Argentina, pág. 190.

³⁶ Palacio, Lino, “Derecho Procesal...”, pág. 245.

³⁷ Augusto Morelló y colaboradores, ob. cit. pág. 708.

operaran con dicho ordenamiento la posibilidad de ejercitar sus poderes jurisdiccionales implícitos derivados del principio de autoridad y así imponer “astreintes” para que, vgr., se obedezca lo ordenado a través de una prohibición de innovar. Si -como es harto sabido- en nuestro medio se aceptó la creación pretoriana de las “astreintes” en el ámbito del derecho privado mucho antes de que existiera cualquiera regulación civil sobre la materia³⁸, a santo de qué rasgarse las investiduras cuando la “inventiva” se registra en el campo procesal?

De todos modos, la multifacética aplicación jurisprudencial de las “astreintes”³⁹ representa la mejor prueba de su incorporación plena y sin retaceos al consenso jurídico nacional; lo que no acontece en otras latitudes⁴⁰.

Por qué, entonces, ¿vacilar si se propone su empleo extensivo en materia procesal? A ello se aduna que una respuesta positiva a susodicho interrogante, vendría a reforzar el siempre proclamado, pero casi nunca preservado en los hechos, principio de autoridad. El resto es silencio”, o si se prefiere “inercia” en el sentido al que al comienzo nos referimos.

2. Condiciones de aplicabilidad

a) Noticia previa

Insistimos en que lo que digamos de ahora en más sobre las condiciones de aplicabilidad de las “astreintes” es “mutatis mutandi” aplicable a los restantes medios compulsorios procesales, en especial a los que hemos calificado como con “alcances extraprocesales”.

Por ser la “medida conminatoria” (esta novedad o no tanto, doctrinaria que propondremos y describiremos “infra”) un medio compulsorio procesal con “efectos extraprocesales”, nos consideraremos

³⁸ Mosset Iturraspe, ob. cit., pág. 44.

³⁹ Cuadrao, ob. cit. pág. 68.

⁴⁰ Ibídem, pág. 69.

relevados de repetir más luego lo que ahora diremos; sin perjuicio -claro está- de puntualizar algunas características que le son propias.

Conviene, por añadidura, aclarar que no ahondaremos en las muy transitadas disquisiciones específicas sobre cuándo y cómo corresponde disponer “astreintes” para que se cumpla “en especie” una sentencia. Pensamos que dicha temática ha sido “expropiada” en nuestro país por la investigación civilística (a las pruebas nos remitimos, pues “documentales” no faltan cuando se releen las obras de derecho civil que comentan el artículo 666 bis Código Civil), pero por nuestra parte cobraremos, a cambio un precio “justo”: que nos dejen visualizar la aplicación de “astreintes” para obtener el cumplimiento “in natura” de cualquier mandato judicial y, también, que se nos permita comunicar nuestra opinión acerca de las principales condiciones generales requeridas para poder echar mano válidamente (en el ámbito procesal) al aludido medio compulsorio; aunque sin ánimo exhaustivo.

b) Algunas condiciones generales de aplicabilidad de las “astreintes” en materia procesal.

Las “astreintes” poseen una naturaleza provisoria porque “su determinación no causa estado, porque su cuantía no tiene la estabilidad que otorga la cosa juzgada, porque pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas en cualquier momento a criterio del juez”⁴¹.

Ahora bien: a pesar de que -como se ha dicho- el acatamiento de la orden judicial primigeniamente desobedecida acarrea el cese de las “astreintes”⁴², la persistencia en la desobediencia puede e incrementar su cuantía (de ahí su carácter progresivo) y también, mantenerla inalterada para que simplemente opere el efecto acumulativo⁴³.

Puede, además, ser objeto de reducción cuando el contumaz desiste parcialmente de su resistencia e, igualmente dejarse sin

⁴¹ Ibídem, página 65.

⁴² Fenchietto, Carlos y colaboradores, ob. cit, pág. 52.

⁴³ Mosset Iturraspe, ob. cit. pág. 44.

efecto (o suspenderse en parte) cuando resulta ser que, en realidad, no ha mediado renuencia⁴⁴ o cuando concurre un caso de justificación total o parcial⁴⁵. En este último orden de ideas, interesa remarcar que se ha propiciado aceptar el “estado de necesidad” del desobediente a modo de justificación que lo releva de ser objeto de “astreintes”⁴⁶. De la misma manera, funcionaría como causa de justificación o de excusación, el hecho de que lo ordenado judicialmente sea practicable por el destinatario; vale decir que el incumplimiento en cuestión sea imputable (o doloso o culposos) y no inimputable⁴⁷.

Asimismo, no pueden decretarse oficiosamente, sino a pedido de parte⁴⁸ y, por supuesto, no corresponde imponerlas cuando sobre una de las partes pesa una carga procesal (vgr., comparecencia a absolver posiciones), puesto que esta es un “imperativo del propio interés”⁴⁹ y como tal no susceptible de una coacción del tipo de las “astreintes”.

¿Se pueden aplicar astreintes a terceros? (y el mismo interrogante valdría para los medios compulsorios procesales -sobre todo los que tienen alcances “extraprocesales-en general-). El tema era polémico entre los comentaristas del ordenamiento procesal civil nacional. La última reforma procesal (la derivada de la sanción de la ley 22.434) estableció en el artículo 37 del C.P.N. que podían “aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece”, y varias disposiciones de dicho cuerpo legal así lo prevén expresamente⁵⁰.

⁴⁴ Colombo, ob. cit. pág. 109.

⁴⁵ Mosset, Iturraspe, op. cit. pág. 68

⁴⁶ Ibídem, pág. 62.

⁴⁷ Colombo, op. cit. pág. 109.

⁴⁸ Mosset Iturraspe, ob. cit. pág. 53.

⁴⁹ Peyrano, Jorge W., “Proceso Civil. Principios y Fundamentos”. Bs. As. 1978, Editorial Depalma, pág. 59.

⁵⁰ Palacio, Lino, “Estudio de la Reforma Procesal Civil y Comercial” Bs. As. 1981, Editorial Abeledo-Perrot, *passim*

No nos convence el sistema adoptado en la especie por el C.P.N., y que podría traducirse del siguiente modo “proceden las sanciones conminatorias contra terceros cuando la ley así lo diga”, lo que no agrega demasiado.

Si estamos viviendo (por imperio de la vogorización del valor “eficacia en el proceso) una época en que no resulta descabellada la idea Carneluttiana consistente en que pesaría “erga omnes” una especie de “servicio público judicial”⁵¹ que hace que toda la comunidad deba colaborar, llegado el caso, para una mejor prestación de la actividad jurisdiccional; ¿por qué tanta parsimonia en reconocer la procedencia de medios compulsorios procesales cuyo destinatario sean terceros? ¿O acaso nuestros jueces se caracterizan por su atolondramiento? Por el contrario, si alguna singularidad podría atribuirse a nuestra magistratura no sería esa, y su labor ni tan siquiera podría resumirse en la siguiente frase: “hasta donde yo pueda” sino mas bien en un prudente “hasta donde el foro no diga que me estoy transformando en una Magnaud. La “inercia”, otra vez paralizante de las mejores intenciones y causante de no pocas soluciones “de cajón” pero inicuas.

V. LA MEDIDA CONMINATORIA

1. La “fragilidad” de nuestra magistratura

Por más que la doctrina⁵² y los certámenes científicos⁵³ poco menos se han desagañado en propugnar un entramado de atribuciones

⁵¹ Peyrano, Jorge W., “El Proceso Civil...”, pág. 73.

⁵² Sosa, Gualberto Lucas, “Desobediencias e impedimentos a la ejecución de órdenes y sentencias judiciales”, en “Revista de Estudios Procesales” N°. 14, pág. 97.

⁵³ Despacho de la Comisión 3 del VII Congreso Nacional de Derecho Procesal, transcripto en “Cuadernos del Instituto de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Córdoba”, No. 130, pág. 53: “para asegurar el principio de autoridad es menester sancionar toda forma de conducta que constituya un impedimento o desobediencia que en forma maliciosa obstruyan la ejecución de órdenes y sentencias judiciales, sea respecto de las partes o de un tercero. Que cuando la autoridad sea

jurisdiccionales que le concedan a los jueces un real “poder de hecho” y la chance de hacerse respetar, efectivamente y eficazmente, sus investiduras, no demasiado se ha adelantado respecto del panorama que hace algún tiempo pintábamos así: “por supuesto que también puede acontecer que sean las mismas partes (confiadas en la pobreza de recursos de nuestros jueces, para efectivizar lo ordenado) quienes hagan oído sordos al mandato judicial. Veamos. ¿Qué actitud podrá adoptar un tribunal nacional que ha ordenado a una revista que se abstenga de seguir publicando una serie de notas escandalosas, en el supuesto de que dicho mandato no fuera acatado? Pues el tribunal podría, por ejemplo, imponer “astreintes” hasta que lo ordenado fuera cumplido. Empero, ello podría no hacerle mella a la revista en cuestión, dado que el incremento de ventas logrado con la serie sujeta a entredicho compensa largamente lo debido en concepto de “astreintes”. Podría también especularse con la posibilidad de amenazar al contumaz con la incriminación de la comisión del delito de desobediencia a la autoridad -delito sancionado con pena harto benigna- debiendo, entonces, el tribunal ultrajado en sus fueros remitir los antecedentes del caso a la justicia represiva para que algún día y con suerte- encuentre castigo tan flagrante desprecio del imperio del órgano jurisdiccional. Para colmo de males no es inusual que los tribunales del fuero represivo investiguen con parsimonia -y hasta con desinterés- las causas remitidas por el fuero civil o comercial”⁵⁴.

Sin embargo, la irrupción pretoriana de la medida cautelar innovativa y de los demás síntomas de la entronización del valor “eficacia” en el proceso, trajo consigo un poco de “locura santa” (como quería Juan XXIII) cuando propiciaba el “aggiornamento” de la Iglesia, nada menos) y las correspondientes sospechas acerca de que el oficio de juzgar es mucho más que arrellanarse en un sillón y elegir,

requerida normalmente para el cumplimiento de un mandato judicial, esté obligado a cumplirlo sin que esté permitido calificar la legalidad o ilegalidad del mismo”.

⁵⁴ Peyrano, Jorge W., “Medida cautelar...”, pág. 121.

muy cómodamente, cuál de los dos alegatos cuenta con mayor respaldo en el texto legal, en la doctrina más prestigiosa y en la jurisprudencia más tradicional.

Vale decir que muchos jueces civiles y comerciales comenzaron en verdad a sentir la necesidad de ser “protagonistas” (en su sentido pristimo, de primer luchador) del proceso, por lo menos en punto a que el mismo resulte un organismo eficaz. Es cierto que se cometieron -y cometerán- algunos excesos en nombre de la referida “locura santa”, pero se ha logrado un objetivo que compensa, con creces, dichas demasías: es posible a través de lícitas creaciones pretorianas no solo solucionar un problema puntual, sino que, por añadidura, las mismas pueden poseer la potencialidad de revertir todo un estado de cosas o al menos predisponer el terreno para cambios futuros de mayor extensión y profundidad.

Alentados por el citado (aunque solo incipiente) nuevo cuadro de situación, creemos que ha llegado el día y la hora de reforzar los “poderes de hecho” (harto frágiles) de los jueces argentinos con competencia en materia civil y comercial en vista, ante todo a privilegiar la ejecución “en especie de los mandatos judiciales a través del concurso de la voluntad (presionada, pero voluntad al fin) de los destinatarios de los mismos. Lo que hace relativamente un corto lapso nos planteábamos como interrogante⁵⁵ pensamos que hoy merece una respuesta afirmativa e inequívoca, porque ha madurado una nueva conciencia que admite nuevos sonidos sin que suenen demasiado discordantes.

⁵⁵ Ibídem, pág. 212: “No habrá llegado la hora de asignarle al juez (por lo menos en ciertos casos) la potestad de hacer cumplir (si ello resultara posible) en especie y a todo trance lo mandado por sentencia? ¿No habrá llegado la hora -ampliando más el horizonte- de que la misma posibilidad se reconozca respecto de cualquier providencia jurisdiccional (sea o no sentencia)? Mueve a tristes reflexiones pensar que hasta hoy se niegan a los jueces las mismas facultades que se conceden, por ejemplo, a los municipios a través del ejercicio del poder de policía. ¿Es que acaso los jueces (con todo su bagaje de versación jurídica y tradicional prudencia) tienen menos título que un intendente de ciudad de tercera categoría?”.

¿Y de qué nota se trata? Pues de aquella que viene a instalarse en el pentagrama jurídico para evitar situaciones como la descrita y desarrollada al despuntar este apartado sobre “la fragilidad de nuestra magistratura”. Para que “nunca más” vgr. el destinatario en un mandato judicial (sea del orden que fuera) haga oídos sordos porque, por ejemplo, poco le importe pagar “astreintes” (sea por su insolvencia, sea porque persistiendo en su contumacia percibirá más dinero que la que deberá desembolsar para cancelar las sanciones conminatorias) y menosprecie (por la razón que fuere) las amenazas penales y disciplinarias, por la desobediencia en que incurrieran. Repárese en que en ciertas ocasiones es menester la participación de la voluntad del destinatario de un mandato judicial para que el mismo pueda ser satisfecho adecuadamente. Imagínese en este orden de ideas y desde una perspectiva meramente crematística, que el cumplimiento “en especie” de un mandato sea factible a través de la intervención de un tercero colocado “*manu militari*” por el magistrado para dar cumplimiento, vgr., a una medida desobediencia cuya satisfacción presupone el desembolso inmediato de una suma de dinero con la que no cuenta el peticionante de la medida incumplida. Léase bien: la medida puede, teóricamente, ser efectivizada a través del concurso de un tercero pero, en los hechos, no es factible que dicha “ejecución por terceros” resulte expeditamente practicable.

Qué hacer, en la emergencia. Pues, a nuestro modo de ver un buen atajo consistiría en presionar al deudor desobediente de la conducta reclamada, con la amenaza que de persistir en la contumacia, resultará acreedor a una consecuencia desfavorable de orden “extra-procesal” que podrá acarrearle resonancias mucho más negativas que la de dar cumplimiento a lo dispuesto por el órgano jurisdiccional.

A dichas resonancias, le hemos puesto por título convencional (el lector puede, válidamente, atribuirle otro) medidas conminatorias, a las que -lo adelantamos- consideramos una especie del género de los medios compulsorios procesales. No se trata, pues, solo de dic-

tar medidas “heroicas” (como, vgr. decretar una medida cautelar innovativa), sino también de procurar su efectivización por las vías que fueren adecuadas. Y si por las circunstancias del caso, resultará necesario o conveniente la participación en algún grado de la voluntad del cautelado, forzarla mediante el ejercicio de una fuerte coacción (y de alcances extraños al trámite del juicio principal) que lo decidan a actuar conforme lo ordenado. O acaso, nos preguntamos, ¿la orden cautelar no ha sido despachada después de una breve pero real “sumaria cognitio”?

Por fin, estamos en condiciones de describir -aunque sea provisionalmente- a la medida conminatoria diciendo que es cualquier orden de contenido no pecuniario y con alcances extraprocesales emanada de un tribunal de justicia, que tiende a obtener el debido cumplimiento “in natura” de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, a través del concurso de la voluntad del destinatario del mismo, y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que “prima facie” podría llegar a ser de mayor entidad que el resultante de persistir en dicha actitud contumaz.

Antes de desmontar y examinar, sumariamente, los componentes de la susodicha definición, debemos consignar que, siguiendo el ya visto esquema general de los “medios compulsorios”, decimos que el que nos ocupa es un medio compulsorio procesal con alcances “extraprocesales”; y por ser lo es que participa de la mayoría de las características de los mismos sobre las que nos explayamos “ut supra”.

Sentado lo anterior, aclaramos que “cualquier orden judicial” puede asumir el rango de medida conminatoria. Tan solo la prudente imaginación del magistrado marca los límites en tal sentido. Eso sí: Obviamente se tratará siempre de un mandato “derivado”; es decir que presupone la existencia de, al menos, un mandato anterior desobedecido al que se busca hacer cumplimentar en homenaje, al valor “eficiencia en el proceso”.

No obstante que de lo hasta aquí expresado fluye, casi naturalmente, que la medida conminatoria es aplicable en todos los sectores del proceso, debe reconocerse que es en el ámbito de lo cautelar donde, seguramente, operará con mayor frecuencia y eficacia.

Lo de “contenido no pecuniario”, obedece al propósito de deslindar a la medida conminatoria de las “astreintes” (que como hemos señalado, es otro medio compulsorio procesal con alcances extraprocesales pero con “contenido pecuniario”).

En cuanto a los indicados “alcances extraprocesales” explica la amenaza que se blande contra el desobediente (de insistir este en su contumacia), amenaza que implica consecuencias que no influyen sobre el desarrollo del proceso respectivo. Lo que significa que el desobediente contumaz no quedará sumido en alguna situación procesal desfavorable (por ejemplo, paralización del proceso) sino que sufrirá alguna consecuencia fuera del ámbito del proceso en el que se encuentra involucrado.

Ahora bien: la susodicha amenaza debe contar con el suficiente peso como para persuadir al desobediente que más provechoso le resultará cumplir “en especie” con lo ordenado; y he aquí, precisamente, el factor “presión psicológica” sobre la voluntad del desobediente que caracteriza a los medios compulsorios en general.

Y dejamos para el final lo que, quizás mejor caracterice y distinga a la medida conminatoria: se persigue con su dictado no solo la satisfacción “en especie” de un mandato judicial primigeniamente resistido (lo que podría en algunos casos, lograrse a través de la “ejecución por terceros”) sino conseguirlo mediante la participación de la voluntad del destinatario del mismo que, a veces y por diversas razones, es menester para su adecuado cumplimiento.

3. El leading case en la materia

A- Introducción

Como ha sucedido con tantas y tantas creaciones pretorianas muchas de ellas nacieron como consecuencia de resoluciones judiciales donde se hizo justicia, pero sin percibir, claramente, la dimensión exacta de lo que un poco inadvertidamente se había descubierto. Algo así ocurrió con la “partida de nacimiento” de la medida conminatoria.

Así como le pasaba al burgués del cuento que no sabía que redactaba “en prosa”, las creaciones pretorianas no siempre son “a conciencia”. Dicho de otro modo: en muchas oportunidades, la decisión jurisdiccional sirve de puntapié inicial para que luego el hilván doctrinario desoville todas las consecuencias imbricadas en la misma. Se trata, pues, de un desarrollo “a posteriori” del dictado de una resolución cuyas connotaciones teóricas escaparon a la percepción del tribunal respectivo o, lo que es bastante habitual, no consideró este pertinente ni propio del oficio del juzgar, desarrollar. Pero lo decidido está ahí y su perfil lleno de consecuencias bienvenidas, también. Vamos, entonces a reseñar brevemente cuál ha sido el puntapié que ha dado inicio a esta idea en germen que es hoy la “medida conminatoria”.

B- La situación de hecho planteada

Se inauguró en Rosario un negocio de confitería-bailable en un subsuelo muy amplio, con capacidad para más de mil personas. El éxito de la explotación trajo como consecuencia una realidad no sospechada en un comienzo: la ventilación del local era deficiente. Ello determinó que, en forma “unilateral”, los propietarios de susodicho negocio instalaron unos enormes extractores de aire (“forzadores”) para hacer más respirable el ambiente. A tal fin se practicaron grandes boquetes en la parte superior del sub-suelo para dar cabida a los conductos de ventilación. Sucedió que dichos conductos arrojaban el aire extraído (que era una gran masa de aire caliente enrarecido) debajo de la puerta de acceso y de las ventanas (que debían permanecer

abiertas durante la época estival por tratarse de un gran local que carecía del sistema de refrigeración) de un bar lindero. Con lo que esta última explotación resultaba perjudicada por encontrarse, repetidamente, invadido su interior, por una masa de aire caliente que hacía desistir a potenciales parroquianos y que ahuyentaba a los asistentes.

C- La vía judicial

Ante la situación referida, los perjudicados promovieron los a la sazón, caratulados “Cuoco Esteban y Daniel Igreta (Sociedad de Hecho) c. C.A. - Medidas Precautorias-Demanda Sumaria”, radicados, en definitiva, por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Tercera Nominación de Rosario, a cargo del Doctor Hernán Carrillo.

Invocando lo dispuesto por el artículo 2618 del Código Civil, los promotores de los obrados solicitaron y obtuvieron el despacho de una medida cautelar innovativa consistente en ordenar el inmediato cese del funcionamiento de los forzadores-extractores de aire mencionados; con lo que, tácitamente, se estaba ordenando su adaptación de modo tal que su funcionamiento no ocasionara las molestias justificantes de la referida innovativa.

Dicha orden fue desobedecida y los forzadores siguieron funcionando como si nada hubiera ocurrido. Después (segunda orden judicial) el magistrado interviniente dispuso el inmediato acatamiento de la aludida innovativa, sin tampoco lograr éxito alguno.

Posteriormente -y habiendo ya transcurrido más de tres meses de haberse despachado y notificado la innovativa indicada y estándose ventilando un proceso criminal por la desobediencia de marrarse ordenó (tercera orden judicial) constatar si realmente los mencionados extractores de aire seguían funcionando en las mismas condiciones, y en caso afirmativo se autorizaba a recurrir a los servicios de un técnico para proceder a su desconexión y precintado. Esto fue

cumplido: la contestación fue “positiva” y, por ende, los meneados aparatos fueron desconectados y precintados.

Empero, aconteció que poco tiempo después se violaron los precintos y se pusieron en funcionamiento los extractores de aire sin repararlos debidamente. Enterado de ello los perjudicados propietarios del bar lindero, solicitaron del Doctor Carrillo la comprobación de tal circunstancia y, en su caso, la clausura de la vecina confitería-bailable, a lo que en fecha 1° de abril de 1986 se hizo lugar, ordenándose tal clausura hasta tanto se acreditara la desaparición de las molestias ocasionadas por el funcionamiento de los aludidos extractores de aire.

D- Análisis de la vía judicial

Pensamos que lo decidido por el magistrado interviniente no solo fue acertado, sino que abasteció, en buena forma, el valor “eficacia”, en la emergencia.

Remarcamos que la amenaza penal demostró ser, en los hechos y una vez más, impotente para lograr la satisfacción de órdenes judiciales.

Nótese, asimismo, que si se le hubieren impuesto “astreintes” a los renuentes, quizás su importe hubiera sido compensado por las fuertes ganancias conseguidas con la prosecución -contra viento y marea- de la explotación de la confitería-bailable. En cambio, al decretarse derechamente la clausura de la misma se la privó a los destinatarios de la orden resistida, de la chance de especular con dicha “compensación”.

Se podría argumentar con que, eventualmente, se hubiera podido lograr la ejecución del mandato judicial desobedecido a través de un “tercero” y no, necesariamente, mediante el “forzamiento” de la voluntad de sus destinatarios. Pero nos preguntamos: no irrita la sensibilidad jurídica que, vgr., los “perjudicados” del caso, por añadidura debieran desembolsar una gruesa suma (con la que podrían no contar) para afrontar el pago de las modificaciones de un sistema de

ventilación de las características indicadas, para luego intentar su repetición, etc.?

También se podría traer a colación -a modo de “abogado del diablo”- que, al fin y al cabo, igualmente los renuentes podían ignorar el mandato judicial y seguir explotando su negocio pese a la orden de clausura. En efecto, en teoría es así, pero no en la práctica. Veamos.

Si la clausura de marras se realizara con los recaudos pertinentes (consigna policial, faja de clausura en la puerta de acceso) es muy factible que se materializara un gran impacto sobre la clientela del negocio y consiguientemente sobre su volumen y calidad; clientela harto sensible -como es de público y notorio- a cualquier avatar que ponga en entredicho la honestidad del lugar. Y a decir verdad que el enfajamiento de la puerta de acceso del recinto y la consigna judicial, no constituyen circunstancias que predispongan demasiado favorablemente en tal sentido.

Tampoco creemos que el camino elegido por el juez actuante haya sido el único (porque si algo hemos aprendido es a tratar de no limitar nuestra imaginación a una ruta de una sola mano), y de la misma manera admitimos que se le puede formular más de una objeción. Pero lo que aquí procuramos no es defender, por impecable, una decisión judicial, sino más bien subrayarla para que sirva de punta de lanza para otros emprendimientos, quizás más exactos.

Como fuere, lo cierto es que el decisorio bajo la lupa se ajusta como anillo al dedo a las notas caracterizantes de la medida conminatoria; a saber: la clausura del local es una consecuencia “extraprocesal” (es decir que no influye derechamente sobre el trámite del asunto respectivo) de la desobediencia operada respecto de la innovativa primigenia (por ello, la clausura es un “mandato derivado”); su naturaleza es “no pecuniaria” (por más que, indirectamente, pueda tener repercusiones económicas); su entidad amenazante puede ser mayor (pérdida total de ingresos, deterioro del valor “llave”, etc) que la correspondiente al cumplimiento de la orden des-

obedecida (adaptación del sistema de ventilación) y viene así a presionar la voluntad de los renuentes para que procuren lo conducente a la debida satisfacción de lo mandado.

VI- CONCLUSIONES

1- El valor “eficacia” en el proceso ha adquirido creciente importancia relativa en la tabla axiológica procesal.

2- Es síntoma de madurez de un sistema jurídico, su propensión a asegurar la ejecución en especie de lo “debido”, sea lo adeudado una prestación o el acatamiento de un mandato judicial.

3- En ciertos supuestos, puede resultar difícil, en la práctica, conseguir el cumplimiento “en especie” de un mandato judicial, aunque fuera teóricamente posible su “ejecución por un tercero”. Frente a situaciones de tal orden, constituye un aporte al “eficientismo procesal” diseñar un nuevo medio compulsorio procesal que pueda lograr que el destinatario de la orden judicial primigeniamente desobedecida se avenga a acatarla.

4- Al referido nuevo medio compulsorio lo hemos denominado “medida conminatoria”, y lo describimos diciendo que es cualesquier orden de contenido no pecuniario y con alcances extraprocesales emanada de un tribunal de justicia, que tienda a obtener el debido cumplimiento “in natura” de un mandato judicial primigeniamente desobedecido (sin que medien razones justificantes), a través del concurso de la voluntad del destinatario del mismo y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que “prima facie” podría llegar a ser de mayor entidad que el resultante de persistir en dicha actitud contumaz.

5- La magistratura argentina con competencia civil y comercial, cuenta ya mismo con la atribución judicial implícita derivada del principio de autoridad procesal de decretar “medidas conminatorias”. Más aún: debe despacharlas si no se quiere que aparezcan demasiado menguados sus “poderes de hecho” (que los tiene, a pesar

del desuso) y con ello su imagen de verdadero Poder Judicial y no de mera Administración de Justicia.



Justicia pronta y barata ¿Porque la justicia del Estado es lenta?

Antonio Colmán Rodríguez¹

Curioseando por el Patio Español, de Barcelona, Y como portada del buzón de una residencia, una alegoría, en la que, en la parte inferior, se veía unas tortugas caminando, como es natural, cansinamente. “Desde un punto medio entre la tierra y el cielo, aparecían unas golondrinas, elevándose velozmente. Pregunté el significado de la obra y no faltó el vecino que se prestó a satisfacer mi curiosidad. Recuerdo que me dijo: “representa a la justicia como es. Lenta como la tortuga, cuando debiera ser veloz como la golondrina”.

LA PREOCUPACIÓN ES TAMBIEN DEL PUEBLO

Más allá de la alegoría, está el mensaje de que la preocupación es de todos. Vale decir, que no es de profesionales, magistrados judiciales, autoridades. Es, puede decirse, preocupación del Pueblo mismo.

IDEAL NO ALCANZADO

Es un ideal constantemente soñado y es a la vez, realidad de que el ideal todavía no fue logrado. Es verdad que el empeño no cesa. Es cotidianamente buscado. Cuando era dable pensar que, por inalcanzable, habría sido abandonada la empresa, alguien, aunque extenuado, releva a otro con ímpetu admirable y sigue a búsqueda de la fórmula maravillosa que concrete alguna vez y antes del juicio final, el anhelo de la justicia pronta y barata.

LOS OBSTACULOS. SUS GÉNESIS

Los porqués son muchos y muchos los obstáculos que se interponen. Las causas son de distintos orígenes, En este afanoso empeño,

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 22-1988.

se puede hablar de bandos, partes, para expresarlo con propiedad técnico-jurídico-procesal. Los profesionales del Foro, atribuyen la casi exclusividad de la mentoría judicial a los Magistrados Judiciales. Estos, a aquellos, a quienes imputan que generalmente en el ejercicio de su profesión, muchos abogados no se conducen como dice la ley, como auxiliares de la justicia.

RESPONSABILIDAD DE JUECES Y DE ABOGADOS

Cada uno con su cupo de verdad, pero no toda la verdad. Por ejemplo, es verdad que los jueces se amparan en la ley procesal, especialmente la vigente aún en nuestro país, por su formalismo extremo y por la poca autonomía que acuerda al juzgador, la que le permite poca posibilidad de hacer que un proceso avance con la deseada celeridad hacia la sentencia, objetivo único del actor, que busca se acoja su pretensión, como el demandado que pleitea para que aquélla sea desahuciada. Por el lado de los abogados, definido por alguien como “el profesional del litigio”, verdaderamente, al defender los intereses de su cliente, no lo hacen siempre siguiendo con fidelidad los pasos que indican la ley, sino que, exaltando el refrán, “hecha la ley, hecha la trampa”, buscan, desgraciadamente, atajos que no conducen al propósito contenido en la télesis del Derecho. Esto, con el perfeccionamiento de instrumentos, máquinas, logrado con la ciencia, etc., más la picardía, la maldad y, por qué no, la deshonestidad, hicieron aparecer en todas partes del mundo, los especialistas en “incidentes”.

ABOGADO. ESPECIALIDAD, INCIDENTISTA

Así, tenemos a abogados que con descarado orgullo exhiben su tarjeta de presentación como: “especialista en incidentes”. Nuestro país no se excluye de los que cuentan con este maldito espécimen. ¡Los tenemos y muy buenos! Se dice que con estos se ajustan el trato en base a un interés mensual, el tiempo que se desee prolongar la duración del pleito. Si por 3 meses, a tanto. Si por 9, a otro tanto, etc. Mientras, el acreedor o el legítimo titular del derecho-vulnerado debe

JUSTICIA PRONTA Y BARATA
¿PORQUE LA JUSTICIA DEL ESTADO ES LENTA?

aguantar la acción del que verdaderamente capitalizó el concepto generalizado de que la excepción dilatoria, es un medio acordado al demandado para impedir que el Juez dicte la sentencia, nunca.

LA MISIÓN DEL JUEZ

A nadie importa, pareciera que la misión del Juez es restaurar a su estado anterior, el derecho no reconocido, negado o alterado por alguien. Y que después de haberse agotado “los trámites de estilo”, debe dictar su fallo, su sentencia, porque cuando se promovió la demanda, el actor apuntó a la consecución de la sentencia definitiva favorable. Pero no ocurre así, porque la cruda y triste realidad, es otra pues su tarea casi se circunscribe, lamentablemente solo a resolver incidentes uno tras otro.

EL REFINAMIENTO DE LA ESPECIALIZACIÓN

Estos especialistas, es “justo” reconocer, han logrado un refinamiento admirable en su perfeccionamiento, porque al promover un incidente, no siempre lo hacen tan tontamente. Muchos de los incidentes promovidos por los mentados, pasaron a integrar nada menos que la mismísima jurisprudencia nacional. De modo que ellos no son siempre, “cualquier profesional”, sino, “profesionales de categoría”.

LITIGIO JUDICIAL CON PRESIÓN PERIODÍSTICA

Lógicamente que también están los otros, ubicados en el otro extremo. Son incidentistas, pero a esa actitud, suman otras aptitudes, tales como la presión por la prensa. Un Juez de antes, se cuenta, es consultado por un profesional en su despacho, si qué había resuelto en el planteamiento de su contraparte. El requerido se dice, le respondió: “del planteamiento no tengo aún conocimiento, porque no he leído aún el diario”. Se trataba, evidentemente, del que, antes de presentar su escrito en Secretaría, acudía primero al diario.

EL ABOGADO RECOMENDADO

También está el que busca una “recomendación”. En vez de exponer su conocimiento profesional, se despreocupa de “actuar”, para empeñarse en buscar que algún poderoso le recomiende al juez.

EL ABOGADO INFORMADOR “IN VOCE”

El otro, ese que permanentemente busca hablar con el Magistrado para explicarle “la verdad del caso” que es otra verdad diferente a la realidad del expediente. O entendió nunca la enseñanza de aquello maestro quien con tanta sabiduría sentenciada diciendo: “lo que no está en el expediente, no está en el mundo”.

LA TAREA SEMPITERNA

En la búsqueda del probable camino que conduce a la justicia pronta, otros abogados, juristas, autoridades, revisan constantemente la ley con el propósito de bloquear los atajos de incidentitas, los que mediante el fraude procesal burlan los altos propósitos del derecho, en perjuicio del prestigio de la ley, de la administración de la justicia y naturalmente, obran contra los intereses del justiciable. Se cuenta que el Dto. 5679, del año 1938, fue modificado una vez, de las muchas que registra, porque estaba muy de moda plantear reposición de todo, con lo que se embarullaba al Juez y se atosigaba el libre discurrir del procesado. A raíz de esto provino las 2 modalidades posibles en la sustanciación del recurso. Fue un remedio mortal, porque el Magistrado Judicial, ya impedido de estudiar inmediatamente el planteamiento, por la acumulación creciente de casos y de expedientes, encontraba formidable tramitarlo con audiencia de la otra parte, procedimiento que cerraba una posibilidad de revisión por el Tribunal pluripersonal. Un remedio procesal formidable liquidado por culpa de su doble filo mortal. Planteada ante el mismo Juez, se ahorrraba “una instancia”, Pero cuando disponía su tramitación con audiencia, desalentaba al “demorador”, como al “cuestionador legítimo” de recurrir por reposición, de la resolución del Juez.

JUSTICIA PRONTA Y BARATA
¿PORQUE LA JUSTICIA DEL ESTADO ES LENTA?

Los especialistas, pero en derecho, en su preocupación de todos los días proponen la corrección de la ley, fundada en la experiencia y en el recto raciocinio.

LOS QUE ABOGAN COMBINANDO ELEMENTOS –LOS CHICANEROS-

Amén de los factores señalados, están los que actúan haciendo la combinación de uno es y otros o de la acción combinada de todos y tienen una característica diferente. Tabla rasa de plazos. No importa si son perentorios o improrrogables. Tampoco importa saber si son admisibles o procedentes. Se produce un apilamiento de expedientes y van saliendo a medida que el Juez recibe el informe “in voce” y según el urgimiento oral, que se institucionaliza. No es la regla, pero por allí cerca está. De modo que las soluciones de los pequeños conflictos, como de los macros, van dándose no justamente guardando el orden en que procesalmente llegaron al estado de autos o de autos para sentencia, sino, repito, en virtud del pedido que debe hacerse porque si no, el mismo Juez ya se hace a la idea de que la parte no tiene interés pues su abogado, que no impulsa el procedimiento, actúa siempre “cumpliendo expresas instrucciones de su poderdante”. ¿Si es así, porqué el Juez tendría que ser más papista que el Papa? ¡Se preguntaría probablemente!

INCREMENTO GEÓMETRICO DE EXPEDIENTES - SOLUCIONES LEGISLATIVAS

En la colección de factores gravitantes en contra de la celeridad, están también, otros que no le van en zaga a aquellos, en importancia. Menciónese la multiplicación acuciante de expedientes. La reproducción increíble de demandas. Problema que merece la atención de sociólogos, economistas, burócratas, etc. Aumentan los casos sometidos a la consideración de los señores Magistrados Judiciales y la creación de nuevos Juzgados no se produce con el mismo ritmo de crecimiento de casos y entonces, la cantidad supera la capacidad de

atención responsable del Juez y del personal auxiliar. La insuficiencia de elementos en las dependencias. Es decir, la realidad supera a la infraestructura disponible y reboza el continente. Al tiempo de perfeccionarse la legislación buscando siempre llegar al objetivo de la sentencia oportuna, convencido el legislador de que es cierto que la justicia que llega tarde no es justicia, sino probablemente injusticia, establecer que todos los plazos son perentorios e improrrogables. ¡Gran progreso! Un avance extraordinario. Acompaña a esto, la reducción del tiempo, generalmente a la mitad de lo que era. También importante conquista. La concentración del ofrecimiento de pruebas es un hito que marca un avance. La creación de la judicatura de paz letrada, produjo, en el comienzo de su funcionamiento, un importante descongestionamiento del recargado trabajo de los Juzgados de 1a. Instancia. Debe mencionarse, necesariamente, la descentralización judicial, aunque esto parece que trajo beneficios no mucho y solamente en el fuero criminal y hay inclusive gente que piensa que el traslado de Juzgados y Tribunales al Interior no compensa la carga económica que el hecho ocasiona al erario público. A veces, las resoluciones, divididas por el monto total del presupuesto, dan un resultado de abultado monto y se concluye señalando pesimistamente, que allá la justicia no solo es lenta, sino, además cara. Estoy deseando concluir este punto indicando que la preocupación del jurista, del legislador, más apunta a encontrar la manera en que los procesos se aceleren en su tramitación, independientemente del propósito obstructivista del hombre, del abogado, de las partes. Parecería que de tales propósitos se excluyeran al Juez. Por el contrario, tal vez sea más acertado decir, que siempre a favor de la celeridad del proceso, no importa si ello va directamente contra el hombre que funge de Juez, porque al consagrarse el principio dispositivo de la ley procesal; al conferirle facultades dispositivas, no hace sino cargarle de más trabajo, pues a la desidia de las partes, del abogado, la suple él con su propia disposición, porque el proceso, sinónimo de progreso, de avanzar hacia la sentencia, su punto final. No tantos Juzgados y Tribunales es para más y más expedientes y juicios y demandas. Una relación directamente inversa a la de progresión geométrica de casos.

JUSTICIA PRONTA Y BARATA
¿PORQUE LA JUSTICIA DEL ESTADO ES LENTA?

Menos hombres para más casos. O si se prefiere, la misma cantidad de hombres para una tarea, hoy, con un factor multiplicador; que no es, precisamente, la unidad.

EL HOMBRE Y SU CAPACIDAD LIMITADA DE PRODUCCIÓN

La capacidad de producción del hombre tiene límite. Es una pe-rogrullada, pero hay que decirlo, porque los que buscan llegar a la sentencia, habiendo recorrido el tiempo justo, en su empeño de consolidar el sueño de la justicia pronta, en el calor del entusiasmo parecen olvidar que, para lograr ese objetivo, al mismo tiempo de crear nuevos caminos y más rectos y más cortos, deben necesariamente prever la infraestructura física y el contingente humano. Para acompañar el ritmo de la innovación, con el apropiado vehículo. Se dice esto, para graficar el ejemplo.

ANECDOTA EJEMPLAR

Entrevistado por un médico-clínico, extranjero, él y yo nos encontramos conversando animadamente en su consultorio hasta donde llegué, para el famoso: “check up”. Yo tenía el convencimiento de que no había comenzado su trabajo conmigo, sino que estaba haciendo una suerte de ambientación, para entrar después en el tema de la entrevista. Sorpresa, me había preguntado entre otras cosas, que automóvil tenía, de que año y como estaba funcionando. Le había respondido que bien, que podía decir de él, no tenía fallas. Me interrumpió para comentar que el resultado que mencionaba se debía al mantenimiento regular y puntual que el vehículo hacía, siguiendo las instrucciones del manual de uso del auto. Le respondí sin dilación que sí, porque sentí en ese instante la llama del orgullo que me hirvió la sangre, pues realmente era y soy muy exigente en eso. La pregunta del médico inmediatamente después, me dejó totalmente descolocado. Me dijo: “...y usted se hace periódicamente y puntualmente su man-

teamiento? ¿Hace cambio de aceite y el engrase de sus articulaciones? ¿Refuerza los desgastes de energía con la provisión de una buena partida de vitaminas? ¿Su descanso periódico es regular?

Cabizbajo, avergonzado, ruborizado, conteste con infantil humildad: “no doctor”. Esta anécdota es útil para apuntar que la labor del Magistrado Judicial, aplicable mutatis mutandi, al abogado del foro, es azarosa. Como enseñaba aquel ilustre maestro desaparecido físicamente, cada expediente judicial es una tragedia, porque si alguien es demandado por cobro de 50.000 guaraníes, generalmente se deja demandar, no porque le guste o no le importe ser mal pagador, sino porque no tiene o no puede. Descarto el o los casos de sin vergüenzas. Este y el otro que es accionado por cobro de 50.000.000 anímicamente no difieren, porque para ambos existe un denominador común: la preocupación para no decir algo peor. O el caso del que es demandado por reivindicación de los que sea, el pleito es siempre fuente inagotable de la preocupación, porque su final es, con todo, impredecible. Es claro que dentro de la excepción esta aquel para quien el pleito, la pelea judicial es un excitante neurótico con efecto aparentemente saludable abogado o la misma parte- y se envicia y se convierte en el eterno litigante.

EL JUEZ, EL ABOGADO, PROFESIONALES ESPECIALES

Entonces, retornando a lo que estaba reflexionando, de esa tragedia del prójimo, el Juez y el abogado, aún con el esfuerzo que hacen para no absorber la tragedia ajena, siempre engullen algo y la suma de los poquitos de todas las tragedias, que se renuevan periódicamente en cada juzgado, en cada Tribunal y que como humanos “ingieren” algo de ellas, al cabo del año llegan a un volumen considerable de tantos pleitos. El hombre de derecho dedicado a la defensa en los Tribunales realiza una labor insalubre si por insalubridad debe entenderse el impacto nocivo de factores que repercuten sobre la salud física o mental, para disminuirla o desquiciarla. En nuestro país, se sigue con la feria anual, Su establecimiento se pondera que es sabia, pero los tiempos han cambiado. Debe haber sido suficiente

JUSTICIA PRONTA Y BARATA
¿PORQUE LA JUSTICIA DEL ESTADO ES LENTA?

cuando en el conjunto de los Juzgados no se tramitaban sino 200 o 300 expedientes. El Juez y el abogado son seres humanos, ya lo dijimos. Por tanto, se los debe considerar como elementos de la sociedad, De su familia, de su corporación. Como jefes de familia debe preocupar a la sociedad, que se comporten y conduzcan como tales y para ello deben prevenirse que cumplan con sus esposas, sus hijos, parientes. Durante la semana no ven ni les ven sus hijos, porque salieron de su casa cuando aquellos no habían despertado. Llegaron de vuelta cuando ya fueron al colegio. Volvieron a salir y regresaron a la noche cuando ya estaban dormidos. El año escolar terminó y el padre sigue trabajando y entonces sienten hastío en la casa. O para no aburrirse, crean problemas a la madre o a los que trabajan en la casa. Si se los deja salir, se los somete a los riesgos de hoy día. Llega a la feria o vacaciones del padre, cuando los hijos ya son llamados a nivelación o a los mismos padres, a reuniones con los profesores en el colegio, pues las clases comienzan en febrero, Y las reuniones preparatorias en enero. El curso lectivo concluye en octubre. No hay correlación en esto. Esta situación antes que “destresar” o relajar, irrita más y con este estado de ánimo se encara el año que entra o que comienza.

ALGUNAS CONCLUSIONES CONSECUENTES

De estas reflexiones surgen algunas conclusiones que precisan concretarse, En primer término, deben acabarse con males crónicos y endémicos. Tal en orden de importancia, los informes “in voce”. El Juez de cualquier instancia, no puede trabajar ni en la lectura de un expediente o en la preparación de una resolución, porque debe recibir a profesionales o a las partes. Lo hacen porque si no, son tildados de antipáticos, engreídos y prepotentes. ¿Pero para que sirven esos informes? Si como ya dije, lo que en el expediente no está, no está en el mundo. ¿Qué pasará? Que el Juez dicte sentencia en base a lo que el interesado le dijo de su caso, pero apartándose de las constancias procesales, en cuyo caso no es que soslayó la ley, sino que la habría violado. El que le indujo a esto, es un mail ciudadano porque hizo algo para apartar de su obligación legal a un órgano instituido por el Estado para contribuir a la preservación de la paz pública. Si, por el

contrario, el juez es recto y la falla de acuerdo con las justificaciones acumuladas en el expediente, si fue negativo para ese que estuvo a verle varias veces, contándole “a verdad de caso” y lo que ocurriría si perdiera la demanda, lo difamara con montañas de imputaciones que abarcara a su familia y a todos sus ascendientes y vecinos. Además, dirá de él que para amigo es malo o que vale para nada, pues por la frecuencia de trato que tuvo con él, por derivación de tantas veces que estuvo para hablarle de su expediente se consideró, el per-se, amigo del Magistrado, aunque se tratase de una amistad que debe ocultarse, porque sabe que la amistad es causal del excusación y le interesa que ese Juez no se aparte del juicio, por razones muy obvias pues i se apartara tendrá que comenzar e periplo.

PROBABLES SOLUCIONES.

En uno y otro caso, ¿cuál es el resultado de todo, para el Juez? Pérdida de tiempo valioso y un estado de ánimo decaído porque -como se dijo- no puede sustraerse a la influencia de estos trabajos psicológicos que impactan y generalmente desalientan. ¿Qué se debe hacer? Suprimir, de arriba abajo, en todas las instancias, las audiencias para informar, para urgir o para abogar.

Lógicamente, la Corte no estaría incluida totalmente en esta propuesta porque maneja cuestiones administrativas, las que no están regidas por las leyes procesales. No es un absurdo. Es corriente en otros países y con muy buen resultado. Los Jueces no tienen por qué contactar con profesionales por ocasión de algún expediente tramitado por ellos, porque fuera de las audiencias previstas en el Código de Procedimientos, la publicidad de los fallos y resoluciones las realizan los señores Actuarios, en la Secretaría, de acuerdo con las disposiciones previstas en la ley. Los señores abogados deben ser los primeros que, como auxiliares de la justicia, asuman la obligación de cumplir y trabajar porque sus clientes y defendidos cumplan con las disposiciones de la ley, porque si no, no habrá posibilidad de lograr esto que ahora parece una utopía. Mejorará el rendimiento de los Jueces y subirá la calidad de los fallos y resoluciones. Se reivindicará

JUSTICIA PRONTA Y BARATA
¿PORQUE LA JUSTICIA DEL ESTADO ES LENTA?

totalmente la confianza en la administración de la justicia. Se logrará, probablemente, disminuir la fuerza de la suspicacia y acaso se destierre del mal pensamiento, si verdad o falso, mina la existencia de lo máspreciado para el hombre: la rectitud de todos los que asumen la responsabilidad de dar a cada uno lo suyo. Es decir, hacer justicia.

OTROS FACTORES NEGATIVAMENTE GRAVITANTES

Pueden inscribirse en la lista de males endémicos la falta de correlación entre el número de órganos jurisdiccionales con el volumen de demandas y expedientes. Se impone el montaje de una infraestructura adecuada para hacer que el juez trabaje solamente hasta el límite de su capacidad, pero no más allá como es corriente.

Establecer la carrera judicial asegurándole estabilidad al magistrado, el que, al abrazarla, lo haga seguro de que mediante la permanente acumulación de méritos, puede aspirar a transitar por el camino de las promociones. Revisar los resultados de la descentralización judicial para incorporar dentro de la carrera, la posibilidad de su traslado al interior, como parte de su carrera y no como castigo, no importa si con promoción o no. Deben crearse más juzgados y tribunales y ampliar el número de integrantes de la corte, con especialistas de las distintas más del derecho. Las medidas necesarias son la institución de la feria corte coincidente con las vacaciones del invierno de los colegios. La necesidad de incorporar en la judicatura, de todos los medios puestos o la ciencia a disposición de todas las actividades. La creación de una escuela para formación del personal administrativo del poder judicial, academia de perfeccionamiento para magistrados, etc.

El despacho del Juez es un despacho público. Es decir, no es sino para el trabajo que su función le asigna: resolver los problemas que afligen a importantes componentes de la sociedad. El Juez, como decía aquel escritor, no debe buscar la publicidad fácil. Está para administrar justicia, no para exponerse como un artista en el escenario, porque cuando del Juez se ocupa la gente y de él habla constante-

mente la prensa, es porque no es bueno como tal. A diferencia del político, pues cuando de este nadie habla y pasa desapercibido, es porque está en declinación, cayó en desgracia o perdió influencia. El Juez es bueno cuando pasa desapercibido y esto lo lograra si es comedido, circunspecto, prudente, sobrio. Leído, instruido, versado, informado. Buen Juez es aquel que cuando un fallo suyo es revocado, se siente feliz porque, afortunadamente, gracias a su revisión se corrigió lo que él hizo erróneamente y es igualmente feliz, cuando se confirma, porque puede decir en su intimidad, “por lo visto hice bien”.

Estos grandes detalles, o perturban o dificultan o bloquean la posibilidad de la justicia pronta y barata, hoy quimera por el cual muchos constantemente luchan buscando convertirla en realidad, dentro del sistema que rige la actividad de nuestro Poder Judicial, que funciona según una arraigada filosofía de vida de la actividad forense de nuestro país, en la que, por ejemplo, el procedimiento oral, rápido, breve y relativamente barato, dista de nuestra posibilidad y de nuestra realidad.



Sobre la ley del Registro del Estado Civil

Dr. Carlos Gonzalez Alfonso¹

La publicación de la Ley 1266 en la Gaceta Judicial N° 21 permite verificar las bondades de esta norma destinada a regular el régimen legal de las anotaciones de datos vitales de las personas de existencia visible (nacimientos, adopciones, matrimonios, defunciones). En un solo cuerpo legal se unifica el tratamiento de esta importante materia complementaria del Código Civil, según se expresa en la Exposición de Motivos.

Sin embargo, considero oportuno proponer ciertos criterios que podrían ser útiles a fin de introducir algunos ajustes necesarios en el texto de la Ley.

1º) Se advierte una dualidad de apreciación en cuanto a la edad de los testigos instrumentales. El Art. 38 dispone que pueden ser los que hayan cumplido 18 años de edad. Pero, el Art. 81, señala que deben ser mayores de edad, lo que, según el Art. 36 del Código Civil, se verifica a los 20 años de edad. Salvo que se haya querido distinguir los testigos que concurren a la celebración de matrimonios, de los que asisten para otros actos o hechos vitales registrables, es posible que se trate de un error del legislador. En mi concepto el matrimonio no es ni más ni menos importante que los demás acontecimientos que se deben anotar en el Registro del Estado Civil, para que se exijan que los testigos que concurren al mismo sean necesariamente mayores de edad.

2º) El Art.7 establece que, por orden judicial y como notas marginales, se asentarán la sentencia sobre nulidad de matrimonio, separación personal y reconciliación. El Art. 111 dispone que las anotaciones marginales que se refieran a separación de bienes, divorcio

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 22-1988.

y nulidad de matrimonio, deberán siempre figurar en los certificados de matrimonio. Evidentemente en el Art. 111 se ha deslizado un error material, que debe ser corregido para evitar el absurdo jurídico que se destaca. La separación de bienes, por ser una cuestión de índole patrimonial, no debe inscribirse en el Registro Civil ni se la debe hacer constar en el Certificado de Matrimonio, sino en el Registro de Derechos Patrimoniales de orden familiar, Organismo dependiente de la Dirección General de los Registros Públicos (Art. 346 inc. “c” - Ley 879/81).

3º) Esta Ley pretendió incluir todas las funciones y las obligaciones que se atribuyen a los encargados del Registro Civil. Considero que omitió la obligación prevista en 193 de la Ley 886/81 ESTATUTO ELECTORAL, que también asigna funciones que deben cumplir los Jefes del Registro Civil, quienes, según ese Estatuto, remitirán constancias de decesos de todo ciudadano o extranjero mayor de 18 años de edad, a los efectos de la depuración del Registro Cívico Permanente. En el Capítulo XIV la Ley 1266 regula lo relativo a la recolección y suministro de informaciones para elaborar estadísticas vitales. Estimo que debe incluirse además aquella previsión legal, porque el Registro Cívico Permanente también se prepara con datos vitales.

4º) El Art. 82 expresa que el Oficial del Registro Civil debe dar lectura al Art. 6º de la Ley 236/54, que esta reproducido en el Art. 154 del Código Civil. Conviene actualizar la mención de la norma que dará lectura el Oficial del Registro Civil.



Algunos aspectos de la Organización del Poder Judicial en la República del Paraguay

Joaquín Irun Grau¹

Trabajo actualizado que fuera preparado para la obra “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”. Explicado sistemáticamente, concordado, anotado jurisprudencial y bibliográficamente, que en 10 tomos publican los Profesores Doctores: LINO E. PALACIO Y ADOLFO ALVARADO VELLOSO.

SUMARIO

1. Competencia Territorial y Material de la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales
2. Composición y Competencia Territorial de Tribunales
3. Sistema de Distribución de Expedientes y Turnos
4. Nombramiento y Remoción de Magistrados
5. Ministerio Público
6. Sindicatura General de Quiebras.

ABREVIATURAS

C.N. Constitución Nacional del año 1967.

C.O.J. Código de Organización Judicial (Ley 879/81 modificada por la Ley 863/ 82).

C.P.P. Código de Procedimientos Penales (Ley del 15 de noviembre de 1890).

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 23-1988.

C.P.T. Código Procesal del Trabajo (Ley 742/61).

C.M. Código del Menor (Ley 903/81).

L.Q. Ley N° 154/69 “De Quiebras”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

I- ASIENTO:

Asunción (Art. 7° C.N.) (Cinco Miembros)

II- COMPETENCIA TERRITORIAL:

Ejerce su jurisdicción (Art. 26 del C.O.J.) y la superintendencia de todos los organismos del Poder Judicial (Art. 198 C.N.) en toda la República.

III- COMPETENCIA MATERIAL:

a) Primer grado de conocimiento (competencia originaria, exclusiva, instancia única):

1- Inconstitucionalidad de las Leyes y la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la C.N., por vía de acción o de excepción (Art. 200 C.N. y 28 numeral 1, inc. a del C.O.J.);

2- Del recurso de Habeas Corpus (Art. 78 C.N., Art. 28, numeral 1, inc. b del C.O.J., Título I del Libro Tercero del Código de Procedimientos Penales y Acordada N° 22 del 15-IX-1937);

3- De la nacionalidad y de su pérdida (Art. 37 C.N. y Art. 28, numeral I, inc. c del C.O.J.);

4- De los pedidos de exoneración del Servicio Militar Obligatorio (Art. 28, numeral 1, inc. d del C.O.J.);

ALGUNOS ASPECTOS DE LA ORGANIZACIÓN DEL
PODER JUDICIAL EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

5- De las contiendas de competencia entre los Tribunales y Juzgados inferiores o entre estos y los Tribunales Militares o los funcionarios del Poder Ejecutivo (Art. 198 y 43 de la C.N. y Art. 28, numeral 1, inc. e del C.O.J.);

6- Del enjuiciamiento y remoción de Jueces y Magistrados Judiciales (Art. 196 in fine C.N.), de Miembros del Ministerio Público (Art. 212 de la C.N.), de los Miembros de la Defensa Pública, Auxiliares de la Justicia de Menores y del Síndico General de Quiebras (Art. 28, numeral 1, inc. f, 1ª parte C.O.J.);

7- Enjuiciamiento de Abogados y Procuradores para la cancelación de la Matrícula (Art. 94 C.O.J.) y suspensión y destitución de Escribanos Públicos (Arts. 157, 159 y 160 C.O.J.);

8- Juicios de cancelación de la Matricula de Rematadores, Oficiales de Justicia, Traductores y demás peritos (Art. 166, 168 y 175 C.O.J. y Art. 28, numeral 1, inc. f in fine del C.O.J.);

9- De la recusación, inhibición e impugnación de inhibición de los Miembros de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal de Cuentas y de los Tribunales de Apelación (Art. 28, numeral 1, inc. g del C.O.J.);

10-De los recursos de reposición y aclaratoria y de los pedidos de ampliatoria interpuestos contra sus decisiones (Art. 28, numeral 1, inc. h C.O.J.);

11-De las quejas por denegación de recurso o retardo de justicia interpuestas contra el Tribunal de Cuentas y los Tribunales de Apelación (Art. 28, numeral 1, inc. i del C.O.J.);

12- Cuestiones de Competencia de Jurisdicción entre Municipalidades y entre estas y cualquier otra autoridad (Art. 234 de Ley 1294/87 Orgánica Municipal).

b) Segundo o tercer grado de conocimiento:

Es ejercido, por vía de apelación y nulidad:

1- De las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de Cuentas y de los Tribunales de Apelación que modifiquen o revoquen las de Primera Instancia, conforme a las disposiciones de los Códigos Procesales y a las Leyes respectivas (Art. 28, numeral 2, inc. a C.O.J.);

2- De las resoluciones originarias de los Tribunales de Apelación en lo Civil, Comercial, Criminal, de Cuentas y del Tribunal del Trabajo (Art. 37, inc. a, b, c, d, Código Procesal del Trabajo);

3- De las sentencias de los Tribunales de Apelación que impongan pena de muerte o penitenciaría desde 15 a 30 años las que no causarán ejecutoria sin el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia. Contra estas sentencias se entenderán siempre deducidos los recursos Nulidad, aunque las partes las consientan (Art. 28, numeral 2, inc. c y Artículos 505, 506 y 507 del Código de Procedimientos Penales).

DEL TRIBUNAL DE CUENTAS (Dividido en dos Salas)

I- ASIENTO:

Asunción.

II- COMPETENCIA TERRITORIAL:

Toda la República.

III- COMPETENCIA MATERIAL:

1ª Sala:

Entiende en los juicios contencioso-administrativos (Art. 203 C.N.; Art. 30 C.O.J.; Ley 1462/35). Sus resoluciones son recurribles ante la Corte Suprema de Justicia siempre que las mismas versen sobre cuestiones controvertidas que excedan Gs. 50.000 (Ley 397/56)

ALGUNOS ASPECTOS DE LA ORGANIZACIÓN DEL
PODER JUDICIAL EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

2ª Sala:

Control de cuentas de inversión del Presupuesto General de la Nación (Art. 203 C.N. y Art. 30 C.O.J.).

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

I- ASIENTO:

Asunción (Cinco Salas de 3 Miembros).

II- COMPETENCIA MATERIAL:

1- Los recursos concedidos contra las Sentencias Definitivas y resoluciones recurribles de los Jueces de Primera Instancia y de los Jueces de Paz Letrada. Causan ejecutoria: las decisiones en los recursos contra las Resoluciones de:

a) Los Jueces de Paz Letrada (Art. 32, inc. a C.O.J.), b) Las caídas en los juicios especiales (Ejecutivo, Desalojo, Interdictos, etc.); y c) en los juicios de amparo (Art. 18 Ley No 340/72);

2- De los incidentes que se promuevan durante la substanciación de los juicios, causando su resolución ejecutoria (Art. 32, inc. b, C.O.J.);

3- De los recursos por retardo o denegación de justicia de los jueces de Primera Instancia y de los jueces de Paz Letrada (Art. 32, inc. c, C.O.J.);

4- De las recusaciones e inhibiciones y de las cuestiones de competencia relativas a los jueces de Primera Instancia y de los Jueces de Paz Letrada (Art. 32, inc. d y e del C.O.J.);

5- De los recursos de reposición contra las providencias dictadas por el Presidente y de Aclaratoria de las propias sentencias y Autos interlocutorios dictados;

6- Por vía de recurso de las Resoluciones denegatorias de inscripciones y anotaciones en la Dirección de los Registros Públicos, así

como las que por vía de consulta le formulare la Dirección y en la apelación de las resoluciones dictadas Primera Instancia en quejas sobre actuaciones de Escribanos Públicos (Art. 34 C.O.J. en concordancia con el 149 del mismo cuerpo legal);

7- Inspección de oficinas de Notarios, rubricación de cuadernillos de protocolos y registros de firmas (Art. 33 C.O.J.).

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CRIMINAL

I- ASIENTO

Asunción (Tres Salas de 3 Miembros).

II- COMPETENCIA MATERIAL:

1- De los recursos concedidos contra las Sentencias Definitivas y Resoluciones recurribles de los Jueces de Primera Instancia en lo Criminal y de los Jueces de Instrucción. Causan ejecutoria; Las decisiones en los recursos contra las resoluciones 1) de los Jueces de Instrucción (Art. 32, inc. a C.O.J.) y 2) las resoluciones dictadas en los recursos concedidos contra las Sentencias de Amparo (Art. 18 de la Ley N° 340/72);

2- Los incidentes que se promuevan durante la substanciación de los juicios, causando su resolución ejecutoria (Art. 32, inc. b, C.O.J.);

3- De los recursos por retardo o denegación de justicia de los Jueces de Primera Instancia en lo Criminal y de Instrucción (Art. 32, inc. c, C.O.J.);

4- De las recusaciones, inhibiciones, de las contiendas de competencia relativas a los Jueces de Primera Instancia y de Instrucción (Art. 32, incisos d y e C.O.J. en concordancia Art. 52 Código de Procedimientos Penales);

ALGUNOS ASPECTOS DE LA ORGANIZACIÓN DEL
PODER JUDICIAL EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

5- De los recursos de reposición contra las Providencias dictadas por el presidente y de Aclaratoria de las Sentencias y autos interlocutorios dictados por el Tribunal (Art. 32, inc. c, C.O.J.);

6- De oficio de las Sentencias de Jueces de Primera Instancia que impongan pena de muerte o de penitenciaría de 15 a 30 años (Art. 35 C.O.J.);

7- De las resoluciones dictadas por los jueces de Instrucción en los incidentes promovidos durante la substanciación de los sumarios (Art. 35 C.O.J.);

8- De los Autos de prisión dictados por los Jueces de Paz del Crimen (legos) (Art. 35 C.O.J.);

TRIBUNAL DE APELACIÓN DEL TRABAJO

I- ASIENTO:

Asunción (Una Sala de 3 Miembros)

II- COMPETENCIA POR MATERIA:

1- Los recursos de apelación que se interpongan contra las sentencias y resoluciones de los jueces de primera instancia; (Art. 35, inc. a, C.P.T.);

2- Las quejas por denegación o retardo de justicia contra dichos jueces; (Art. 35 inc. b, C.P.T.);

3- El recurso de apelación contra las resoluciones definitivas de los organismos directivos instituidos por las leyes de previsión o seguridad social, para obreros y empleados privados que denieguen o limiten beneficios acordados a estos; (Art. 35 inc. c);

4- Las recusaciones e inhibiciones de los jueces de primera instancia del trabajo; (Art. 35, inc. d C.P.T.);

5- La revisión por vía de consulta de los laudos arbitrales dictados en los conflictos colectivos de carácter económico, a efecto de

determinar si los mismos se ajustan al compromiso arbitral o contravienen leyes de orden público (Art. 35, inc. C.P.T. en concordancia con el Art. 36 del C.O.J.); Causan ejecutoria las decisiones del Tribunal los casos previstos en los apartados 1, 2 y 3, así como las decisiones en los juicios de amparo (Art. 18 de la Ley 340/72).

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE MENORES

I- ASIENTO:

Asunción (Una Sala de 3 Miembros).

II- COMPETENCIA MATERIAL:

1- De los recursos concedidos contra las resoluciones definitivas de los jueces en lo Tutelar y Correccional (Art. 243 inc. a Código del menor);

2- De los incidentes que se promuevan durante la substanciación de los procedimientos (Art. 243, inc. b Código del Menor);

3- De las quejas por retardo o denegación de justicia (Art. 243, inc. c Código del Menor);

4- De las recusaciones o inhibiciones de los Jueces de Primera Instancia y de los Secretarios del Tribunal de Apelación (Art. 243, inc. d Código del Menor); Las resoluciones serán irrecurribles salvo las relativas a las acciones de reconocimiento, contestación o desconocimiento de filiación (Art. 315 del Código del Menor).

Como en los demás tribunales, causan ejecutoria las resoluciones de alzada en los juicios de amparo.

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL

(Unificadas las competencias por Acordada N° 97/87 con motivo de la vigencia del Código Civil Paraguayo que unifica las obligaciones y los contratos civiles y comerciales)

ALGUNOS ASPECTOS DE LA ORGANIZACIÓN DEL
PODER JUDICIAL EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

I- ASIENTO:

Asunción (Doce Jueces)

II- COMPETENCIA MATERIAL:

1- Todo asunto o juicio cuya resolución no competa a Jueces de Paz Letrada o a Jueces de Paz del fuero respectivo (Art. 38, inc. a del C.O.J.);

2- Toda petición de Amparo Constitucional (No rige el sistema de turnos) Art. 77 C.N. y 3° Ley 340/72;

3- Los recursos interpuestos contra las Resoluciones definitivas de los Jueces de Paz y de los recursos por retardo o denegación de justicia de los mismos, causando ejecutoria su Resolución (Art. 38 inc. b C.O.J.);

4- Toda queja sobre actuaciones de los Escribanos de Registro y penas de suspensión estos en caso de no inscripción de poderes (Arts. 149 y 354 C.O.J.).

5- Juicios de Quiebras (Art. 250 y 176 Ley de Quiebras);

III- COMPETENCIA DE VALOR:

Por encima de 300 jornales mínimos.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CRIMINAL

I- ASIENTO:

Asunción (Once Jueces)

II- COMPETENCIA MATERIAL:

1- De los juicios penales por delito (Art. 39, inc. a, C.O.J.);

2- De los procesos substanciados y elevados por los Jueces de Instrucción y los Jueces de Paz en lo Criminal (Art. 39, inc. b, C.O.J.);

3- De los recursos interpuestos contra las sentencias definitivas de los Jueces de Paz en lo Criminal dictados en los juicios por faltas. La sentencia pronunciada en estos casos causará ejecutoria (Art. 39, inc. c, C.O.J.);

4- De los recursos por retardo o denegación de justicia de los Jueces de Paz de su fuero (Art. 39 inc. d C.O.J.);

5- Toda petición de amparo constitucional (Art. 77 C.N. y 3° Ley 340/72).

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL

I- ASIENTO:

Asunción (Cuatro Jueces)

II- COMPETENCIA MATERIAL:

1- Respecto de los conflictos individuales y colectivos jurídicos del trabajo (Art. 28 del C.P.T.);

2- Las cuestiones de carácter judicial y contencioso que suscite la aplicación del Código del Trabajo o las cláusulas del contrato individual o colectivo de trabajo (Art. 40, inc. a, C.O.J.) y Art. 34 inc. a del C.P.T.);

3- Los litigios sobre reconocimiento sindical promovidos entre un empleador u organización patronal y los sindicatos de trabajadores o entre estos exclusivamente, a efecto de celebrar contrato colectivo de trabajo (Art. 40, inc. b del C.O.J. y Art. 34, inc. c del C.P.T.);

4- Todo conflicto entre un Sindicato y sus afiliados derivados del incumplimiento de los estatutos sociales o del contrato colectivo de condiciones de trabajo (Art. 40, inc. c del C.O.J. y Art. 34 inc. d del C.P.T.);

5- Las controversias entre los trabajadores motivadas por el trabajo en equipo (Art. 40, inc. d, C.O.J. y 34, inc. c, C.P.T.);

ALGUNOS ASPECTOS DE LA ORGANIZACIÓN DEL
PODER JUDICIAL EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

6- En los juicios sobre desalojo de inmuebles ocupados por empleados como parte integrante de su retribución o por motivo de la relación laboral (Art. 40, inc. e, C.O.J.);

7- Cuando el valor del objeto litigioso no exceda del importe de treinta jornales mínimo legal para actividades diversas no especificadas en la Capital de la República, las resoluciones causarán ejecutoria (Art. 34 la Parte del C.P.T.).

COMENTARIO: En fecha 22 de setiembre/87 la Corte Suprema de Justicia dictó el A.I. N° 161 caído en una contienda de competencia entre un Juez de Primera Instancia del Trabajo y un Juez de Paz en lo Civil, Comercial y Laboral de una Parroquia de la Capital, estableció que para cuestiones laborales cuyo valor litigioso no exceda 60 jornales mínimos serán competentes los Jueces de Paz. Debería modificarse el C.O.J. sustrayendo la competencia en materia laboral a los Jueces de Paz y Paz Letrados de las ciudades donde funcionan Juzgados de Primera Instancia en lo Laboral, ello se adecuaría al principio de especialización.

Por otra parte, el C.O.J. omitió establecer si los Jueces de Paz aplicarán el procedimiento previsto en el C.P.T. para juicios de instancia única o el procedimiento de Justicia de Paz. Tampoco aclaró el grado superior al respecto.

8- Toda petición de constitucional (Art. 77 C.N. y 3° Ley 340/72).

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA TUTELAR DEL MENOR

Asunción (Dos Jueces)

II- COMPETENCIA MATERIAL:

1- Todo lo relacionado con la patria potestad y la tenencia de menores, la designación y remoción de tutores (Art. 227, inc. a C. del M);

2- Las reclamaciones de alimentos de los menores (Art. 227, inc. b C. del M);

3- Las relativas a la ayuda prenatal y a la protección de la maternidad (Art. 227, inc. c C. del M);

4- Sobre la adopción de menores (Art. 227, inc. d C. del M);

5- En el reconocimiento voluntario, o judicial y en la contestación o desconocimiento de filiación promovido por los hijos matrimoniales o extramatrimoniales (Art. 227, inc. e C. del M);

6- En los casos de guarda, tenencia o colocación familiar de menores (Art. 227, inc. f C. del M);

7- En las denuncias por infracción a las disposiciones relativas al trabajo o a la educación de menores (Art. 227, inc. g C. del M);

8- En las medidas cautelares (Art. 227, inc. h C. del M);

9- En lo relativo a la protección de los menores en estado de abandono o de peligro, salvo los casos de peligro que requieran la actuación del Juzgado en lo Criminal (Art. 227, inc. i C. del M.);

10- Adoptar cuantas medidas y disposiciones creyere conveniente en beneficio de los menores (Art. 227, inc. j C. del M.);

11- De las cuestiones relativas al trabajo de menores, menores aprendices y mujeres grávidas (Art. 228, del C. del M.);

12- Toda petición de amparo constitucional (Art. 77 C.N. y 3º Ley 340/72).

PAUTAS NEGATIVAS:

1- Cuestiones litigiosas suscitadas por la aplicación del contrato individual o colectivo de trabajo que sean parte menores, menores aprendices o mujeres grávidas o formen parte de un sindicato que litigare, serán competentes los Jueces del Trabajo (Art. 229 y 230 C.M.);

ALGUNOS ASPECTOS DE LA ORGANIZACIÓN DEL
PODER JUDICIAL EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

2- Conflictos colectivos económicos, aunque afecten menores, menores aprendices o mujeres grávidas o sean parte de un sindicato que mantiene un conflicto económico (Artículos 229 y 230 C.M.).

JUZGADOS DEL MENOR EN LO CORRECCIONAL

I-ASIENTO:

Asunción un Juez; (En el Presupuesto General de la Nación está prevista la creación de otro Juzgado a partir de Enero/88).

II- COMPETENCIA MATERIAL:

1- Conocer y resolver en los procedimientos relativos a la investigación de acciones u omisiones previstas y penadas por la ley, cuando ellas fueren cometidas por menores de catorce años (Art. 231, inc. a C.M.);

2- Conocer y resolver sobre las denuncias relativas los malos tratos, castigos o tratamientos indebidos a los menores de veinte años por parte de sus padres, tutores, guardadores o el personal de las instituciones de enseñanza, de tutela o de protección de los menores (art. 231, inc. b C.M.);

3- Investigar, entender y resolver en lo relativo a la protección de los menores que se hallaren en estado de peligro (Art. 231, inc. c C.M.);

4- Disponer la permanencia bajo la autoridad de sus padres de los menores sometidos al procedimiento correccional, su internación en establecimientos especiales u hogares sustitutivos, con adoptar respecto de ellos otras medidas establecidas en Banal Código del Menor (Art. 231, inc. d C.M.);

5- Toda petición del amparo constitucional (Art. 77 C.N. y 3º Ley 340/72).

JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN EN LO CRIMINAL

I- ASIENTO:

Ciudades de: Pilar, Coronel Oviedo, San Juan Bautista de las Misiones.

II- COMPETENCIA MATERIAL:

Entender en los procesos hasta la terminación del estado sumario (Art. 47 C.O.J.).

PAUTAS NEGATIVAS: No entenderán en los sobreseimientos y los artículos de previo y especial pronunciamiento que pongan término a la causa (Art. 47 C.O.J.).

III- COMPETENCIA TERRITORIAL:

El respectivo departamento (Acordada No 117/87)

JUZGADOS DE PAZ LETRADA

(El Proyecto de Código Procesal Civil, hoy, con media sanción parlamentaria los denomina Jueces de Menor Cuantía).

I- ASIENTO:

Asunción (Seis Juzgados). Circunscripciones Judiciales del Interior 1 Juzgado en el asiento del Tribunal. El Art. 42 del C.O.J. prevé su funcionamiento en la Capital de la República y en las Capitales departamentales.

II- COMPETENCIA TERRITORIAL:

1- Los Jueces de Paz Letrados de la Capital en sus límites y los del Departamento Central;

2- Los de las Capitales Departamentales: en todo el departamento (art. 42, 3er. Párrafo C.O.J.).

III- COMPETENCIA POR VALOR:

Demandas que no sean de competencia de Justicia de Paz (hasta 60 jornales mínimos) y que no excedan del equivalente de 300 jornales mínimos (Art. 43, la parte C.O.J.);

IV- COMPETENCIA MATERIAL:

1- Asuntos civiles y comerciales y las demandas reconventionales (Art. 43, inc. a C.O.J.);

2- Juicios sucesorios (Art. 43, inc. b C.O.J.);

3- Demandas por desalojo, rescisión, cumplimiento, cobro de alquileres y demás cuestiones vinculadas al contrato de locación (Art. 43, inc. c C.O.J.);

4- Entenderán en todos los casos de informaciones sumarias de testigos (Art. 43, inc. c, in fine C.O.J.) Todos concuerdan con el Artículo 364 del C.O.J.

5- Apremio a la Dirección de Registros Públicos en caso de demora en la suscripción de documentos en el Registro de Inmuebles (Art. 276 C.O.J.);

PAUTAS NEGATIVAS:

Los Jueces de Paz Letradas son incompetentes para entender en juicios de convocación de acreedores y de quiebra, los relativos a la posesión y propiedad de inmuebles y las cuestiones vinculadas al derecho de familia (Art. 44 y 365 del C.O.J.).

JUZGADOS DE PAZ EN LO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL (Legos)

I- ASIENTO:

Asunción: 1 por cada Parroquia²:

San Roque

Recoleta

Catedral

Encarnación

Trinidad (Barrio)

Zeballos Cué (Barrio)

Interior: En las ciudades y en todas las poblaciones.

II-COMPETENCIA TERRITORIAL:

Su Parroquia o Barrio en la Capital y en su ciudad o distrito asiento del Juzgado, en el interior.

III- COMPETENCIA POR VALOR:

Cuestiones hasta el equivalente de 60 jornales mínimos

IV- COMPETENCIA MATERIAL: (Ver Ley 14/XI/1898 de Procedimientos para la Justicia de Paz).

1- De los asuntos civiles, comerciales o laborales en los cuales el valor del litigio no exceda del equivalente de 60 jornales mínimo legal para actividades diversas no especificadas en la Capital de la República, con exclusión de las que se refieran al estado civil de las personas, al derecho de familia, convocación y quiebras, y acciones

² Por la Ley 1294/87 Orgánica Municipal se abandonó el nombre de Parroquia, adoptado el de Distritos donde funcionan Municipalidades y dentro de estos las zonas urbanas, suburbanas y rurales.

ALGUNOS ASPECTOS DE LA ORGANIZACIÓN DEL
PODER JUDICIAL EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

reales y posesorias sobre inmuebles, y sucesiones salvo las sucesiones de los Veteranos de la Guerra del Chaco cuyo acervo hereditario no exceda Gs. 100.000. (Ley 190/70) (Art. 57, inc. a C.O.J.);

2- De las demandas por desalojo, por rescisión de contratos de locación que solo se funden en la falta de pago de alquileres y de las reconconvencionales, siempre que todos estos casos se excedan de la cuantía atribuida a su competencia (Art. 57, inc. b C.O.J.);

3- De las reconconvenciones que se encuadren dentro de los límites de su competencia (Art. 57, inc. c C.O.J.);

4- Realizar el inventario de los bienes de las personas fallecidas sin parientes conocidos o con herederos ausentes o menores de edad que no tengan representantes legales, y disponer la guarda de los mismos (Art. 58, inc. b C.O.J.);

5- Certificar la existencia de personas y sus domicilios (Art. 58, inc. c C.O.J.);

6- Comunicar a los Juzgados Tutelares los casos de abandono material o moral, malos tratos y orfandad de menores (Art. 58, inc. d C.O.J.);

7- Autenticar firmas (Art. 58, inc. e C.O.J.);

8- Ejercer funciones notariales dentro de su jurisdicción, siempre que no existan en ellas Escribanos Públicos con Registro (Art. 58, inc. f C.O.J.);

9- Entender en los pedidos de Declaratoria de Pobreza (Art. 72, C.O.J.);

10- Conocer en juicios de Faltas e Instruir sumarios en caso de comisión de delitos cuando no hubiere en su jurisdicción Juez de Paz en lo Criminal o Juez de Instrucción (Art. 59, C.O.J. y Arts. 634 al 638 del C.P.P.);

11- Presidir las Juntas Electorales (Art. 126 del Estatuto Electoral. Ley 886/81);

12- Exonerar de multas a electores que justifiquen causas que le impidieron votar (Art. 173, Ley 886/ 81); y

13- Ejercer funciones de encargados de las Oficinas del Registro Civil en el interior de la República (Art. 6° Ley 58/1914 y Art. 135 De la Ley 1.266/ 87 “Del Registro del Estado Civil”).

JUZGADOS DE PAZ EN LO CRIMINAL (Legos)

I- ASIENTO:

Similar a los Jueces de Paz en lo Civil

II- COMPETENCIA MATERIAL:

1- Conocerán de las faltas previstas en la Ley (Art. -15 60, C.O.J., art. 42 C.P.P. y Art. 56, Ley del 14/XI/1898);

2- Instruirán sumario en los casos de delito siempre que no haya Juez de instrucción o de Primera Instancia en el asiento del Juzgado (Art. 60 C.O.J. Art. 138 C.P.P. y Art. 71. Ley del 14/XI/1898);

3- Asegurarán a las personas de los procesados (Art. 60 C.O.J. -Ver C.P.P.);

4- Podrán disponer allanamientos (Art. 60, Arts. 404 al 416 C.P.P.); y

5- Practicarán todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos punibles (Art. 60 C.O.J. y Art. 36 de la Ley 1003/64”De Impuestos en Papel Sellado y Estampillas”).

COMPOSICIÓN Y COMPETENCIA TERRITORIAL DE TRIBUNALES

(Hasta el 31 - XII - 87).

ALGUNOS ASPECTOS DE LA ORGANIZACIÓN DEL
PODER JUDICIAL EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

1- TRIBUNALES DE ASUNCIÓN:

I- COMPETENCIA TERRITORIAL: Además de Asunción, tienen competencia en los Departamentos; Central, Cordillera, Paraguari, Misiones, Ñeembucú, Chaco, Nueva Asunción, Boquerón y parte de los de Alto Paraguay 1988 y Pdte. Hayes.

2- VILLARRICA: (Circunscripción creada por Ley 198/64)

I- ASIENTO: VILLARRICA

II- COMPETENCIA TERRITORIAL: (establecida por Decreto N° 4298/64). Villarrica, Mbocayaty, Independencia, Cap. Iturbe, Cap. Troche, Gral. Garay, Cnel. Martínez, Itapé, Ñumí, Natalicio Talavera, San Salvador, José Fassardi, Yataity, Borja, Pérez Cardozo, Dr. Botrell, Caazapá, San J. Nepomuceno, Yuty, Maciel, Dr. Bertoni, Cnel. Yegros, Gral. Morínigo, Buena Vista, Aba-í, Taba-í, Cnel. Oviedo, Caaguazú, San José, Carayaó, Hugo Stroessner, Repatriación, San Joaquín, Yhú, Dr. Juan M. Frutos, Dr. Juan R. Chaves, Dr. J. E. Estigarribia, R.I. 3 Corrales, Dr. Cecilio Báez, Dr. Montanaro, Col. Dr. Blas Garay, Col. Raúl A. Oviedo, Col. Lib. S. Bolivar.

III- COMPOSICIÓN:

1- Tribunal (1 sala de 3 Miembros) con competencia en todos los fueros.

2- Juzgados de la Instancia Instancia en lo Civil, en lo Civil, Comercial, Laboral y del Menor.

1 Juzgado de la Instancia en lo Criminal y Correccional.

3- Ministerio Fiscal y Defensa Pública.

3- ENCARNACIÓN: (Circunscripción creada por Ley 1012/65)

I- ASIENTO: ENCARNACIÓN

II- COMPETENCIA TERRITORIAL: (Establecida por Decreto 11505/65)

Encarnación, Cnel. Bogado, Carmen del Paraná, Gral. Delgado, Gral. Artigas, San Pedro, Capitán Miranda, Cap. Meza, Obligado, Hoheanu, Pirapó, Jesús, Trinidad, Bella Vista, Fram, Cambyretá, San Cosme, Pdte. Carlos A. López, Mayor J.D. Otaño, Cap. V.A. Matiauda, Domingo Robledo, Antidia Matiauda, José L. Oviedo, San Rafael, San Juan del Paraná, Arq. Romero Pereira, Dña. Heriberta Stroessner, Col. Dr. Federico Chavez, Col. Dr. Francisco Esculies, Col. Santa Rosa, Santiago, Juan de Ayolas.

III- COMPOSICIÓN:

1 Tribunal (1 Sala de 3 Miembros) con competencia en todos los fueros.

1 Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y del Menor.

1 Juzgado de 1ª Instancia en lo Criminal y Correccional

1 Juzgado de Paz Letrada

Ministerio Fiscal y Defensa Pública.

4- CONCEPCIÓN: (Circunscripción creada por Ley 1096/66)

I- ASIENTO: CONCEPCIÓN

II- COMPETENCIA TERRITORIAL: (Establecida por Decreto 18115/66).

Distritos de Concepción, Horqueta, Belén, Loreto, San Lázaro, San Carlos, San Pedro, Lima, Rosario, Itacurubí del Rosario, Unión, San Estanislao, Antequera, Gral. Aquino, Nueva Germania, Tacuatí, 25 de Diciembre, las poblaciones del Departamento de Boquerón situadas al Este del Meridiano 59º, y el Distrito de Fuerte Olimpo (del 16º Dpto.).

ALGUNOS ASPECTOS DE LA ORGANIZACIÓN DEL
PODER JUDICIAL EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

III- COMPOSICIÓN:

1 Tribunal (1 sala con tres Miembros) con competencia en todos los fueros.

1 Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y del Menor.

1 Juzgado de 1ª Instancia en lo Criminal y Correccional.

1 Juzgado de Paz Letrada.

Ministerio Fiscal y Defensa Pública.

5- ALTO PARANÁ Y CANINDEYÚ: (Creada por Ley 962/82)

I- ASIENTO: CIUDAD PRESIDENTE STROESSNER

II- COMPETENCIA TERRITORIAL: El Decreto 855/83 establece que ciudades y municipios de los Departamentos del Alto Paraná y Canendiyú comprenden su competencia. (Los límites de estos Departamentos están fijados en la Ley 426/73 “QUE ESTABLECE LA DIVISIÓN POLÍTICA DEL TERRITORIO DE LA REPÚBLICA”).

III- COMPOSICIÓN:

1 Tribunal (1 Sala de 3 Miembros) con competencia en todos los fueros.

1 Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y del Menor.

2 Juzgados de 1ª Instancia en lo Criminal y Correccional.

1 Juzgado de Paz Letrado.

Ministerio Fiscal y Defensa Pública

6- AMAMBAY: (Circunscripción por Ley 1090/84)

I- ASIENTO: PEDRO JUAN CABALLERO

II- COMPETENCIA TERRITORIAL: Por Decreto 9476/85 se establece que su competencia abarca el Departamento de Amambay, cuyos límites están fijados en la Ley 426/73.

III- COMPOSICIÓN:

1 Tribunal (1 sala de 3 Miembros) con competencia en todos los fueros.

1 Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y del Menor.

2 Juzgados de 1ª Instancia en lo Criminal y Correccional.

1 Juzgado de Paz Letrado

Ministerio Fiscal y Defensa Pública.

COMPETENCIA POR TURNOS

El turno de los Juzgados y Tribunales es establecido por la Corte Suprema de Justicia (Art. 21, C.O.J.)

1- JUZGADOS:

I- CIVIL Y COMERCIAL: El sistema de turno está dado por el número de juicios, por Acordada N° 97 del 21/1/87 se estableció el cupo de 300 juicios por Juzgado y en consecuencia, 150 por Secretaría.

II- CRIMINAL: El turno por Juzgado es de 15 días y una semana por Secretaría, entendiendo consecuentemente de las denuncias y hechos criminosos ocurridos en ese lapso. (Acordadas N° 8/38 y N° 13/38).

ALGUNOS ASPECTOS DE LA ORGANIZACIÓN DEL
PODER JUDICIAL EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

III- LABORAL: Por Acordada N° 46 del 13/VIII/85 se estableció que cada Juzgado estará de turno hasta completar 80 juicios, en consecuencia, 40 por Secretaría.

IV- DEL MENOR Y CORRECCIONAL:

El turno es de un mes calendario y el de las Secretarías, de 15 días (Acordada 8/84).

NOTA: Las circunscripciones judiciales de Villarrica e Itapúa fueron actualizadas a los efectos de este trabajo conforme a la Resolución N° 271/86 de la Corte Suprema de Justicia “Que dispone la numeración de placas para Jueces de Paz”.

V- PAZ LETRADA: El turno es de un mes calendario, en consecuencia, de 15 días por Secretaría. (Acordada 10/84)

VI- DE INSTRUCCIÓN Y DE PAZ: Todo el año (no rige la Feria Judicial. Art. 363, C.O.J.).

2- TRIBUNALES:

Las diversas Salas conocen los juicios por distribución efectuada por sorteo con un simple sistema, establecido por Acordada N° 58, del 20/XII/85. Se ha logrado una equitativa distribución del trabajo y celeridad, mediante el siguiente procedimiento: Los Juzgados elevan a la Secretaría de la Primera Sala (del fuero al que pertenecieren) los expedientes en que fueron concedidos recursos. Se discriminan por tipo de resolución (Sentencias Definitivas, Interlocutorias, Quejas, Regulaciones, etc.) y dos veces a la semana, se efectúa la desinsaculación en presencia de los Actuarios de sala, de los profesionales que lo deseen, y bajo la Presidencia de un Miembro de la Primera Sala del Tribunal.

3- TURNO EN LOS JUICIOS DE AMPARO:

Por el Art. 77 de la C.N. en concordancia con el Art. 3° de la Ley 340/72 (Reglamentaria del Amparo) es competente para entender en este tipo de juicio cualquier Juez de Primera Instancia, con la sola

limitación que tenga jurisdicción en el lugar en que el acto u omisión ilegítimos tuviera efecto. Es decir, no rigen la competencia de fuero o turno de ninguna naturaleza. En alzada, por su naturaleza sumaria –que no permite la demora de aguardar uno o dos días para sorteo– se eleva el expediente a la Cámara de turno en la fecha de la Resolución recurrida, y para este efecto rige para los Tribunales el sistema de turno por mes calendario establecido por Acordada N° 7/42.

4- FISCALIZACIÓN DE OFICINAS DE NOTARIOS PÚBLICOS:

A cada Sala del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y a Comercial le corresponde un trimestre (Acordada N° 4/83 en concordancia con los Arts. 33 y 147 C.O.J.).

RUBRICACIÓN DE FOLIOS DE PROTOCOLOS:

La rubricación de folios de los Protocolos y Libros de Registro de Firmas dispuesto por Acordadas N° 5/84 (inc. f) y N° 7/84 (Art. 10) y por el Art. 153 C.O.J., corresponde al Presidente de las Salas de los Tribunales en lo Civil y Comercial de turno, y para ello rige el sistema de mes calendario establecido por Acordada N° 7/42.

NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS

El Poder Ejecutivo designa a los Miembros de la Corte Suprema de Justicia, con acuerdo de la Cámara de Senadores (Arts. 180 numeral 8, 195, 151 numeral 2 C.N.) y a los demás magistrados con el acuerdo de la Corte Suprema (Art. 180 numeral 8 C.N.).

La designación es por cinco años, coincidentes con el período presidencial y podrán ser confirmados (Art. 196 la parte C.N. en concordancia con el 190 del C.O.J.).

REMOCIÓN

La remoción solo podrá tener lugar por la comisión de delitos o mal desempeño de sus funciones (Art. 196 C.N. en concordancia con el Art. 207 C.O.J.)

Los miembros de la Corte son juzgados por la Cámara de Senadores que solo podrá declararlos culpables con mayoría absoluta de dos tercios de votos y el fallo solo tendrá el efecto de destituir a los acusados, quedando a salvo las acciones ordinarias (Art. 151 numeral 3 C.N.).

Es facultad exclusiva de la Cámara de Diputados iniciar el juicio de los Miembros de la Corte Suprema (Art. 153 C.N.).

El juzgamiento de los demás magistrados compete a la Corte Suprema (Art. 208 C.O.J.). El procedimiento puede ser iniciado de oficio, por denuncia del Ministerio Público o por el damnificado.

La denuncia debe ser circunstanciada y la Corte tiene facultades de rechazarla in limine cuando la considere infundada o en su caso ordenará una información sumaria para verificar la veracidad de la misma. El particular, además debe prestar arraigo.

De ser admitida la denuncia, se corre traslado afectado, se abre la causa a prueba si ello es menester, señalándose -una vez clausurado el período de pruebas- una audiencia en donde las partes producirán informes orales. Dentro de los veinte días hábiles siguientes la Corte dictará su fallo haciendo lugar o no a la remoción del magistrado.

MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público está conformado por el Fiscal General del Estado, por Agentes Fiscales y Procuradores Fiscales (Art. 209 C.N. y 61 C.O.J.) con atribuciones establecidas en la C.N. (Art. 214) y en el C.O.J. artículos 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69 y Art. 236 del C.N.

El Fiscal General del Estado es nombrado por el Presidente de la República (Art. 180 C.N.), con el acuerdo de la Cámara de Senadores (Art. 151 numeral 2 C.N.) y dictamen del Consejo de Estado (Art. 190 numeral 3).

Los demás Agentes Fiscales, son nombrados directamente por el Ejecutivo.

MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA

El Ministerio de la Defensa Pública será desempeñado ante los Juzgados y Tribunales por los Defensores de Pobres y Ausentes, por los Abogados del Trabajo, por los Defensores de Pobres en el Fuero Penal y el Ministerio Pupilar (que está determinado por los incisos a y b del Art. 235 del C.N.).

Sus funciones están establecidas en el C.O.J. y las ejercen conjuntamente con Procuradores.

Son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Corte Suprema, duran en el ejercicio de su función cinco años, la Corte tiene superintendencia y potestad disciplinarias (Art. 233, 191 C.O.J.).

SINDICATURA GENERAL DE QUIEBRAS

La Sindicatura General de Quiebras es un Órgano Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia (Art. 181 del Código de Organización Judicial) cuyo funcionamiento, deberes y atribuciones se hallan legislados en la Ley N° 154/69 de Quiebras, específicamente en el Libro Segundo, Segundo, Título II cuerpo de normas.

Composición - Nombramiento

La Sindicatura General fue creada por la Ley N° 154/69 siguiendo las leyes Chilena y Peruana, como manifestación orgánica de la estructura publicista del proceso concursal.

ALGUNOS ASPECTOS DE LA ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

Es ejercida por un Síndico General y agentes con el título de Síndicos. Aquel es nombrado por el Poder Ejecutivo a propuesta en terna de la Corte Suprema de Justicia, durando cinco años en sus funciones, pudiendo ser reelecto. (Art. 211, L.Q.).

Los Síndicos, cuyo número será fijado periódicamente por la Corte Suprema de Justicia, son nombrados por esta en consulta con el Síndico General (Art. 212, L.Q.) durando un año en sus funciones, pudiendo ser reelectos.

Atribuciones

El Síndico General tendrá la dirección superior y la responsabilidad del buen funcionamiento de la institución. Podrá intervenir directa y personalmente en cualquier convocación o quiebra, casos en los que tendrá los mismos derechos y obligaciones que el Síndico actuante (Art. 217, L.Q.).

Agentes Síndicos

El Síndico será parte esencial en los juicios de convocación de acreedores y quiebras (Art. 221, L.Q.). La Sindicatura podrá ser ejercida por un Abogado, un Doctor en Ciencias Económicas o un Licenciado en Ciencias Contables y Administrativas (Art. 212, L.Q.). En las circunscripciones judiciales de la República la Sindicatura es ejercida por el representante del Ministerio Público (Agente Fiscal) según Acordada N° 53 del 26 de Noviembre de 1985, sin perjuicio de las obligaciones inherentes a este Ministerio previstas en el Art. 178 de la L.Q. Están bajo la directa supervisión del Síndico General de Quiebras. (Arts. 217 y 219, L.Q.).

Actualmente funcionan cuatro Sindicaturas en la Capital y diez en el interior del país.

Auditoría Contable

Creada por Acordada N° 101 del 2 de Febrero de 1987, funciona la Oficina de Auditoría Contable, dependiente de la Sindicatura General de Quiebras. Es ejercida por un profesional con el título de Doctor en Ciencias Económicas, nombrado por la Corte Suprema de Justicia, quien tendrá intervención en los casos concursales brindando asesoramiento técnico, contable y administrativo. La intervención del Auditor Contable se inicia con el proceso mismo, aun antes de dictarse el Auto de Admisión.



Aproximación a la investigación jurídica

Daniel Mendonca¹

SUMARIO

0. Introducción

1. Ciencia del Derecho

1.1. El problema de la ciencia del Derecho

1.2. Objeto y métodos de la ciencia del Derecho

2. Investigación Jurídica

2.1. Aproximación

2.2. Formas de investigación jurídica

2.2.1. Investigación dogmática

2.2.2. Investigación empírica

2.2.2.1. Investigación sociológica

2.2.2.2. Investigación histórica

3. Conclusiones

4. Bibliografía

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 25-1988.

Conferencia presentada en la ACADEMIA PARA LA FORMACIÓN CIENTÍFICA (Asunción, 28 de Junio de 1988).

Daniel Mendoca es **Abogado** y candidato a **Licenciado en Ciencias de la Educación**; ejerce la cátedra de **Metodología de la Ciencia** en la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”.

CONTENIDO

0. Introducción

El **objetivo general** del estudio que presentamos es exponer, de modo sintético y sistemático, un análisis del tema, basado en una serie de fichas documentales del autor, con fines de divulgación, dada la escasa atención prestada al mismo en nuestro medio.

Los **objetivos específicos** del mismo son: en primer lugar, recapitular aspectos de la perspectiva científica del derecho; en segundo término, introducir la noción de investigación científica en materia jurídica, y, por último, esbozar una aproximación a las diferentes formas de investigación en el campo del derecho.

Quisiera efectuar una aclaración previa en torno al carácter científico del Derecho. Desde 1847, fecha en que el jurista alemán Julio Germán Von Kirchman pronunció su clásica conferencia sobre la falta de científicidad de la disciplina, los hombres de Derecho reciben el impacto de aquel golpe y acusan un marcado sentido de inferioridad ante científicos de otras áreas. Sin embargo, usaré la expresión “Ciencia del Derecho” para referirme a la disciplina jurídica, puesto que, tradicionalmente así se ha hecho; lo cual no significa que se afirme o niegue el carácter científico de la misma, dando por sentada, incluso, la posibilidad de discusión sobre el tema.

Incluimos el tema de la Ciencia del Derecho, por cuanto que resulta imposible abordar el de la investigación jurídica sin una consideración previa sobre aquella.

1. Ciencia del Derecho

1.1. El problema de la ciencia del Derecho

El intento de identificación del objeto de estudio de la ciencia del derecho ha resultado, hasta hoy día, problema más que controvertido y difícil. El primer gran obstáculo que enfrenta el científico del derecho es la multiplicidad de definiciones propuestas del vocablo

“derecho” Y seguidamente, la mencionada circunstancia de perplejidad ante la individualización de su objeto. De este modo, resulta harto complicado intentar una explicación sobre las posibilidades de desarrollar una aproximación a la investigación científica en materia jurídica.

A este respecto se sostiene que el retraso de la ciencia jurídica se debe en gran parte a una “deficiente resolución de sus bases epistemológicas (...) hasta el punto que hablar de ciencia jurídica se asemeja más a una decisión programática que a una descripción con contenido actual”, puesto que los juristas no solo no están de acuerdo en el objeto de estudio, sino tampoco en la metodología aplicable y, lo que es igualmente grave, tampoco coinciden en sus observaciones ni en la relevancia de ellas, (Guibourg: 191).

Sin embargo, en principio, no cabe discusión en cuanto al carácter normativo del derecho, lo cual permite identificar un primer objeto, centrado en el conjunto de normas jurídicas que integran el derecho positivo. No obstante, este hecho no resulta aún suficiente para dar uniformidad al pensamiento jurídico, ya que se carecería de un conjunto de conocimientos agrupados y ordenados sistemáticamente tal como lo exige la ciencia contemporánea. Por ser el derecho sometido a análisis desde distintas perspectivas -a las cuales nos referiremos más adelante- creemos que en este momento evolutivo de la ciencia del derecho no podemos afirmar la existencia de una ciencia unitaria, lo cual implica un serio problema epistemológico.

Evidentemente, el tema planteado guarda relación con la concepción del derecho que se adopte, la cual irá a influir de manera decisiva en la labor de investigación. En cuanto a ellas, aparecen dos corrientes con características propias; la primera, a partir de una concepción empírica del derecho y la segunda, sobre la base de una concepción normativa de él.

A este respecto, se explica que:

En el grado extremo del empirismo el derecho aparece como un instrumento de control social, cuya estructura interna es secundaria

respecto de su manejo real; y en este caso la ciencia del derecho -tributaria de la sociología- debería limitarse a registrar las regularidades empíricamente observables en el uso de la fuerza y a investigar el razonamiento jurídico por su valor persuasivo entre los hombres, como una especie de superstición hasta cierto punto eficaz para motivar algunas conductas. En el grado extremo del normativismo (pero siempre dentro del ámbito positivista), la ciencia jurídica habría de registrar los actos normativos y establecer un modelo abstracto capaz de dar cuenta de las modificaciones introducidas por cada nuevo acto en el sistema constituido por los actos anteriores, incluyendo sus inconsistencias, ambigüedades y otras intoxicaciones lógicas y lingüísticas, más los remedios para resolverlas, si ellos existiesen dentro del sistema. (Guibourg: 100).

Se pone de relieve así una concepción de ciencia positivista con dos vertientes, una sociologista y otra normativista, aparentemente incompatibles por sus diferencias: metodológicas; sin embargo, a mi parecer, ambos enfoques deben y pueden ser considerados complementarios y de ningún modo contradictorios. Al respecto, Fix Zamudio, mencionando al iusfilósofo italiano Norberto Bobbio dice:

(...) ya sea que se siga la corriente conceptualista o racionalista o, por el contrario, un punto de vista realista o inclusive sociológico, ambos sectores deben complementarse lógicamente, como lo ha puesto de relieve el penetrante estudio del jurista y filósofo italiano Norberto Bobbio, el cual sostiene que los modernos estudios sobre la lógica jurídica o sobre la lógica aplicada al derecho son perfectamente compatibles con las corrientes más liberales del empirismo jurídico contemporáneo, y que la reacción contra el abuso de la lógica, encabezada por los realistas angloamericanos, resulta mas bien aparente, si se toma en consideración -afirma el mismo autor- que la revaloración de los estudios de lógica en la cultura contemporánea se debe a filosofías de tradición empirista, y, por tanto, su aplicación al campo jurídico se apoya justamente en las mismas filosofías que encabezan las corrientes realistas del derecho. (Fix-Zamudio: 201).

Por su parte, Rehbinder, explica que:

El tratamiento científico del Derecho puede realizarse atendiendo a tres diferentes metas cognoscitivas. (1) Es posible preguntarse por la justicia del Derecho, ocupándose, pues de las ideas de valor que se sitúan tras las concretas regulaciones jurídicas y examinando su razonabilidad. El objeto de investigación es entonces la idealidad del Derecho. (2) Por regla general, el jurista se pregunta acerca de lo que vale como Derecho en una determinada situación. Se ocupa del contenido de sentido de disposiciones jurídicas concretas. El objeto de investigación es, entonces, la normatividad del Derecho. (3) Finalmente, es posible preguntarse por la realidad de realidad social del Derecho, por las determinadas regulaciones, jurídicas, por la vida jurídica. El objeto de investigación es, en este caso, la facticidad del Derecho.

Destaquemos que Rehbinder incluye la posibilidad del estudio axiológico de la regulación jurídica -lo cual es perfectamente válido y necesario-. Sin embargo, debemos efectuar una acotación en torno al tema; la ausencia de un método intersubjetivo válido torna ilusoria la posibilidad de elaboración de teorías científicas sobre dicho aspecto, lo cual no impide el estudio axiológico de la norma por el hecho de que no podamos atribuirle carácter científico a tal labor. De existir el método apropiado (válido y objetivo) el Derecho se vería beneficiado enormemente y avanzaría de modo importante; entre tanto, “la pretensión valorativa (o descriptiva de valores) constituye una rémora”. (Guibourg: 193).

Así planteado el problema, y una vez aisladas las posibilidades, debemos tomar decisiones sobre el objeto de estudio de la disciplina en relación a la posición normativista-formalista y la sociologista-empírica, preferenciando alguna, aunque tal preferencia no signifique dominio absoluto y ambos sectores se retroalimenten en perspectiva científica; ello, como primer paso hacia la construcción de una teoría científica del Derecho realmente válida.

1.2. Objeto y metodos de la ciencia del Derecho

En un primer acercamiento al objeto de estudio del Derecho - como disciplina científica hemos detectado, según dijimos, dos corrientes dominantes; la primera, al estilo de las ciencias sociales, por influencia de las corrientes comprometidas con el realismo sociológico norteamericano y escandinavo; la segunda, con tendencia a las disciplinas físico-matemáticas, con fuerte influencia neopositivista, donde la clave radica en la formalización del lenguaje jurídico mediante la lógica matemática.

Coincidentemente, Alchurrón y Buligyn sostienen:

De hecho, en la teoría jurídica cabe observar dos tendencias opuestas, pero igualmente deformantes: la primera, que podríamos llamar racionalismo o formalismo, consiste en desconocer o menospreciar la importancia de los problemas empíricos, con la consiguiente pretensión de resolver todos los problemas con que se enfrenta la ciencia del derecho mediante métodos puramente racionales (deductivos). El vicio opuesto -empirismo o realismo- pone excesivo énfasis en la problemática empírica, llegando incluso a negar toda importancia a la sistematización. (Alchurrón-Buligyn: 112).

Creo en aquello de que las ciencias deben versar sobre entes descriptibles y sujetos a algún tipo de observación con métodos intersubjetivamente válidos que permitan verificar o refutar los enunciados que a ellos se refieren, quedando, pues, limitadas las posibilidades de investigación con rigor científico a objetos con tales características. (Guibourg: 193).

2. Investigación Jurídica

2.1. Aproximación

Existe acuerdo, casi generalizado, en que la utilización del término “investigación” resulta impropio para la tarea desarrollada por el jurista en el campo del derecho. Además, la tradición académica indica la ausencia de tal denominación, al punto que las Facultades

de Derecho no tienen incorporadas, curricularmente, materias tales como Investigación o Métodos y Técnicas de Investigación; de igual manera, se desconocen los textos y manuales de investigación jurídica. Así pues, los trabajos de investigación, como tales, han sido insuficientemente abordados. En mi opinión, hasta tanto se desarrollen y expliciten los criterios científicos y técnicos y que proporcionan rigor metodológico, las investigaciones jurídicas seguirán adoleciendo de los mismos defectos que les privan de la rigurosidad científica reclamada.

Por otra parte, la problemática creada en torno a la identificación del objeto de estudio influye extraordinariamente en la definición y caracterización de la labor investigativa en el campo del derecho. Al respecto, sostiene Gutierrez, efectuando un recuento histórico que:

Pese a su carácter concepto que problemático, no hay duda que el se tenga sobre el derecho ha determinado siempre, y determina hoy día, el método, la perspectiva y el propósito que se tenga en mente para realizar una investigación jurídica. Para ello basta con señalar, someramente, lo ocurrido en algunas épocas.

La creencia en un Derecho natural, parte de la ley dada por Dios al Universo, llevó a los jusnaturalistas de la Escuela Cristiana a constituir la Ciencia del Derecho natural y a concebir como tarea de la investigación jurídica la comprensión de los principios inspiradores de esa ley, mediante el estudio de los textos bíblicos y el contraste de las opiniones emitidas por los autores griegos y los Padres de la Iglesia.

Durante los siglos XVII y XVIII, los problemas a determinar por la vía de la deducción racional fueron el contenido del contrato social, las reglas que podían, conformar la conducta de un hombre ideal en un estado ideal de las cosas, una serie de derechos naturales y una técnica de aplicación de esas reglas y derechos.

En el siglo XIX, los problemas de la ciencia jurídica se vieron como la determinación analítica, histórica o filosófica, según la opinión de cada cual, de la naturaleza del derecho para poder enfocar con esa base la crítica de los preceptos legales, las doctrinas y las instituciones.

La investigación empírica actual, que trata de comprender al derecho en la interrelación de los procesos sociales y para la cual el problema básico no es la esencia de lo jurídico sino lo que hace el derecho, como lo hace, que puede hacerse por su medio y como, es hija legítima de la Jurisprudencia Sociológica de Roscoe Pound, del experimentalismo de Dewey y del realismo legal de Llewelyn y Frank. (Gutierrez: 177)

Evidentemente, la complejidad del fenómeno jurídico conlleva la multiplicidad de enfoques investigativos, afectados de origen por la visión que tenga el investigador del objeto estudiado, los métodos utilizados y los resultados obtenidos. Es por ello que resulta extremadamente difícil definir de manera unívoca la expresión “investigación jurídica”. Trataremos de acercarnos más adelante a las formas de investigación de modo a caracterizarlas de manera más precisa. Entretanto, convengamos que el derecho no debe ser considerado como un fenómeno aislado de los demás componentes sociales y culturales del medio en que se halla inserto y que actúa como instrumento político al servicio de alguien y de algo. (Zolezzi: 189 y Gutierrez: 177)

El planteamiento nos devuelve al problema de la concepción empírica o formalista del derecho, razón por la cual antes de analizar las formas de investigación en materia jurídica quisiera acotar, que debemos:

(...) aprovechar para la ciencia del derecho las investigaciones y adelantos metodológicos alcanzados en los últimos años en otros campos del saber (...) para mostrar (...) que en la ciencia del derecho se plantean tantos problemas empíricos como problemas lógicos, es

decir, puramente racionales. Es no erróneo caracterizar la ciencia jurídica como una ciencia puramente formal que concebirla como una ciencia puramente empírica. Y esto ocurre porque la clasificación misma es ya obsoleta: si bien hay ciencias puramente formales, no hay ciencias puramente empíricas. (Alchurrón-Buligyn: 92).

2.2. Formas de investigación jurídica

2.2.1. Investigación dogmática

El siglo XIX fue un siglo de cambios importantes en la concepción del Derecho, especialmente por la influencia de la codificación francesa, el utilitarismo inglés y el historicismo alemán; todo ello produjo el abandono de la concepción ius-naturalista y la introducción del positivismo, cristalizada en la dogmática jurídica. El derecho perdió así los principios universales, eternos e inmutables de la anterior concepción, deteniéndose ahora en la norma creada por el legislador aceptándola “dogmáticamente”. (Alchurrón-Buligyn:90)

Su objeto (tomado en el sentido de realidades objetivas que se investigan), lo constituye el orden jurídico del presente o del pasado. En otros términos, lo investigado es la norma jurídica en su contenido dispositivo abstracto. Su fin (...) es la determinación del contenido normativo del orden jurídico. Sus fuentes de información son: las normas jurídicas, la historia de su establecimiento y la interpretación que han dado los tribunales de justicia y la doctrina. Sus métodos son los de la interpretación de la ley, o sea: el gramatical, el lógico, el sistemático y el histórico. Su utilidad se centra en la sistematización de las reglas jurídicas positivas para facilitar la enseñanza y aplicación del Derecho. (Gesche: 244)

La Dogmática es, pues, una disciplina normativa, en el sentido de que se propone la presentación ordenada y sistemática del contenido normativo, buscando establecer su significado mediante la interpretación de la norma

Alf Ross sostiene que la interpretación del derecho legislado se remite primeramente al texto de la ley, es decir, a una fórmula lingüística escrita en busca del significado que ella posee, razón por la cual la investigación dogmática puede presentar, según el autor, distintos tipos de problemas, a saber: (1) Sintácticos; (2) Lógicos, y (3) Semánticos. (Ross: 108)

Hagamos un recuento de la problemática del lenguaje en materia jurídica. Según Warrat:

Kelsen fue el primer autor, que utilizó para el campo jurídico, las nociones de lenguaje-objeto y metalenguaje, aunque sin mencionarlos expresamente. La distinción que efectúa entre normas y reglas de derecho, responde en él a las mismas necesidades que llevaron a Wittgenstein a hablar de uso y mención y a Russell de lenguaje-objeto y metalenguaje. Si las preocupaciones de la ciencia jurídica son las de efectuar una descripción del derecho positivo de un país (cuyas enunciaciones constituyen un cuerpo lingüístico), las proposiciones descriptivas de ese derecho positivo constituyen un metalenguaje. El discurso normativo, el derecho positivo, objeto de la reflexión científica es entonces el lenguaje-objeto.

La primera aportación semiótica al derecho descansa en la clarificación de estos dos niveles -lenguaje objeto y metalenguaje- de análisis y en la advertencia de la imposibilidad de identificar, pese a su idéntica naturaleza lingüística, las normas con sus proposiciones descriptivas, y dentro de la terminología kelseniana, la imposibilidad de confundir las normas con las reglas de derecho. Las normas son lenguaje-objeto, las reglas de derecho su metalenguaje descriptivo. (Warrat: 69)

Esta idea de lenguaje-objeto y metalenguaje es parte de la concepción neopositivista del derecho. El análisis derivado de ella busca desconectarse de toda contaminación socioeconómica y política, lo cual implica una suerte de desvinculación de los procesos de transformación social. Se ha sostenido por ello que:

El positivismo lógico considera a la ciencia como un sistema autosuficiente y, por ende, la reflexión sobre la ciencia, necesariamente se circunscribe a ese mismo sistema, sin salirse de él y sin vincularlo con las demás disciplinas, desconectándolo de la realidad social, lo que conduce consecuentemente a un divorcio entre la ciencia y la sociedad. LA AUTOALIMENTACIÓN FORZOSAMENTE PROVOCA ESTANCAMIENTO Y AUN DECAIMIENTO; es como un organismo que se nutre a sí mismo. (Warrat: 67)

El planteamiento de Ross, quien según vimos sostiene la existencia de tres tipos de problemas en materia jurídica mánticos, sintácticos y lógicos- puede ser reformulado y enunciado a partir de una doble problemática: (1) Semiótica y (2) Lógica.

Planteada la distinción, pasemos a analizarla brevemente.

Sabemos que la semiótica tiene por objeto el estudio de los sistemas signicos y actos de interacción y que se halla dividida en tres partes: (1) la sintaxis, como aquella que estudia las relaciones de los signos entre si; (2) la semántica, como la encargada del estudio de los signos en su relación con los objetos designados o dicho de otro modo, vinculada al estudio del significado de las palabras, y (3) la pragmática o estudio de la relación de los signos con sus usuarios.

Según Warrat, la problemática central, así planteado el tema, se encuentra, probablemente, en el análisis pragmático discurso normativo, pues destaca el del ingrediente ideológico dominante que le condiciona, imponiendo la necesidad de su detección al jurista con conciencia crítica, lo cual implica actitud científica (Warrat:43-52), sin embargo, los problemas frecuentemente presentados en la interpretación de la norma son mas bien de indole semántica y sintáctica, puesto que las dudas se presentan al jurista en torno al significado de las palabras y la construcción de los enunciados.

En cuanto al problema lógico-jurídico, aclaremos que la preocupación por los problemas lógicos no son recientes en el derecho ni novedosos para el jurista, puesto que los campos de la lógica y el de-

recho no se hallan separados e independientes. Puede si, resultar novedosa la transformación que la lógica ha sufrido en el último siglo con la aparición de la llamada lógica “moderna”, (simbólica, proposicional, matemática o logística), aunque mas no sea ella una renovación o desarrollo de la lógica “tradicional”. El gran cambio producido es el responsable, probablemente, de que la nueva lógica no sea todavía explotada por los juristas en la labor diaria, manteniéndose en ella con herramientas lógicas, un tanto anticuadas, aunque esto implique renuncia tácita un instrumento de inconmensurable valor técnico y científico, ya que la pretensión de la lógica jurídica no es otra que “la aplicación de las leyes lógicas al lenguaje normativo”. (Bullyn: 107)

Según Alf Ross, los problemas lógicos de interpretación son aquellos relativos a la relación de normas entre si dentro de un contexto; los problemas lógicos son tales en el sentido de que deben ser resueltos mediante un análisis lógico de la ley. Entre ellos, tienen particular importancia: (1) la inconsistencia; (2) la redundancia, y (3) la falsa presuposición.

Existe inconsistencia entre dos normas cuando se imputan diferentes efectos jurídicos ante las mismas condiciones de hecho. La redundancia se presenta cuando una norma establece un efecto jurídico que en idéntica situación de hecho se halla establecida por otra norma. Por último, las presuposiciones implican una falsa suposición previa fáctica o jurídica. En los ejemplos de Ross, hay falsa presuposición fáctica cuando, por ejemplo, se dispone que la administración debe remitirse a un órgano determinado que ya no existe. En cuanto a la falsa presuposición jurídica indica que se incurre en ella, por ejemplo, cuando una ley se remite a otra, quedando posteriormente esta derogada. (Ross: 124-129)

En cuanto a la lógica de las normas, no podemos dejar de mencionar la denominada lógica deóntica, desarrollada por Henrik Von Wright en 1951 a partir de la publicación de su obra “Norma y acción, una investigación lógica”, la cual trabaja -en la versión actual- con tres operadores: (1) lo permitido, (2) lo prohibido y (3) lo obligatorio.

No nos detendremos en ella en este trabajo, dada su complejidad, remitiéndonos al estudio mencionado.

2.2.2. Investigación empírica

A comienzos y mediados de siglo, se produjeron numerosos intentos por introducir el modelo empírico al estudio del Derecho. En muchos casos, con tremendo éxito; por ejemplo, con la escuela de la libre investigación científica, la jurisprudencia de intereses, las escuelas sociológicas francesa y americana y las corrientes realistas norteamericana y escandinava. (Alchurron-Buligyn: 91)

La concepción empírica del Derecho, abandona el modelo normativista del mismo. Por ello, se sostiene que:

Su objeto son las normas del Derecho y las demás realidades sociales relevantes de un comportamiento individual o colectivo. Sus fines son: el diagnóstico de la armonía o dicotomía entre el orden jurídico abstracto y el orden social concreto, y la medición de la trascendencia de las normas de Derecho en dicho orden. Sus fuentes de información son el orden normativo en su contenido dispositivo, y las demás realidades sociales que permiten establecer: los factores que determinaron la generación de la norma; los fines que la presidieron y problemas que pretendo resolver; la aplicación efectiva de la norma en el terreno de las realidades concretas, y los factores que influyen en su eficacia para resolver aquellos problemas. Sus métodos quedan determinados por la naturaleza y contenido de las fuentes de información, y por las posibilidades que ofrecen la ciencia y la técnica para las investigaciones empíricas. Su utilidad radica en la posibilidad que ofrecen: para analizar la eficacia del orden normativo vigente como medio de solución de problemas sociales concretos, y para señalar nuevos contenidos de dicho orden frente a los requerimientos del progreso social. (Gesche: 244)

Veamos pues, las dos formas que ha asumido la investigación empírica del Derecho: la sociológica y la histórica.

2.2.2.1. Investigación Jurídica Sociológica

La velocidad y variedad de cambios sociales, económicos, demográficos y tecnológicos que se producen en nuestro tiempo, obligan a la Ciencia jurídica al estudio de hechos de esta naturaleza que influyen e interactúan sobre el derecho positivo vigente, con lo cual la labor del científico del derecho no se agota con el estudio de la norma. (Rehbinder: 7)

Surge entonces la necesidad de conocimiento de la realidad circundante en relación íntima con el sistema normativo². Es especialmente adecuada la formulación de Rebinder en cuanto a las posibilidades de la Sociología jurídica y las características que ha asumido en su desarrollo como disciplina social aplicada al derecho, diciendo que ella:

Tiene como objeto de conocimiento el Derecho y, este sentido, se constituye como un ámbito especial de la Ciencia jurídica. Al mismo tiempo, investiga el Derecho como elemento de la estructura social y, en este sentido, constituye un ámbito particular de la Sociología. Atendiendo a esta característica, la Sociología del Derecho ha sido cultivada hasta ahora con diferentes enfoques, según que los científicos estuvieran interesados predominantemente por el enfoque jurídico o por el enfoque sociológico. Los sociólogos del Derecho con orientación jurídica cultivan la Sociología del Derecho con intención pragmática.

Pretenden que sus resultados sean útiles para la aplicación del Derecho y para la Política jurídica, o sea, pretenden ofrecer una Sociología del Derecho que esté relacionada con la práctica jurídica. Por el contrario, los sociólogos del Derecho con orientación sociológica se limitan a señalar las regularidades sociales expresables en “leyes”,

² Puede verse como ejemplo de investigación sociológica en materia jurídica nuestro artículo “Indicadores de la delincuencia e irregularidad infanto-juvenil en la Administración de Justicia” (Rev. La Ley N° 3/ Jul-Set/1988).

así como a una mejor comprensión de la realidad social o del trasfondo ideológico del Derecho. No entra en sus intenciones proporcionar ayuda a la decisión. (Rehbinder: 15)

Zolezzi, estudiando a Willian Evan, plantea un enfoque diferente y explica otra orientación desarrollada en la sociología jurídica, detallando el objeto de estudio en cada caso:

(1) análisis de roles, que se concentra en los estatus legales e incluye pesquisas sobre los diversos tipos de personal que cumplen funciones en el sistema legal; (2) análisis organizacional, que se interesa en la interrelación existente entre instituciones vinculadas con la administración del sistema y las clases de normas e interpretaciones que desarrollan; (3) análisis normativo, que intenta descubrir la relación entre las normas legales y sus valores subyacentes; (4) análisis institucional, centrado en el estudio de la relación entre derecho y otras instituciones de la sociedad, y (5) análisis metodológico, que acentúa las posibilidades de aplicar técnicas de investigación sociológica al orden legal. (Zolezzi: 187)

Agrega luego las vías de investigación del programa de la escuela sociológica, indicando las siguientes:

(1) estudio de los efectos sociales reales de las instituciones, preceptos y doctrinas legales; (2) estudio sociológico como preparación para la creación del derecho; (3) estudio de los medios de hacer los preceptos legales efectivos en la acción; (4) estudio del método jurídico: estudio sociológico de los procesos judicial, administrativo, legislativo y jurídico, así como estudio filosófico de los ideales; (5) una historia sociológica del derecho”. (Zolezzi: 191)

2.2.2.2. Investigación Jurídica Histórica

Considerar la historia del Derecho implica el estudio de su evolución, el análisis de sus elementos constitutivos y la transformación de las instituciones.

La Historia del Derecho, como disciplina científica “permite establecer los sujetos que concurren a la formación de la vida jurídica, la forma en que cada uno de ellos lo hace en cada época y la relación que se entabla entre ellos, permitiendo ponderar así la importancia que a cada uno compete”. (Alvarez: 14)

Este tipo de estudios se justifica en la medida que permite conocer las causas, a quienes no se conforman con el conocimiento del fenómeno normativo en sí y de sus efectos en el medio social.

En opinión de Latorre:

La Historia jurídica tiene por objeto la evolución de un sistema o de algunos de sus aspectos a través del tiempo. La historia del Derecho, en sus diversas y muy numerosas facetas, es un mundo peculiar. Su estudio a fondo requiere unir la formación del jurista a la del historiador, no solo porque el método de investigación es el propio de las ciencias históricas, sino porque en realidad la historia del Derecho, al mismo tiempo que una dimensión del conocimiento de este, es un, aspecto de la historia general, de la cual no se debe separar si no queremos caer en este formalismo aislado de la realidad que hemos denunciado ya varias veces como uno de los más graves defectos de que puede adolecer un análisis del Derecho. (Latorre: 188)

3. Conclusiones

(1) El derecho, como objeto de estudio científico, puede ser abordado desde distintas perspectivas y con diversos diseños metodológicos.

(2) En la investigación del derecho, si bien existen problemas puramente formales y problemas puramente empíricos, es necesario destacar la presencia de ambos tipos de problemas.

(3) Debe preferenciarse la perspectiva normativista, por constituir el objeto propio y característico del Derecho como disciplina. Sin embargo, no es posible ni admisible, renunciar a los estudios sociológicos del derecho, dado que la norma no se agota en la estructura

lingüística, sino que se proyecta en una realidad social. En la medida de lo necesario y posible, deben desarrollarse investigaciones en el campo histórico, de manera a agotar el fenómeno jurídico en su conocimiento científico.

(4) Es necesaria una redefinición de las denominadas “Ciencias Jurídicas”, en el sentido de superación de la ya muy pobre y obsoleta concepción epistemológica de numerosas Ciencias del Derecho de carácter normativo.

(5) Se abre, en el estudio del derecho, la gran posibilidad de investigaciones interdisciplinarias, lo cual requiere numerosos ajustes en el área de la formación científico-investigativa del jurista.

(6) Es necesaria e inevitable la actualización metodológica en materia investigativa, especialmente en cuanto a la introducción de modernas formas de trabajo, provenientes, principalmente, de la lingüística, la lógica, la teoría general de los sistemas y la informática para la investigación dogmática. Igualmente, importante resulta el conocimiento de la metodología de las ciencias sociales como paso previo a cualquier forma de investigación interdisciplinaria.

(7) Todo esto, no implica renuncia a estudios de axiología jurídica, los cuales consideramos esenciales, sino que, sencillamente, no creemos que estos hayan alcanzado validez científica.

4. Bibliografía

- Alchurron, C. y Búligyn, E. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Ed. Astrea: Buenos Aires, 1974.

- Alvarez Gardiol, A. Introducción a una teoría general del derecho -El método Jurídico-. Ed. Astrea: Buenos Aires, 1975.

- Buligyn, E. Aplicación de la lógica al derecho. Ed. Universidad de Buenos Aires: Buenos Aires, 1963.

-Fix-Zamudio, H. Reflexiones sobre la investigación jurídica. En Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el desarrollo. Ed. Andrés Bello: Santiago de Chile, 1973.

- Gesche, B. Investigación Jurídica. En Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el desarrollo. Ed. Andrés Bello: Santiago de Chile, 1973.

- Guibourg, R. El fenómeno normativo -Acción, norma y sistema. La revolución informática. Niveles del análisis jurídico- Ed. Astrea: Buenos Aires, 1987.

- Gutierrez, C.J. La investigación jurídica. En Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el desarrollo. Ed. Andrés Bello: Santiago de Chile, 1973.

- Latorre, A. Introducción al Derecho. Ed. Ariel: Barcelona, 1985 (5ª edic.).

- Levy-Bruhl, H. Sociología del Derecho. Ed. Universitaria de Buenos Aires: Buenos Aires, 1971.

- Reh binder, M. Sociología del Derecho. Ed. Pirámide: Madrid, 1981.

-Ross, A. Sobre el derecho y la justicia. Ed. Universitaria de Buenos Aires: Buenos Aires, 1977 (orig. inglés, 1958, traduc. Carrió, G.).

-Warrat, L. El Derecho y su lenguaje. Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales: Buenos Aires, 1976.

-Zolezzi, L. La investigación en el campo del Derecho. En Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el desarrollo. Ed. Andrés Bello: Santiago de Chile, 1973.



El uso de las medidas cautelares

Dr. Sixto Milciades Rivas Soler¹

Decía Podetti que: “No es fácil hallar un objeto o motivo suficientemente genérico que justifique y cubra todas las medidas cautelares. Mientras en unos casos resulta evidente la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación aún no reconocida por el órgano jurisdiccional (medidas para asegurar la ejecución); en otras, parece a destacarse la finalidad de evitar daños (medidas de seguridad de bienes yacentes, depósito y venta de mercaderías, daño temido), o de que en el curso de un proceso cambie la situación de bienes o derechos litigiosos, produciendo una desigualdad en la posición de los litigantes (prohibiciones de innovar y contratar, anotación de litis); o se ocasione daño a las personas (guarda de menores, presuntos incapaces, mujer casada), o sea necesario satisfacer necesidades urgentes (alimentos provisorios); o se imposibilite o dificulte la producción de medios probatorios (instrucción preventiva) etc.

Y prosigue diciendo: Rasgos comunes son, por un lado, prevenir posibles perjuicios, a los sujetos de un litigio o de un posible litigio o, más precisamente, a los titulares o presuntos titulares de un derecho subjetivo material, que eventualmente puede ser actuado ante la jurisdicción (interés privado). Y por el otro, la función jurisdiccional pueda cumplirse, esclareciendo la verdad del caso planteado, para decidirlo conforme al derecho y ejecutar lo decidido, restableciendo el orden jurídico, con el menor daño o menoscabo en los bienes y en las personas...”. Derecho Proc. Civ., Com., Lab., pág. 13.

Son los lineamientos más resaltantes de toda medida cautelar y aunque existen otros factores (presupuestos) que le son propios en

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 25-1988.

la evaluación de su procedencia, lo señalado es suficiente para obtener la identidad de la figura jurídica en cuestión.

Sin embargo, en la práctica preocupa la proliferación de pedidos con el rótulo de “medida cautelar” que desnaturalizan su esencia y, las mas de las veces acarrea, su concesión, conflictos de imprevisibles consecuencias, ya por falta de idoneidad, coherencia o razonabilidad en los planteamientos.

En los casos obtenidos, generalmente no se analizan de una manera exhaustiva los presupuestos que la ley y la doctrina exigen. Las partes litigantes piden y a veces sin razón, pero consiguen, produciéndose una situación de desequilibrio y aunque la medida es provisoria por naturaleza, sin embargo, crean peligros y por supuesto agravios irreparables.

En las medidas cautelares, el derecho invocado debe presentarse con meridiana claridad y por lo demás, debe emerecer una contracautela en previsión de posibles daños y perjuicios. La concesión busca una seguridad en los derechos pretendidos, un equilibrio en los actos procesales o simplemente “asegurar la seriedad de la función jurisdiccional”, como decia Calamandrei.

Las medidas cautelares in génere, dice Podetti, “están comprendidas dentro de los fines primordiales de la jurisdicción, como derecho-deber del Estado, aunque pueda verse en algunas de ellas una preponderancia de la finalidad pública sobre los fines privados. Mediante ellas, el poder jurisdiccional satisface el interés particular de asegurar un derecho aun no declarado, pero con mayor o menor intensidad, según la especie de la medida cautelar, satisface el interés general y público de asegurar la paz en la convivencia social y evitar la pérdida o desvalorización de los bienes económicos”.

La función y autoridad del Juzgador en estas medidas son las que se imponen, su mesura y sobre todo su prudencia pueden servir de grandes aliados en sus decisiones y aciertos.

Ahora bien, es dable mencionar aquí que, entre las medidas cautelares, como una especie, de naturaleza similar, aunque sutilmente distinta, está la llamada “medida judicial”, no reconocida por la ley, pero si, por la jurisprudencia, la que le ha trazado una modalidad casi, diríamos propia, y mediante la cual se da también soluciones a numerosas cuestiones no previstas en el procedimiento ordinario. La medida judicial es para precautelar, fundamentalmente el uso o goce de derechos reconocidos, y aquí creo, está la diferencia con las medidas cautelares comunes, en que la prevención se da también para garantizar derechos con meras expectativas.

De manera que, la medida judicial no es una entidad autónoma o independiente, sino que corre paralela a las otras medidas cautelares para cuya concesión deben ser igualmente observados los requisitos y el mismo celo para evitar perjuicios o poner fin a un juicio normalmente sometido a la jurisdicción competente.

Las medidas precautorias, dice Alsina, “no tienen un fin en sí, sino que sirven a un proceso principal, y, en consecuencia, su existencia es provisoria, pues depende de las contingencias de este. Las medidas conservatorias de una prueba, por ejemplo, carecen de importancia y quedan por ello, sin efecto una vez pronunciada la sentencia; pero las que tienen por fin el aseguramiento de la cosa litigiosa subsisten hasta el cumplimiento de la sentencia condenatoria”. Derecho Procesal T.V, pág. 451.

Las medidas pueden ser solicitadas antes o después de iniciada la demanda; en ambos estadios procesales el derecho que se pretende proteger debe ser verosímil y el juez apreciará su idoneidad y decretará según su prudente arbitrio previo cumplimiento de la correspondiente contracautela. Pero aún en las hipótesis de no ser pedidas por los litigantes, el Juez de oficio también puede decretarla, si lo cree necesario para salvaguardar el derecho pretendido. “La providencia precautoria se dicta inaudita parte, pero ello no importa violar el principio de la bilateralidad, pues se permite a la parte adversa, una vez cumplida, discutir su procedencia o extensión”. Ver Alsina Derecho Proc., T.V., pág. 451.

DERECHO Y SU RELACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS

Se pretende con estas líneas establecer, aunque brevemente, algunas pautas de la naturaleza de las medidas precautorias y como ellas, deben ser atendidas.



Cambio y modernización de la estructura fiscal, administrativa y tributaria en el Paraguay como basamento de un sistema democrático

Marco Antonio Elizeche¹

I) Introducción. Visión sintética del sistema:

La vigencia y vivencia de una auténtica y real democracia en el Paraguay, a más de las naturales expectativas de cambio en lo político, en lo económico, en lo social, y en fin, en todo lo que hace al ordenamiento y andamiaje de la vida ciudadana, en general, importa también, fundamentalmente, un soporte racional, ágil, dinámico y moderno de la estructura, las funciones y la organización del Estado como ente perceptor, ordenador y orientador de la política económico-financiera del país o sea el Fisco.

El enfoque de la cuestión comporta, en principio, una alarmante complejidad, en la medida que nada puede ser tocado, ni intentar tocar siquiera en forma aislada.

Si tomamos como punto de partida el Ministerio de Hacienda, el sistema funcional y orgánico del mismo se sustenta en el Decreto-Ley N° 17.101 de fecha 24 de diciembre del año 1946, refrendada por el entonces Presidente de la República Higinio Morínigo y el a su vez Ministro de Hacienda de la época J. Natalicio González.

La llamada Ley de Organización Administrativa fue sancionada y promulgada en fecha 22 de junio del año 1906.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 26/27-1989.

La Ley de Organización Financiera N° 817, por su parte, es de fecha 7 de julio del año 1926.

Estas dos últimas leyes fiscales de las más importantes (La Ley Organización Administrativa y la Ley de Organización Financiera), han sido modificadas y/o complementadas por numerosas disposiciones posteriores, también de varios años atrás -que sería ocioso en este breve enfoque- y figuran en la “Compilación de disposiciones gubernativas de organización administrativa y financiera de la Nación”, editada por la Imprenta Nacional en el año 1963.

El precedente encuadre legislativo de la organización funcional y estructural del principal órgano del Estado encargado de la política fiscal y económico-financiera del país, muestra meridianamente que desde hace cuatro décadas el Paraguay, se estaba, y sigue desenvolviéndose en este basto campo, en base a un sistema inconstatablemente obsoleto.

En las más de tres décadas del sistema autoritario y dictatorial del gobierno del Gral. Alfredo Stroessner, cuyo abortamiento felizmente se produjo en la noche y madrugada del 2 y 3 de febrero pasado, nunca ha manifestado ni intención siquiera de perguenar, aunque más no sea un esbozo, de proyectos o estudios tendientes a dotar al país de una estructura orgánico-fiscal con miras al futuro.

Antes bien, todo pensamiento o emprendimiento en este orden, pareciera innecesario y hasta si se quiere perjudicial, por cuanto la base de sustentación del régimen acogía en la práctica una suerte de inamovilidad casi absoluta en todos sus aspectos. Obviamente, toda idea de cambio tendiente a la modernización de las estructuras funcional, fiscal y administrativa del Estado era mal mirado, o simplemente, no tenía ninguna receptividad.

En el Art. 5° del Decreto-Ley N° 17.511 del 22 de enero de 1967, **POR EL CUAL SE REORGANIZAN LAS SECRETARÍAS DE ESTADO Y SE DISTRIBUYEN SUS FUNCIONES**, se faculta al Ministerio de Hacienda a la percepción de las rentas fiscales (Inc. h) del mentado Art. 5° de este Decreto- Ley.

CAMBIO Y MODERNIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA FISCAL,
ADMINISTRATIVA Y TRIBUTARIA EN EL PARAGUAY COMO
BASAMENTO DE UN SISTEMA DEMOCRÁTICO

La recaudación, control y fiscalización de las rentas del Estado que competen a este ministerio, conforme a la precedente disposición, se realizan en lo que respecta a los ingresos tributarios a través de cuatro Oficinas recaudadoras dependientes del Ministerio de Hacienda y cuya función y competencia se dispone en la ya citada “Ley Orgánica del Ministerio de Hacienda” (Decreto-Ley N° 17.101/46) en los Arts. 13, 15, 16 y 17 y que lo constituyen: LA DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS, LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS INTERNOS, LA DIRECCIÓN DE IMPUESTO A LA RENTA y LA DIRECCIÓN DE IMPUESTO INMOBILIARIO.

Evidentemente, esta dispersión orgánico-funcional de las oficinas recaudadoras de tributos dependientes del ente central, ha generado en la práctica distorsiones y dificultades en la administración, fiscalización y control de los ingresos tributarios, debilitándose, ostensiblemente, el principio de unidad y racionalización de la tarea de percepción, al marginar o trabar **una línea de acción y planificación general y de conjunto** para la eficiencia y optimización de estos ingresos, llegándose, in-extremis, a un punto tal, que cada órgano recaudador procuraba, egoístamente y por su lado, aumentar sus recaudaciones en cada ejercicio, aunque ello fuere en detrimento de las demás oficinas.

En lo que respecta al aspecto legislativo tributario, el sistema impositivo nacional presenta a su vez un verdadero abanico, difuso y disperso de leyes tributarias creadas, sancionadas e impuestas, tomando solamente en consideración la medida o necesidad de fortalecer los ingresos fiscales.

Para ello basta con observar la variada gama de tributos que percibe la Dirección de Impuestos Internos: Ley de Papel Sellado y Estampillas, Ley de Impuesto al Ganado, Ley de Impuesto al Consumo Interno, Adicional Corporosana, Patentes Fiscales, Patente de Autorodados, Arancel Consular, Impuesto a las Herencias, legados y donaciones, Transferencia sucesiva de automóviles y camionetas usadas (por no citar sino las principales). La Dirección de Impuesto a la Renta por su lado, con el Impuesto a la Renta, el Impuesto a las

Ventas de Mercaderías, el Impuesto al Capital y Reservas de determinadas Entidades Económicas, el Impuesto a los Servicios, el Impuesto al Transporte Internacional. La Dirección de Impuesto Inmobiliario por su parte, con el Impuesto Inmobiliario propiamente dicho y una serie de adicionales o gravámenes conexos, estos últimos con afectación a otros destinatarios o beneficiarios.

La secuela y consecuencia de semejante práctica ha traído como resultado, obviamente, la proliferación de los sistemas de imposición indirecta que prevalece actualmente, a tal punto, que puede estimarse en un 75% de los ingresos brutos tributarios los que corresponden a este tipo de imposición nebuloso, difuso, descontrolado e injusto en su incidencia sobre la sociedad paraguaya.

Podemos sostener, en esta parte, que con el sistema imperante, cada uno de los tributos vigentes, individualmente considerados, puede que estén ajustados a la previsión constitucional de legalidad (Arts. 47 y 57 de la Constitución Nacional), pero en la distribución y alcance, en términos de medición de la presión tributaria efectiva sobre la población se estará vulnerando incuestionablemente el principio de igualdad y con mayor razón el de equidad. No debe olvidarse que el mentado Art. 47 de la Constitución Nacional remata diciendo: “Que el sistema tributario deberá obedecer a principios económicos y sociales justos”, frase donde late y subyace el principio de equidad.

En lo respecta al régimen procedimental, tanto el accionar del Fisco como las vías procesales impugnativas, los medios de defensa y recursos disponibles en sede administrativa y judicial, plantea también serias dificultades, en la medida en que no existe un cuerpo armónico ordenado y sistematizado del régimen procesal que regule en el aspecto formal los derechos y obligaciones en la relación Fisco-sujetos obligados, sino que se halla diseminado y disperso en cada una de las leyes tributarias de cuya aplicación se hallan encargados los distintos entes recaudadores mencionados más arriba. En el orden judicial, por ausencia de una legislación propia sobre la materia, se recurre a la vía Procesal Civil, ritualista, lenta y dispendiosa (Ley

CAMBIO Y MODERNIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA FISCAL,
ADMINISTRATIVA Y TRIBUTARIA EN EL PARAGUAY COMO
BASAMENTO DE UN SISTEMA DEMOCRÁTICO

1.462 del 18 de julio de 1935 y Decreto-Ley N° 8723 del 8 de Setiembre de 1941 que establece el procedimiento para lo contencioso-administrativo).

Este encuadre legislativo en el aspecto formal, a más de complicar el tratamiento y decisión de los asuntos fiscales y tributarios, contribuye decididamente a acentuar la desprotección del sujeto obligado, agravada en sede judicial con la exigencia de la aplicación de la regla “Solte et repete” (pague y apele), como requisito previo para la promoción de la acción contenciosa-administrativa, institución precautelar a favor del Estado que bien puede ser sustituida por otras formas menos gravosas para el contribuyente.

La Constitución prevé un tribunal especial llamado Tribunal de Cuentas, cuya primera sala tiene competencia exclusiva en los juicios contencioso-administrativos, en tanto la segunda, en el control de las cuentas del Estado (Art. 203 de la Constitución Nacional).

En este importante campo del control de la gestión de la actividad económico-financiera del Estado, esto es, ingreso público y gasto público, gestión presupuestaria y su ejecución, la dispersión y superposición de funciones y órganos también se da.

En el párrafo anterior ya habíamos puntualizado que el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, tiene competencia para la revisión y control de las cuentas de inversión en la ejecución del Presupuesto General de Gastos de la Nación.

Pero por su parte, el Capítulo VII Art. 11 del Decreto- Ley 17.101, Ley Orgánica del Ministerio de Hacienda de diciembre de 1946, expresa que corresponde a la CONTRALORÍA FINANCIERA (dependiente del Ministerio de Hacienda), el control de los egresos del Tesoro; la contabilidad general de la gestión presupuestaria, de los bienes del dominio fiscal y administrativo y de la deuda pública; el contralor de la ejecución del presupuesto debe de los entes autárquicos y de economía mixta; la superintendencia de la contabilidad en todas las reparticiones y empresas que recauden o inviertan fondos fiscales, etc., con lo que estamos de cara a un régimen legal donde

un poder se controla a sí mismo, sistema que va contra toda lógica y doctrina, sobre todo la del equilibrio de poderes que basamenta el republicanismo democrático.

II) Bases indispensables para la reforma y modernización del sistema fiscal y administrativo-tributario

De esta visión esquemática y sintética del régimen legislativo que conforma la estructura fiscal, administrativa y tributaria del Paraguay en su aspecto orgánico, funcional, sustantivo y formal, surge como necesidad prioritaria un relevamiento y examen a fondo de todo el sistema, con miras a una reforma y modernización total sobre la base de una prudente y ordenada racionalización de la estructura orgánica y funcional y llegar a conformar por fin, un sistema tributario asentado en los principios de igualdad y equidad en la distribución de la carga obligacional impositiva sobre la sociedad.

A este efecto y sin ánimo alguno de agotar el tema, nos permitimos arrimar las siguientes pautas:

1- Teniendo en cuenta la extraordinaria y anárquica proliferación de leyes que conforman el espectro orgánico-funcional y administrativo-tributario del sistema, se nos ocurre que como punto de arranque para un trabajo serio se debería comenzar con un **INVENTARIO NORMATIVO** y partiendo sobre la base de un **PLANTEO GENERAL** de la cuestión, acometer la empresa con una **visión de conjunto**, desechando la práctica perniciosa de las modificaciones parcelarias, de los parches conyunturales a que tanto nos han acostumbrado por comodidad.

2- Tomada la decisión del acápite 1º, el Ministerio de Hacienda debería conformar una **Comisión de trabajo**, dando preferencia a especialistas y técnicos paraguayos -que los hay- quienes deberían tener el mismo o mejor tratamiento y derecho que los extranjeros, sin perjuicio de requerir la asistencia de estos dado el caso.

CAMBIO Y MODERNIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA FISCAL,
ADMINISTRATIVA Y TRIBUTARIA EN EL PARAGUAY COMO
BASAMENTO DE UN SISTEMA DEMOCRÁTICO

En relación a esto último y con el respeto que me merecen los de afuera, es dable señalar que el régimen de la anterior administración estatal ha mostrado siempre una preferencia por los extranjeros, que vienen o han venido por uno, dos o tres años, con jugosos sueldos en dólares, casa y auto para él y su familia a costa del erario público, los que, luego de una agradable y placentera estancia en el país, volvían a sus pagos, dejándonos, en la generalidad de los casos -salvo honrosas excepciones- un paquete voluminoso y exhuberante de recomendaciones y proyectos que nunca han podido llevarse a la práctica por la sencilla razón de no ajustarse a nuestra verdadera problemática y reales necesidades.

3-El Ministerio de Hacienda debe cambiar de denominación por el de **Ministerio de Economía y Hacienda** (ya que de hecho se ocupa tanto de la rama hacendaria propiamente dicha, como también de la económica para lo cual cuenta con el llamado “Equipo económico” bajo la coordinación del Ministro de Hacienda), con dos Sub-Secretarías: una de Economía y otra de Hacienda, tomando el modelo español que me parece interesante y apropiado, por cuanto con esta estructuración orgánica, desprendida de su propia denominación, se ocupará racional y ordenadamente de planificar, orientar y trazar las líneas generales de acción de la política económica del país a través de la Sub-Secretaría de Economía y la política fiscal, financiero-tributaria en relación a los ingresos y gastos del Estado a través de la Sub-Secretaría de Hacienda, el Decreto-Ley 17.511 de fecha 22 de enero de 1947 POR EL CUAL SE REORGANIZAN LAS SECRETARÍAS DE ESTADO Y SE DISTRIBUYEN SUS FUNCIONES, tenía previsto en su Art. 7º un Ministerio de Economía que llegó a funcionar un tiempo, tanto política como racionalmente, no se explican las razones por las cuales este importante organismo ha sido marginado y relegado al silencio y al olvido.

4 La derogación de la “Dirección General Impositiva” (D.G.I.), creada por Decreto-Ley N° 1. del 11 de enero de 1988, por la nueva administración hacendaria nos parece una saludable medida, en tanto si bien es cierto que la idea originaria de su concepción para

simplificar y racionalizar los sistemas de percepción e ingresos tributarios podrían ser válidamente aceptables, no es menos cierto, por otra parte, que su implementación y funcionalidad orgánica (que no ha sido bien aclarada en la normativa de su creación), no debió ni debe aislarse del **contexto general de una verdadera y revolucionaria reforma fiscal-tributaria** que conformará precisamente su base de sustentación de fondo, al cual debe agregarse necesariamente la articulación de un régimen procedimental armónico, ágil y coherente que conjugue y abarque todo el sistema.

5 - Urge la proyección, formulación y sanción de una nueva Ley de la Administración Pública o Ley Orgánica Administrativa.

Sobre el tema existe un interesante trabajo del Prof. Dr. Salvador Villagra Maffiodo que podría tomarse como base para el emprendimiento.

6- La fiscalización y control de la actividad económico- financiera del Estado debe hacerse a través de un organismo enteramente ajeno e independiente de la administración estatal.

En el Capítulo I de este ensayo, hemos puntualizado que la normativa en vigencia acuerda esta relevante función al Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, dependiente del Poder Judicial, órgano que en la práctica no se conoce que alguna vez haya hecho algún cuestionamiento. Debe reconocerse en este punto que esta obsecuencia proviene de la falta de independencia del propio Poder Judicial, en tanto el nombramiento de los miembros de la Corte Suprema de Justicia y de los demás magistrados judiciales depende del Poder Ejecutivo, al cual, la actual Constitución acuerda facultades desmedidas en detrimento de los demás poderes del Estado.

También habíamos señalado más arriba la duplicación de funciones que se da en este campo, ya que igual o parecida atribución tiene la Contraloría Financiera, dependiente del Ministerio de Hacienda; esto último, totalmente inapropiado, por lo mismo, que resulta ilógico y va contra toda sana doctrina asentada en los principios democráticos que un ente se controle y fiscalice a sí mismo.

CAMBIO Y MODERNIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA FISCAL,
ADMINISTRATIVA Y TRIBUTARIA EN EL PARAGUAY COMO
BASAMENTO DE UN SISTEMA DEMOCRÁTICO

Proponemos la creación y funcionamiento de un TRIBUNAL DE CUENTAS QUE DEBERÁ DEPENDER DEL PARLAMENTO NACIONAL, que como estamento representativo del pueblo tiene y reside en él la verdadera y real potestad y soberanía para la vigilancia y contralor de los actos del Poder Administrador.

El Estado Español cuenta con la novedosa y moderna Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas que depende de las Cortes (Ley del 12 de mayo de 1982) que podría tomarse como modelo.

7- Luego de la implementación prioritaria y fundamental de estos importantísimos emprendimientos a que hicimos referencia como lo son: una nueva y moderna LEY ORGÁNICA ADMINISTRATIVA y el sistema de control de la actividad económico-financiera del Estado por un organismo independiente; esto es, el TRIBUNAL DE CUENTAS dependiente del PARLAMENTO NACIONAL, cuya función y competencia deberán preverse en una Ley orgánica especial, debe incursionarse, obviamente, al estudio, planteo y formulación de una reforma profunda de todo el sistema tributario nacional.

Las bases sobre las cuales debe sustentarse esta reforma tienen que perfilar, necesariamente, la creación del **Impuesto a la Renta Personal y el Impuesto al Valor Agregado o Añadido (IVA)**.

En fecha 13 de octubre de 1986, por Resolución N° 27 del Honorable Consejo de Coordinación Económica, el Gobierno Nacional implementó el llamado “Plan de Impulso a la Economía Nacional”, entre cuyas proposiciones figuraba en lugar destacado (Punto IV, Incs. b) y c), Capítulo sobre Política Fiscal), la instauración del impuesto a la renta personal y el impuesto al valor agregado o añadido, lo cual, a nuestro juicio, se incluyó al solo efecto clientelístico, frente a las reiteradas exigencias de los organismos internacionales de asistencia crediticia (Banco Mundial-BIRF, Banco Interamericano de Desarrollo-BID y Fondo Monetario Internacional), dada la inminencia del colapso económico-financiero de todo el modelo y el sistema Stronista que se veía venir, con su secuela de imprevisibles conse-

cuencias político-sociales, en tanto sus responsables nunca han pretendido siquiera realizar estudios serios tendientes a la real implementación de estos sistemas modernos de imposición.

Para la instauración de un sistema tributario personal, global y progresivo como se pretende y que responde a las tendencias y concepciones modernas -valga la reiteración- en materia impositiva, racionalizada en un sistema de justa y equitativa proporción y distribución de la carga tributaria sobre los habitantes con la imposición sobre la renta personal y el patrimonio neto, es importante señalar que su implementación, debe ir necesariamente acompañada de una legislación también de avanzada que establezca el **levantamiento y limitación del Secreto Bancario**, instrumento insoslayable para la efectiva implantación del impuesto a la renta personal, en tanto **la declaración patrimonial** es el punto de arranque de este sistema.

En lo que respecta al impuesto al valor agregado o añadido (IVA), su concepción y puesta en marcha redundará inconstrastablemente en un mayor ingreso tributario, en tanto grava la comercialización de bienes o mercaderías en todas sus etapas y no en una sola, como el actualmente vigente conforme al régimen de la Ley 69/68 y su modificación la Ley 1035/83.

El temor para la instrumentación de estos sistemas tributarios estriba fuertemente en nuestra natural resistencia a los cambios, resabio socio-psíquico que como herencia nefasta de 34 años de despotismo se halla impregnado en el pueblo y la dificultad que conlleva su necesaria dependencia de niveles de decisión política.

Es dable destacar en este punto, que el poder político, en nuestro país, se halla emparentado o se lleva de la mano con el económico y la urdimbre de estos intereses que subyace, palpita y mueve sus piezas en nuestra sociedad, es evidentemente reacia a los cambios, aunque ahora, en este nuevo espacio político y los nuevos vientos del alborar de la democracia, tal vez se dé una mayor apertura.

Huelga señalar que la implantación del impuesto a la renta personal y el impuesto al valor agregado o añadido (IVA), supondrá

CAMBIO Y MODERNIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA FISCAL,
ADMINISTRATIVA Y TRIBUTARIA EN EL PARAGUAY COMO
BASAMENTO DE UN SISTEMA DEMOCRÁTICO

la abrogación de una serie de impuestos indirectos existentes: Por ejemplo: la Ley 1003/64 del Papel Sellado y Estampillas que deberá, si no desaparecer, por lo menos reducirse en una gran proporción. También deberá desaparecer el Impuesto a los Servicios.

Ello no implicará, sin embargo, a nuestro entender, la desaparición de los impuestos selectivos, tales como el de Consumo Interno que deberá permanecer y también modernizarse o actualizarse, el Impuesto al Ganado, el Impuesto a los Alcoholes, el Impuesto a las Herencias, Legados y Donaciones, que también clama a gritos una reformulación y actualización, especialmente en lo que hace a su escala de tributación que se ha vuelto regresiva.

8- La complementación racional de esta labor de reforma y modernización del sistema tributario, con las bases del acápite anterior informarán la conveniencia y forma de implementar un organismo único de coordinación (Llámase Dirección General de Tributos (D.G.T.) o Dirección General Impositiva (D.G.I.), aunque prefiere la primera denominación por ser más amplia y original), con sus respectivas áreas divisiones para la aplicación, administración y fiscalización de los ingresos tributarios, con el régimen que disponga y ordene sus autoridades, funciones, competencias y atribuciones.

9 - Por fin y como corolario necesario e imprescindible, la elaboración y sanción de un CÓDIGO TRIBUTARIO que consulte un sistema procedimental ágil, armónico e independiente, con sus órganos de decisión, tanto para las cuestiones que hacen al procedimiento en sede administrativa como judicial, anhelo tiempo ha postergado y sobre el cual se han ensayado varios proyectos por el mismo Ministerio de Hacienda como propiciador y que espera su definitiva e impostergable concreción.

En este estadio se impone la independencia del fuero tributario con la creación de un TRIBUNAL FISCAL O DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, en tanto el llamado Tribunal de Cuen-

tas previsto en la Constitución Nacional para entender en estas cuestiones, comenzando por su denominación, resulta ya inapropiada y obsoleta.

Tanto la concepción e instauración del Tribunal Fiscal o de lo Contencioso Administrativo en el Poder Judicial, como el Tribunal de Cuentas con sus atribuciones y competencia como órgano dependiente del Poder Legislativo, para la supervisión y control de la actividad económica-financiera del Estado, deben tener su necesaria previsión y asentamiento en la reforma de la Constitución o la sanción de una nueva como se promete y avisora en este nuevo espacio y tiempo político cuyo despunte primaveral estamos viviendo ahora.



Abstinencia de la Corte frente al poder abusivo de los Medios Masivos

Daniel E. Herrendorf¹

Nunca ha dejado de ser un problema de alta gravedad las lesiones que en forma deliberada o ingenua causan a la reputación y el nombre de una persona las expresiones malintencionadas, falsas o agraviantes puestas en circulación por los medios de comunicación social. En este orden, el fallo que comentamos contiene una amenaza grande contra las posibilidades individuales de actuar contra los medios cuando estos agravan con sus especies a alguien, y lo ponen en una particular situación de indefensión frente a la sociedad que recibe y digiere un mensaje que puede ser falso y estar destinado al desprestigio o la infamia.

La mayoría de la Corte, en este caso, se hizo eco del análisis puramente formalista y procesal de la Procuración, y votó en ese sentido, denegando las pretensiones del perdedor. En contrario a lo fallado en los casos Campillay y Balbín, la Corte deniega el derecho de resarcimiento frente a la divulgación de una especie periodística agravante.

El criterio que llevó a la mayoría de las naciones civilizadas a adoptar el derecho de réplica a través del Pacto de San José de Costa Rica es el que no ha operado en el caso que comentamos; pues si bien no se trata de un caso de réplica, sí se trata de la indefensión, siempre grave como indefensión, de los ciudadanos frente a los poderosos medios masivos.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 26/27-1989.

A esta altura de la teoría de la comunicación social, es muy claro que “quien tiene los medios tiene el mensaje” según la ya célebre expresión de Mac Luhan.

La experiencia muestra de modo alarmante el poder de los medios de comunicación ha llegado a extremos tan grandes, que la sociedad está verdaderamente en sus manos; la difusión de mentiras, infamias, calumnias, falsedades deliberadas e ideas tendenciosas y oportunistas ha llevado a los cientistas, sociólogos y politólogos a preocuparse seriamente del problema como de un asunto de toda gravedad.

Inclusive se ha visto cómo puede deformarse la conciencia social a través de la difusión de mensajes programados, alterando la capacidad de entendimiento, el espíritu crítico, y atrofiando con éxito la capacidad de discernimiento y comprensión, en un proceso llamativo -por su voracidad- destinado a mediatizar la capacidad social de intelección.

En todo este proceso, descripto por muchos analistas en distintos niveles de difusión y análisis, que han ido desde la propia difusión periodística (véase los informes anuales del *The Washington Post*) hasta el análisis académico del problema con pretensiones científicas (Weber, Mac Luhan, Touraine, Geymonat, y entre nosotros, Isaacson, Fayt, Villalonga, Cossio) se ha visto con claridad que el poder de los medios debe ser neutralizado por un efectivo control estatal; control que exprese la voluntad social de no someterse a las previsibles y comprobadas desviaciones de los medios. Ese control, que bien puede ser administrativo por vía ejecutiva; ha de ser, en este caso, judicial.

La experiencia demuestra que el control judicial de los abusos de los medios es bastante eficaz, y que los jueces, en general, están en situación de poder remediar con éxito los problemas causados por los medios en actitud victimaria.

La jurisprudencia de la Corte en este sentido es bien elocuente, y enseña que ha domado a más de un intrépido en sus pretensiones

ABSTINENCIA DE LA CORTE FRENTE
AL PODER ABUSIVO DE LOS MEDIOS MASIVOS

difamatorias, estableciendo con éxito el límite de las responsabilidades cuando se trata de la difusión de especies que atentan contra la dignidad, el nombre o el honor de las personas.

Por estos motivos resulta llamativo que la Corte se haya negado en este caso a asistir al perdidoso en las instancias anteriores, dejándolo en el más absoluto desamparo, amén de que la particular situación procesal en la que se encuentra lo pone al borde del concurso civil, si son ciertas sus expresiones al respecto, hecho que merecería una referencia marginal ajena a este comentario.

La minoría integrada en este caso por Fayt y Bacqué entendió que resulta necesario resarcir al perdidoso, indemnizándolo adecuadamente, y, sobre todo, obligando a la editorial responsable a publicar la sentencia.

Es esta una buena oportunidad para decir dos palabras sobre los efectos nocivos de la difamación y los efectos casi nulos de los desmentidos, que, a la larga, son soluciones ficticias.

Es bien cierto que parece remedio suficiente para un agraviado que se obligue al medio agravante a publicar una sentencia condenatoria, que coloca a la víctima del agravio en el lugar de la víctima resarcida.

No menos cierto es que, según muestra la sociología de la comunicación, una falsedad repetida por los medios se incorpora en el inconciente colectivo con éxito: una desmentida posterior no surge efectos de ninguna naturaleza; para que ese efecto, sin duda deseado por el agraviado, tenga sentido, el desmentido debe ser reiterado por lo menos durante algunas semanas, de modo tal que la sociedad asimile el nuevo mensaje con capacidad de incorporación y nuevo discernimiento, proceso que la psicología social denomina “insight” (incorporación intelectual). Sin esta nueva “incorporación”, la nueva versión queda flotando en el aire, con nulas posibilidades de interactuar frente al mensaje originario.

Esto viene a cuento de los remedios judiciales que se adoptan - publicación de la sentencia, réplica, etc.- para que la comunidad científica del mundo jurídico estudie con mayor precisión si este tipo de soluciones - que por cierto son muy valiosas- no deberían ser perfeccionadas a la luz de estos nuevos elementos que distintas ciencias sociales han ido incorporando al acervo común de las ciencias modernas.

En este sentido, la ciencia del Derecho debe actuar interdisciplinariamente con la sociología, la psicología social, la teoría de la comunicación y la ciencia política, a fin de actualizar sus desactualidades y ajustar sus flojerías. De otro modo seguirán buscándose con loable afán, soluciones que muchas veces no son tales, aunque en apariencia puedan satisfacer al agraviado otorgándole la sensación de que ha logrado revertir una situación por él indeseada.

No resulta atractivo, en ningún sentido, este fallo que de algún modo contradice otras actitudes muy saludables adoptadas por esta misma Corte.

La disidencia de la minoría, en cambio, marca otro rumbo que, no obstante, y según quedó explicado, podría ser profundizado en el futuro.



Problemas de Derecho Internacional Privado Societario

Alejandro P. Radzyminski¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONSTITUCIÓN: a) El caso “Inversora Yelinko, S. A.” b) El caso “Dauphine Corporation” c) La doctrina del “false conflict” y una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. III. FUNCIONAMIENTO. IV. INDEPENDENCIA ENTRE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y EMPLAZAMIENTO. V. CONCLUSIÓN.

I

INTRODUCCIÓN

Una reciente jurisprudencia que ha pasado un tanto inadvertida hasta la fecha, junto con la sentencia dictada en la causa “Velsicol Chemical Corporation” el 22 de agosto de 1988, ha incursionado en algunas cuestiones que atañen al régimen jusprivatista internacional de las sociedades comerciales. Por tal motivo, nos ha parecido oportuno presentar un breve panorama del derecho internacional privado de las sociedades comerciales, desde la perspectiva de su tratamiento jurisprudencial más próximo. Algunos aspectos del tema son bien conocidos, por lo que serán obviados o bien me limitaré a una mera referencia de los mismos. Existen, en cambio, otros ámbitos aun inexplorados y a los cuales ciertos pronunciamientos se han referido, al menos, con carácter incidental. Respecto de estos últimos, precisamente, surge el interés de esbozar algunas reflexiones gene-

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 26/27-1989.

rales, Procuraré, entonces, someter a la consideración del lector problemas que no suelen suscitar ningún comentario, en la expectativa de que sean objeto de una ulterior profundización.

II

CONSTITUCIÓN

a) El caso “Inversora Yelinko, S. A.”: Una sentencia del doctor Villar (Juzgado Nacional de la Instancia en lo Comercial, noviembre 27-1987, “IGPJ c. Inversora Yelinko, S.A.”), ha sentado con rigor metodológico las implicancias que acarrea la convivencia de normas de conflicto junto con normas de policía en un mismo ordenamiento. Tratábase en la especie de un conjunto de sociedades constituidas en Uruguay, controladas a su vez por entidades locales en los términos del Art. 33 de la ley 19.550 [ED, 42- 943] y cuyo objeto principal y exclusivo se desarrollaba en Argentina. El problema central giraba en torno a la determinación del funcionamiento de la norma de conflicto general del Art. 118, párr. 1º en relación con la norma de policía contenida en el Art. 124. La decisión acoge la doctrina del carácter “residual” (BATIFFOL, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, R. des C. 139 (1973-II) p. 138) de las normas de conflicto en virtud de las excepciones que le son impuestas por los preceptos de aplicación inmediata. Asimismo, y por primera vez en nuestra jurisprudencia, se trazó un distingo que subyace implícito en el Art. 124, por el cual cabe deslindar los casos de mudanza de sede de una sociedad extranjera a Argentina, en cuyo caso la disposición funciona como norma de adaptación material, de aquellos supuestos en que existe aude a la ley societaria argentina, evento ante el cual el Art. 124 emerge como norma de policía.

Desde una óptica general, el caso “Inversora Yelinko, S. A.” se inscribe en el contexto de una concepción metodológicamente pluralista del derecho internacional privado. En contraposición a la misma, el conflictualismo puro y ciertas manifestaciones de un furioso apego a la unificación material internacional, son expresiones

de absolutismo. Mas todo absolutismo, se ha dicho últimamente, “parece extraño a lo humano” (BOGGIANO, Derecho Internacional Privado, t. III, p. XVII).

b) El caso “Dauphine Corporation”: Cuestión aparte de la analizada en el párrafo precedente consiste la de saber si aun no mediando alguno de los supuestos contemplados por el Art. 124, el derecho extranjero conectado en definitiva por el Art. 118, párr. 1º es susceptible de encontrar un límite a su aplicación en la cláusula general de orden público del Art. 14 del Código Civil. Recientemente la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha tenido a su consideración un caso en el cual se debatió si era procedente declarar la irregularidad de la inscripción registral en Argentina de una sociedad constituida en Panamá, cuyo objeto social era indeterminado y su capital desproporcionado en relación con aquel objeto (CNCom., sala D, mayo 19-1987, “Dauphine Corporation”). La sentencia concluyó desestimando el pedido de cancelación de la registración, criterio este que comparte BOGGIANO (“Derecho Internacional...”, t. III, ps. 138 y 139) pues reputa que “sería una restricción gravosa para el comercio internacional que interesa al país, imponer a todas las sociedades extranjeras que actúan en el país idénticas exigencias sobre determinación del objeto social que las impuestas por la norma de la ley argentina.”

c) La doctrina del “false conflict” y una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: En el caso “Gobierno del Perú c. SIFAR” (CS, diciembre 10-1956) se introduce, mediante un breve pasaje que juzgó “que cualquiera sea la ley aplicable, las disposiciones concordantes del derecho argentino... y del derecho peruano..., la doctrina del denominado false conflict (EHRENZWEIG, *Specific principles of private transnational law*”, R. des C. 124 [1968-II] ps. 205 y 206; TRAYNOR, *Is this conflict really necessary*, Texas L. R., 1959, p. 657 y sigtes.; WESTEN, *False conflicts*, California L.R., 1967, p. 74 y sigtes.) que se desarrollo sobre presupuestos diferentes en Estados Unidos y en Europa continental. En efecto, en Estados Unidos la misma se desprendió lógicamente de la metodología

del interés análisis en tanto que en Europa continental fue una respuesta a las complejidades bien conocidas que en ocasiones suscita el sistema conflictual clásico (conf. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrecht*, p. 335; KEGEL, *Internationales Privatrecht*, p. 226)". El interrogante aún pendiente de examen exhaustivo consiste en precisar si el criterio que aplicó la Corte en aquella ocasión, en virtud del cual se prescindió de la elección formulada por la norma de conflicto toda vez que la confrontación de los derechos involucrados arrojaba la conclusión que ambos conducían a una misma solución material, es extensible a cualquier caso jusprivatista multinacional, incluyendo los societarios. En otra oportunidad sostuve un primer reparo de índole formal a esta doctrina, pues no es extraño que a normas similares en su redacción se les atribuya un sentido y alcance diferentes en contextos jurisdiccionales distintos (ver *Sociedades multinacionales y procesos de integración económica*, RDCO, 1988, p. 97). En la doctrina comparada, los embates contra la teoría de *false conflict* son ciertamente atendibles. Así, en el ámbito del *common law* se ha sostenido que las implicancias que acarrea la elección precisa del derecho aplicable es de suma relevancia pues una decisión fundada en la *lex fori* es una decisión *on a point of law* en tanto que una decisión fundada en algún derecho foráneo es una decisión *on a point of fact* y solo a las primeras se las adjudica fuerza de precedente (KAHN-FREUND, *General problems of private international law*, R. des C. 143 [1974-III] ps. 262 y 263). Respecto de otros países, las distintas alternativas recursivas a disposición de los interesados ante las instancias judiciales de máxima apelación dependiendo que se haya aplicado derecho nacional o extranjero, resulta decisivo para desterrar la doctrina del *false conflict* (LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé*, R. des C. 155 [1977-II] p: 26 y sigtes.).

En Argentina bien podría suscitarse la cuestión de saber si la Corte Suprema debe asumir el control de constitucionalidad de las normas extranjeras de contenido similar a las del derecho argentino. Entiéndase bien que la hipótesis planteada se refiere a la constitucionalidad de las normas foráneas respecto de la Ley Suprema del

ordenamiento al cual pertenecen. En otros términos, ¿incumbe a la Corte declarar la inconstitucionalidad de normas extranjeras en relación a una constitución también extranjera? De no ser así, ¿debe aplicarse el derecho foráneo aun en la convicción de que es violatorio de la constitución del régimen del cual es oriundo? La problemática es a mi ver de una riqueza excepcional. Los límites del presente estudio no nos permiten profundizar con mayor detalle en este tema. Sin embargo, siguiendo la autorizada opinión de KAHN-FREUND (General problems..., p. 449 y sigtes.; en el mismo sentido, BATIFFOL-LAGARDE, *Droit International Privé*, t. I, p. 390; sin embargo, LIPSTEIN, *General principles of private international law*, R. des C. 135 [1972-1] p. 104 y sigtes., SCHNITZER, *Handbuch des Internationalen Privatrecht*, t. I, p. 204), me inclino a pensar que los jueces argentinos no asumirían la función de controlar la constitucionalidad de normas extranjeras en las condiciones expuestas. De este modo, el interesado viene a resultar privado de una vía de impugnación que, de haber tramitado el proceso ante un juez del país a cuyo ordenamiento corresponde la disposición presuntamente inconstitucional, pudo haber intentado. Y así asistimos a la extraña paradoja de que una sentencia acumula innecesariamente normas de distintos ordenamientos, algunas de las cuales pueden ser tachadas de inconstitucionales, creando tal vez incerteza en torno a la posibilidad de su reconocimiento en otros países.

III

FUNCIONAMIENTO

La ley 19.550 distingue entre las sociedades constituidas en el extranjero que sin estar comprendidas, desde luego, en algunos de los supuestos que contempla el Art. 124, ejecutan actos aislados en el país (Art. 118, párr. 2º), realizan habitualmente actos comprendidos en su objeto social, establecen sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente (Art. 118, párr. 3º) o constituyen sociedad en la República (Art. 123), supuesto que una jurisprudencia

dencia firme ha extendido a la participación en sociedades preconstituidas en el país cuando se tratare de los tipos de responsabilidad limitada o por partes de interés y de sociedades anónimas si la participación fuere de control o bien, si aun no revistiendo tal carácter, la entidad extranjera participa activamente en el ejercicio de los derechos de consecución (CNCom., sala B, junio 2- 1977, “Parker Hannifin Argentina, S.A.”; CNCom., sala C, marzo 21-1978, “A. G. McKee Argentina, S.A.”; CNCom., sala C, marzo 21-1978, “Firestone de Argentina, S.A.”; CNCom., sala C, marzo 21-1978, “Huyck Mati, S.A.”; CNCom., sala D, julio 20-1978, “Saab Scania Argentina, S.A.”; CNCom., sala D, octubre 11-1978, “Squibb, S.A.” CNCom., sala D, octubre 20-1978, “Cerebos Argentina, S.A.”) a menos que aquella participación sea insignificante (CNCom., sala A, febrero 13-1980, “Hierro Patagónico de Sierra Grande, S.A.”; 1º Instancia Comercial Capital, octubre 2-1980, “Ondabel, S.A.”).

Estas cuestiones han sido ampliamente consideradas por la doctrina y por lo tanto se torna innecesaria cualquier otra referencia. Reviste interés, no obstante, destacar que en el caso “Velsicol Chemical Corporation” la sociedad extranjera había sido inscripta en Argentina “al solo efecto de integrar sociedades”. Ahora bien, la registración se efectuó en 1968, es decir antes de la entrada en vigencia de la ley 19.550 mas con posterioridad al caso “Potosí” (CS, julio 31-1903, Corporación El Haltillo [Cor-Hati] en: “Potosí, S. A. c. Cóccaro, A. F.”), en el cual la Corte Suprema declaró que la constitución de una filial en el país era un acto aislado en los términos del Art. 285 del Código de Comercio. La prescindencia de la doctrina de la Corte, aparentemente corroboraría la opinión que adjudica a aquel considerando relativo al Art. 285 del Código de Comercio un carácter meramente obiter (BOGGIANO, Derecho Internacional..., t. I, p. 629; Sociedades y Grupos Multinacionales, p. 68).

Un aspecto que no ha sido prácticamente objeto de estudio alguno es el concerniente a la determinación de la situación jurídica de las sociedades que se hallan en los casos previstos por los Arts. 118,

párr. 3º o 123 cuando la participación lo es en un ente preconstituido en Argentina, pero que no proceden a su inscripción registral.

En torno al supuesto del ejercicio habitual en el país de actos comprendidos en el objeto social, un precedente que data de 1968 (CNCom., sala A, julio 2-1968, "Trans American Aeronautical Corp. c. Balocchi, P.M.") estableció que la sociedad extranjera no inscripta en cumplimiento de la ley 8867, es decir aquella que no se ciñe a practicar meros actos aislados en Argentina pero que tampoco se inscribe en el registro al que aludía dicha ley, debe ser considerada como sociedad irregular.

El 29 de julio de 1983, en el caso "Fevre L. J. c. Worldwide Financial Corp. Ltda. y otros", la sala D de la Cámara Comercial juzgó, obiter, que "la responsabilidad que estatuiría el Art. 118, inc. 1º de la ley 19.550, en coordinación con el Art. 23 del mismo cuerpo legal para la hipótesis de la sociedad extranjera que no reproduce su matriculación en esta República, está obviamente orientada a proteger a los terceros que contratan con la entidad, no a quienes forman la compañía infractora."

Este obiter dictum y aquella sentencia del caso "Trans American Aeronautical Corp." permiten vislumbrar la elaboración de una doctrina judicial que, "nacionalizando" la sociedad constituida en el extranjero que no satisface las condiciones impuestas por el Art. 118, párr. 3º cuando realiza habitualmente en Argentina actos comprendidos en su objeto, la somete a las disposiciones referentes a las sociedades no constituidas regularmente que contiene la sección IV de la ley 19.550. Este criterio hermenéutico se apoya, posiblemente, en que ciertas normas materiales de derecho internacional privado, tal como la contenida en el Art. 118, párr. 3º, fijan a su vez pautas que imponen límites mínimos y respecto de los cuales el precepto funciona como norma de policía de derecho internacional privado (conf. sobre esta posibilidad, Juzgado Nacional, 1º Instancia Comercial, julio 29-1977, "Transportes Marbellini, S. A. c. Expofrut, S.R.L.").

Veamos ahora qué efectos se predicen del incumplimiento del Art. 123. Es bien sabido que, mediando una participación de control, su inobservancia conlleva la imposibilidad de obtener la registración de las decisiones sociales. Ahondando en el tema, FARGOSI (Notas sobre los alcances e interpretación del Art. 123 de la ley 19.550, LL, 1977-C-599) enseña que la falta de sujeción al Art. 123 es susceptible de acarrear la invalidación del voto de la sociedad extranjera, mas solo caerá la decisión social si en consecuencia de ello no resultaren mantenidas las mayorías legales. He aquí un aspecto de la problemática. Resta precisar, no obstante, qué efecto importa el incumplimiento del Art. 123 respecto del vínculo social del ente foráneo y de las eventuales pretensiones que ante jurisdicción argentina deduzca, fundadas en modo directo e inmediato en su propio interés. En el caso “Hierro Patagónico de Sierra Grande, S. A.”, como hemos visto, Se estableció el principio de prescindencia de la inscripción del ente extranjero cuando su participación en la sociedad local fuera insignificante. Dicho principio, lógicamente, comprende la plena validez del voto de la sociedad foránea y de la decisión, como así también la vigencia del vínculo social. No mediando, en cambio, una participación que quepa reputar insignificante, resulta atinada la sugerencia de ZALDIVAR (Régimen de las empresas extranjeras en la República Argentina, p. 89) de aplicar el Art. 16 de la ley 19.550. Distinta parece ser la situación si se tratare de deducir acciones judiciales en el propio interés de la sociedad foránea. El supuesto es abordado incidentalmente en el caso “Ondabel, S. A.” antes citado, donde, tratándose de un ente extranjero que poseía una participación insignificante en la sociedad local -por lo cual el mismo criterio, con mayor razón, se extendería a las sociedades que ostentaren una participación de control-, se consideró que a los aludidos la sociedad extranjera era un “accionista incumpliente del Art. 123...”

IV

INDEPENDENCIA ENTRE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y EMPLAZAMIENTO

Parece afirmarse una jurisprudencia que ha percibido que el Art. 122 se refiere al emplazamiento en juicio de una sociedad constituida en el extranjero pero no contiene, simultáneamente, principio alguno de jurisdicción internacional (CNCiv., sala B, abril 12-1977, “Paliars, C. c. Société d'Entreprises Général et Electronique Sonectro”, CNCom., sala A. agosto 5-1983, “Icesa, Industria de Componentes Electrónicos, S. A. c. Bravox, S. A., Industria y Comercio Electrónico”; CNCiv., sala F, setiembre 23-1986, “Editorial Claridad, S.A. c. Editorial Diana, S.A.”; CNCom., sala B, diciembre 23-1986, “A. G. Cordero y C. A. Cordero c. Ciriafin, S. A. y otros”). De allí que pueda existir concurrencia de jurisdicción internacional argentina y de posibilidad de emplazamiento en el país o bien, por fin, jurisdicción internacional argentina y ausencia de emplazamiento en el país o jurisdicción internacional extranjera y emplazamiento en el país (BOGGIANO, Derecho Internacional... t. III, p. 149 y sigtes.; Sociedades..., p. 217 y sigtes.; sin embargo, GOLDSCHMIDT, Jurisdicción internacional y representación procesal, ED, 108-602).

Urge advertir que la norma de emplazamiento del Art. 122, inc. b) solo comprende la actuación en Argentina de sociedades constituidas en el extranjero en los términos del art. 118, párr. 3º. En modo alguno, por el contrario, aquella norma de emplazamiento entiende referirse al representante que la sociedad extranjera debe designar a los fines del Art. 123. Esta cuestión, que si bien resultaba clara en la doctrina no había sido aún objeto de planteo judicial, ha recibido ahora expresa aceptación jurisprudencial en el caso “Velsicol Chemical Corporation”.

No deja de ser preocupante que el Art. 19 de la resolución 6396 de la Inspección General de Justicia disponga que “los poderes a conferirse a los representantes de sociedades extranjeras, a los efectos del cumplimiento del Art. 123 de la ley 19.550, debleron ser de tal

amplitud que los faculte a recibir y contestar emplazamientos o notificaciones administrativas o judiciales, que sean consecuencia de la participación en la sociedad local”. Su origen se remonta a los fundamentos de la resolución 6286 que entiende que el Art. 123 es una subespecie dentro de la situación de ejercicio habitual que con carácter amplio contempla el Art. 118, párr. 3º. El precepto introduce una anarquía interpretativa que fractura la relación sistemática de la ley 19.550, ya que si bien la misma reputa que “constituir sociedad en la República no es acto aislado” (Exposición de Motivos, sección XV), no es menos cierto que en modo alguno pueda derivarse de allí que la hipótesis del Art. 123 sea una modalidad del ejercicio habitual en los términos del Art. 118, párr. 3º. Es muy feliz en este sentido el pasaje de la sentencia “Velsicol Chemical Corporation” que juzga que “la inscripción al solo efecto de participar en una sociedad local... implica que la sociedad no se encuentra inscrita a los efectos del ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente...”

El representante al que alude el art. 123 lo es con la extensión del Art. 122, inc. a). De allí que el emplazamiento podrá cumplirse en su persona solamente cuando el acto o contrato que motiva el litigio es el acto constitutivo de la sociedad local participada por la sociedad extranjera o bien el acto de adquisición de la participación en la sociedad local ya existente. Bien distinto resulta discernir si con miras a una futura reforma legislativa es conveniente plasmar normativamente el criterio que sustenta la Inspección General de Justicia para permitir un control más eficaz, cuya cabida en el régimen presente suscita las reservas expuestas (ver BOGGIANO, Derecho Internacional..., t. III, p. 165 y sigtes.; Sociedades..., p. 235 y sigtes.).

V

CONCLUSIÓN

Las líneas que preceden no tienen otro cometido que servir de introducción a algunos problemas no siempre considerados y que merecen ser objeto de una ulterior profundización. Desde otro perfil y más allá del debate académico, es relevante que la jurisprudencia percibiera con nitidez que el sistema normativo del derecho internacional privado societario argentino reposa sobre una metodología integrada. La elección, la creación y la autolimitación inspiran a las distintas normas que captan sectores sociales en los cuales las valoraciones e intereses involucrados reclaman una reglamentación distinta. En la medida que se multiplican ante nuestros tribunales las controversias con elementos extranjeros, se torna imperioso agudizar los criterios de análisis con los cuales se afrontarán las situaciones hasta ahora inéditas. Tal vez allí resida una razón atendible para que se entable el diálogo entre los jueces y lo que suele denominarse doctrina, al cual aspira un distinguido autor (BOGGIANO, *Derecho Internacional...*, t. III, p. 115) y de cuyos resultados enriquecedores para nuestra disciplina no caben dudas.



El llamado aborto eugenésico y las facultades de los jueces

Vicente E. Andereggen¹

I

El caso comentado ofrece la particularidad de que un juez en lo criminal de instrucción ordenó a médicos oficiales ejecutar un aborto en tanto que otro juez, en lo civil, decretó en forma definitiva su prohibición. Nuevamente se ponen en cuestión las facultades de los jueces para ordenar o autorizar un aborto, agregándose aquí la de prohibirlo. Además, permite examinar si en nuestra legislación existe el denominado aborto eugenésico o eugenésico.

Una muchacha de quince años internada en un instituto frenopático de Buenos Aires con diagnóstico de síndrome oligofrénico, fue accedida carnalmente en el establecimiento quedando embarazada. Iniciado sumario por el delito de violación el juez instructor dispuso provisionalmente de la menor y ante una presentación de la madre solicitando que se la hiciera abortar el magistrado, con cita del Art. 86, inc. 2º del Código Penal, autorizó el aborto y libró oficio en tal sentido al Hospital de Clínicas. Un mes más tarde el juez cursó un nuevo oficio al Hospital para que se diera cumplimiento al anterior en atención a la insistencia de la madre. Así las cosas, informado de la situación, el asesor de menores e incapaces ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil pone en conocimiento de ella a un juez de primera instancia de su fuero y le solicita que haga saber al director del Hospital que se abstenga de practicar cualquier maniobra abortiva en la muchacha y se le asegure tratamiento hasta el parto. Deja planteada la nulidad de lo actuado en sede penal por no mediar intervención del Ministerio Público y la inconstitucionalidad de toda norma que se quiera aducir para justificar el aborto ya que no estaba

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 26/27-1989.

en peligro la vida de la madre e importaba una grave violación a un derecho de base constitucional, el derecho a vivir y el derecho a nacer del niño concebido.

Como medida cautelar el juez en lo civil ordena la abstención del aborto hasta contar con más elementos de juicio y da intervención al asesor de menores. Anoticiado de esa medida el juez de instrucción resuelve declinar competencia en favor del juez en lo civil, el cual decreta, en forma definitiva, la prohibición de hacer cualquier tipo de actos abortivos que puedan implicar riesgo para la vida o integridad física del niño no nacido.

Las resoluciones reseñadas suscitan, entre otras, las siguientes cuestiones:

a) ¿Pudo legitimamente el juez de instrucción ordenar el aborto al director del Hospital de Clínicas?

b) ¿Habrían incurrido en el delito de desobediencia los médicos a los cuales dicho juez conminó bajo apercibimiento de ley ejecutarlo y se negaron a ello?

c) ¿Son inconstitucionales, como lo estimó el asesor de menores de la Cámara Civil, “aquellas normas del derecho penal en que se hubiera pretendido fundar una decisión judicial que importara tanto como el derecho de matar a un ser inocente”?

Estos interrogantes se disipan de inmediato si se considera que el código penal no contiene ninguna disposición que autorice o faculte a juez alguno a ordenar o permitir un aborto. Este es un delito cuyo sujeto activo puede ser cualquiera. Los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo incurren en aborto agravado (Art. 86, párr. 19). En el párr. 2º se establece una causa de justificación específica para los médicos diplomados y para la mujer encinta en los casos siguientes: a) aborto terapéutico y b) si el embarazo proviene de una violación (incs. 1º y 2º, respectivamente). Ambas causas específi-

cas de justificación solo pueden ser invocadas por el médico y la mujer consentidora. Cuando la mujer encinta fuera “idiota o demente”, como el consentimiento no puede ser dado válidamente por ella, la causa de justificación corresponderá también al representante legal (inc. 29 in fine). La norma genérica prohíbe el aborto (Art. 85) pero la norma particular permite hacerlo exclusivamente a las personas que se mencionan en el párr. 29 del Art. 86. Esto es obvio. Por consiguiente, ningún juez puede arrogarse la facultad de decidir un aborto porque la causa de justificación aludida no juega en su favor. La opinión del médico no puede ser sustituida por la voluntad del juez.

Resulta evidente entonces la nulidad de la resolución del juez en lo criminal, la cual no pudo surtir ningún efecto jurídico. Y ante la inexistencia de normas que permitan fundar una decisión judicial como la de este magistrado, la inconstitucionalidad planteada por el asesor de menores de Cámara deviene abstracta por lo que correctamente el juez en lo civil no la tuvo en cuenta. BIDART CAMPOS ha opinado que el código penal al declarar no punibles ciertos supuestos de aborto vulnera, inconstitucionalmente, el derecho a la vida del nasciturus en cuanto esa conducta aniquiladora de la vida queda exenta de consecuencias penales, afirmación que compartimos en lo que, atañe al legislador, pero no vemos que sea aplicable al juez penal, quien no podría declarar inconstitucional el párr. 2º del art. 86 del Código Penal y condenar a los beneficiados por esa norma sin violar el principio de legalidad.

II

En cuanto a la prohibición del aborto dispuesta por el juez en lo civil nos parece acertada, porque a pesar del pedido de la madre de la menor, cuando intervino dicho magistrado el embarazo había sobrepasado el cuarto mes, por lo que el acto quirúrgico debía efectuarse bajo anestesia general con posibilidad cierta y manifiesta de producir lesiones uterinas previsiblemente graves e irreversibles. A la fecha de la resolución había entrado en el quinto mes y según los obstetras del Hospital de Clínicas a ese tiempo de la gestación la

práctica abortiva tiene un riesgo considerable de daño sobre la integridad uterina con secuelas sobre el estado de salud de la paciente. Frente a este riesgo físico grave el Art. 234, inc. 2º del Código Procesal permitió al juez impedir que la madre de la muchacha llevara a cabo su propósito con el concurso de un médico particular exponiendo a aquélla a las consecuencias advertidas por los médicos oficiales.

III

Aparte de lo expuesto cabe señalar que, a nuestro juicio, el código penal no legisla sobre el llamado aborto eugénico o eugenésico. Sin ninguna discrepancia se ha entendido lo contrario con apoyo en las conocidas palabras de la Comisión del Senado: “Es la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado”. Bien dijo SOLER que el párr. 2º, inc. 2º del Art. 86 fue tomado de un proyecto de ley que carecía de vinculación histórica y doctrinaria con nuestros antecedentes legislativos, y aun con la tradición asentada en otros países. En efecto, si el aborto eugenésico es aquel que se autoriza por móviles tendientes a salvaguardar la “salud de la raza” (DAIEN, SAMUEL, Carácter eugenésico del Art. 861 inc. 2 del Código Penal, en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, 1944, t. XV, vol. II, ps. 373/421) o su “perfeccionamiento”, según la Comisión del Senado, no se puede saber cómo habrá de lograrse ese fin dada la forma en que se halla redactada la disposición. Se ha pensado que ella justifica un aborto eugenésico limitado, pero para quienes estamos convencidos de que lo único que se quiso justificar fue el aborto en el caso de violación, cualquiera fuera su naturaleza, la idea de la eugenesia debe desecharse. Sea que el acceso carnal haya sido abusivo (Art. 119, incs. 1º y 2º), sea que haya sido violento (Art. 119, inc. 3º) la no punibilidad sentimiento de la mujer encinta y también alcanza al médico que obrare con el consentimiento de la mujer encinta y también a esta y a su representante legal si se tratare de mujer privada de razón. El código no despenaliza el aborto si la mujer sana aceptó el acceso carnal con un varón

idiota o demente sabiendo que lo era. Y tampoco en el supuesto de que la mujer insana en cumplimiento del débito conyugal fuera accedida por su marido sano, puesto que no puede aquí considerarse que ha existido una violación o un “ultraje al pudor”. Y qué decir de la mujer sana que pierde su razón después de quedar embarazada.

El anteproyecto suizo de 1916 admitió en su primera redacción la excusa terapéutica y la excusa eugenésica pero esta última desapareció en la de 1918. SOLER no se ocupa de ella aunque, inexplicablemente, la menciona al clasificar los abortos justificados. En el proyecto de 1960 no la trata y lo mismo hacen los redactores del proyecto de 1979.

Las probabilidades de transmisión hereditaria de muchas enfermedades mentales carecen de certeza científica, por lo que el aborto eugenésico no hace más que ocasionar un mal cierto para evitar otro probable y esto no es admisible en la justificación jurídica ni en la lógica más elemental (QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado de la parte especial del Derecho Penal, t. I. p. 513).

De otro lado, entre aceptar el aborto en previsión de malformaciones del niño antes de su nacimiento y matarlo después que este ocurra no hay en sustancia diferencia. Nuestro código, sabiamente, no lo permite no obstante las razones eugenésicas que puedan aducirse.



Las nuevas figuras en el derecho moderno, el Software, el Hardware y el Firmware como partes de la informática y la cibernética. La problemática de su protección jurídica entre los derechos intelectuales

Fremiort Ortiz Pierpaoli¹

El desarrollo constante de la moderna tecnología, ha originado y planteado nuevos desafíos, cuyas explicaciones a través de las diversas disciplinas, han justificado plenamente su investigación. Tal es así que, trasplantada esta idea al campo del Derecho, la primera cuestión a ser determinada, es si, a través de la legislación actual, los nuevos adelantos se hallan o no debidamente protegidos por las viejas leyes. Entre estos nuevos hechos que determinan la evolución del conocimiento universal, se encuentran la informática y la cibernética, ya que de acuerdo al siglo que se aproxima, su influencia sobre las instituciones jurídicas, es segura, por la presencia cada vez más creciente y más compleja en el quehacer de nuestras actividades. Desde esta perspectiva, resulta sumamente ilustrativa la manifestación ya sostenida en los círculos de investigación, en el sentido de que, quienes no se preparen adecuadamente con suficientes conocimientos de estos nuevos recursos técnicos “SERÁN LOS ANALFABETOS DEL SIGLO XXI”.

Coherente con este pensamiento moderno, la terminología y nombres de las nuevas figuras, también v. no apareciendo en el escenario de las ciencias jurídicas, ya que su uso y aplicación aún no se identifican con los tradicionales términos de nuestra vieja materia. Igual pensamiento cabe apuntar respecto a nuestros códigos y leyes, que aún no consagra -o por lo menos se discute en doctrina si se hallan o no previstas y protegidas en nuestro ordenamiento jurídico, lo

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 28-1989.

que debe hacernos reflexionar, a los efectos de contar con una legislación moderna sobre estos nuevos desafíos que nos depara el Siglo que se avecina.

Esta tarea, nada fácil, por cierto, requiere el concurso de todos los especialistas y entusiastas del Derecho, abogados, juristas, Magistrados, legisladores y profesionales afines en general, en cuyas esferas de actividades indefectiblemente deben ser incluidos estos nuevos descubrimientos. Contestes que ha comenzado a surgir en la doctrina de los tratadistas, los autores sostienen que, dado que es una constante universal que el Derecho proteja de algún modo y con variable extensión las creaciones del ingenio, es natural que a medida que los esfuerzos informáticos y cibernéticos dejaron el gabinete de información y comenzaron a transformarse en herramientas de uso diario, la gente de derecho ha comenzado a especular, legislar y decidir sobre la protección de tales recursos". (Pedro Chaloupka, *El Derecho de la Informática*, pág. 76).

De este modo, es un hecho tangible en nuestros días, que los objetos materiales que dan cuerpo y realidad a estos nuevos recursos técnicos, son las comúnmente llamadas "COMPUTADORAS" u "ORDENADORES", que están fabricadas para desarrollar una infinidad de tareas en diversas aplicaciones, alimentadas por "programas", cuya ubicación en el campo del Derecho más se aproxima al de derecho de autor, por responder a la inspiración individual del "programador", si bien en la legislación comparada no existe aún un criterio único o unánime al respecto, ya que se han ensayado diversas. teorías, que más adelante analizaremos.

A grosso modo se puede afirmarse que esta distinción entre ordenadores y programas, son equivalentes a las palabras inglesas "HARDWARE Y SOFTWARE". En español se ha preferido al comienzo las denominaciones de "SOPORTE LÓGICO" o "LOGICAL O LOGICIAL" (del francés Logiciel) denominar al software, que es para la más común en nuestros días y de más corriente uso en la informática. Sin embargo, hay que hacer la salvedad que esto no es absoluto, dado que dentro del concepto del software se ubican otros elementos

y conceptos que no son estrictamente “programas”, como la propuesta anunciada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), organismo especializado de las Naciones Unidas, que trabaja en la adopción de una legislación TIPO, tendiente a estandarizar las disposiciones al respecto.

Sin embargo, como menciona el autor arriba citado, esta dicotomía entre software y hardware no es completa, porque desde hace unos años se menciona también el concepto del FIRMWARE, al que tal vez impropriamente, pero en forma rápida, puede asignársele una suerte de hibridez entre el hardware y el software, y que es igualmente objeto de atención de los hombres de Derecho. Este firmware, significa la inserción de microprogramas alojados en las memorias del control del “ordenador”, esto es “secuencias de pasos elementales que permite que el hardware (computadora) del ordenador lleve a cabo determinadas instrucciones de “programas”.

Tal, a grandes rasgos, las nuevas figuras que deben ser protegidas por el viejo derecho, como parte sustancial de la regulación de las normas de los derechos intelectuales, pero que, en nuestra legislación, tal como se expone el tema, no ha sido aún tratada, por lo que, para buscar su protección jurídica, debemos rebuscarnos por analogía en las disposiciones de la Ley N° 94, el Código Civil, el Código Penal, y antes que todas estas en la Constitución Nacional vigente.

EL SOFTWARE EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA:

Conviene examinar brevemente la protección que tiene el HARDWARE en la legislación comparada, así como el FORTWARE, para pasar a analizar la protección de este último en la legislación nacional.

En cuanto a la protección del HARDWARE, no existe mayores disidencias, porque las creaciones que se refieren a esta modalidad, corresponde por lo general a inventos patentables. En cambio, donde la cuestión es mucho más confusa es en lo que se relaciona al al software. En efecto, en el año 1975, la Asociación Internacional para la

Protección de la Propiedad Industrial (AIPPI), se reunió en San Francisco, Estados Unidos de América para la protección jurídica del software. En esta oportunidad, analizaron tres formas de protección, a) como patente de invención; b) que considera la cuestión dentro del Derecho de Autor; y c) que implementa un sistema sui generis.

Ninguna de estas tres posibles soluciones fueron totalmente rechazadas hasta la fecha, pudiendo afirmarse que estas tres posibilidades son perfectamente factibles hasta hoy. “Corresponde dejar en claro, sin embargo, que la mayoría de los informes y opiniones se volcaban entonces y aún lo hacen en el presente, en favor de la protección legal del software, bajo el régimen legal del derecho de autor, con minorías o salvedades apreciable que contemplan los otros modos de encarar jurídicamente el tema” (El Derecho de la Informática, pág. 78, Pedro Chaloupka, Derechos Intelectuales).

a) Quizás haya sido los Estados Unidos donde se ha tratado más a fondo la protección del software, como patente de invención, a través del régimen de las patentes. Pero la mayoría de esta concepción no pudo superar las objeciones que se formularon al respecto, aunque algunos sí salieron gananciosas. En este punto debe hacerse constar -como sostiene el autor arriba citado- que el obstáculo que se erige contra la protección del software como un invento patentable, radica en que un “programa” es visto como una concepción puramente mental de paso operaciones que se le instruyen hacer a un “ordenador”, muchos ven como parte esencial de un invento patentable lo cual al no involucrar la manipulación de materia que relegaría al “programa” a un terrero especulativo ajeno al ámbito de los avances técnicos industriales acogen a la protección de las patentes. Quienes razonan de este modo, que la índole puramente mental del programa no es desvirtuada con el hecho de que, con su práctica, se gobierne la marcha de un tren, por ejemplo. Sin embargo, la Convención de Munich de 1973, que instituyó la patente europea, expresamente excluyó al software del terreno de las invenciones patentables, y tal prohibición se reflejan en las legislaciones de algunos países, tal el caso de Francia, Inglaterra, Alemania e Italia.

b) Como Derecho de Autor. Este derecho acoge al software, en razón de que los organismos administrativos de Registros no se oponen a ello, o porque se dictaron normas de procedimiento, o porque, lo que es mejor aún, que los autores lo admiten con simpatía, al punto que existe en algunos países fallos y antecedentes judiciales donde sancionó la reproducción no autorizada de “programas” por aplicación de las normas del Derecho de Autor. En 1980 se dictaron en los Estados Unidos, disposiciones legales ampliatorias en la ley sobre Derecho de Autor, estableciéndose una definición de lo que debe entenderse jurídicamente por SOFTWARE, como un conjunto de afirmaciones instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un “ordenador”, a fin de producir un determinado resultado. Posteriormente, en el año 1984, se agregó el Capítulo 9 a la Ley de Derecho de Autor, mediante la cual se protege también las plaquetas o chips y máscaras de semiconductores. La Ley de 1984 de ardid de Acceso Ilegítimo y fraude y abusos mediante computadoras, define también lo que debe entender por esta, es decir, que COMPUTADORA consiste en “todo proceso electrónico, magnético, óptico, electroquímico o cualquier otro procedimiento de procesos de datos a alta velocidad que efectúe funciones lógicas, aritméticas o de archivos de datos, incluyendo todo equipo complementario de archivo de datos o de procesamiento de comunicaciones”, como lo sostiene Carlos A. Vittone en su trabajo sobre “Software, Microchips y Computadoras en la Legislación Norteamericana, pág. 116). Lógicamente que en esta definición dicho término o definición no comprende a las máquinas de escribir automáticas, unidades impresoras, calculadoras de mano o cualquier otro procedimiento similar. El punto disonante en esta cuestión es el que guarda relación al “Código-Objeto”. Porque es de conocimiento generalizado que un programa es preparado por el hombre en una variedad de lenguajes de programación, cuya característica común es ser -al mismo tiempo- legible para el ser humano e introducible en un ordenador o computadora. Esta computadora las convierte internamente en el llamado “Lenguaje de Máquina”, mediante un procedimiento de compilación. Llámese “CÓDIGO-

FUENTE” o “PROGRAMA-FUENTE” al que está escrito en el lenguaje de programación legible para seres humanos. En cambio, recibe el nombre de “PROGRAMA-OBJETO” o “CÓDIGO-OBJETO” al resulta de la conversión del anterior en lenguaje de máquina. (Pedro Chaloupka, obra arriba citada, pág. 80).

c) En cuanto a la concepción SUI GENERIS para la protección del software, la principal es la sostenida por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), organismo especializado de las Naciones Unidas que regula en las disposiciones de una ley TIPO, para la protección del Soporte Lógico, después de las evaluaciones efectuadas con especialistas gubernamentales y privados de los países que adhieren al Proyecto. Es decir, que adopta un sistema más cercano o próximo al de la propiedad intelectual que al de patentes de invención, “pero con la sensible ventaja de no hacer convivir bajo una sola ley la propiedad intelectual tradicional con los peculiares derechos de los creadores del software”. Así, por ejemplo, las disposiciones de esta Ley-tipo no contempla el depósito o registro previo como condición ineludible para la protección, porque deja librado al criterio de cada país que adopte el proyecto mencionado. Sin embargo, se establecen en los comentarios que acompaña que tal depósito, aunque fuera facultativo, tiene la ventaja de conocer una manifestación del Estado de la técnica en un campo dado del software y conceder al autor o depositante, la prueba de la existencia de su creación en como toda función de Registro.

Respecto al SOFTWARE, el estado actual de esta materia parece indicar que el mismo debe incorporarse dentro del campo del derecho de autor, según la doctrina de la mayoría de los tratadistas. Conforme pueden observarse en gran parte de las legislaciones en la actualidad, aún con algunas objeciones que se formulan en su contra. Esta situación ha motivado que numerosos países como Estados Unidos, Francia, Japón, Alemania Federal, Australia, Chile, Hungría, India y el Reino Unido, entre algunos países han determinado la reforma de su ley de derecho autoral, adecuando a sus disposiciones a las exigencias propias impuestas por los “programas”. La República

Argentina ha recurrido a la Ley 11.723, que es la fuente principal de nuestra Ley N° 94, porque hay consenso entre los autores de dicho país, que existe alguna protección para el software entre las disposiciones legales de la propiedad intelectual, sobre todo si se tiene en cuenta los Arts. 1° y 2°, porque en la práctica diaria, ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor del citado país indica que se ha hecho bastante habitual el depósito de software para su protección bajo la nombrada ley, y al parecer ello ocurre en la mayoría de los casos, bajo el régimen de OPRA INÉDITA (Chaloupka, Pág. 86 Idem).

En el Brasil se dictó la Ley N° 7.646, del 18 de diciembre de 1987, por la que se reglamentó y complementó la Ley Autoral, incorporando el software.

Carlos A. Vittone, en su trabajo arriba citado, manifiesta que la última revisión general de la legislación sobre Derechos de Autor en los Estados Unidos, es el título 17, aprobada el 19 de octubre de 1976, que incluye, en la Sección 301, que el autor tiene la protección del copyright a partir del momento en que la creación intelectual se incorpora a cualquier medio tangible de expresión, “conocido hoy o desarrollado en el futuro, que puedan ser percibidas, reproducidas o comunicadas de cualquier otra manera, sea directamente o con la ayuda de máquinas y otros procedimientos” (Art. 102). El Título 17 fue modificado nuevamente el 12 de diciembre de 1980, en el sentido de incluir en su Art. 101 la definición de un nuevo concepto en el marco del derecho de autor, para su protección “un programa de ordenador, que es un objeto de afirmaciones o instrucciones para ser usadas directa o indirectamente a un ordenador a fin de producir un determinado resultado”. Y esta creación intelectual tiene el mismo tiempo de protección que el común dentro del derecho de autor, que es de 50 años después de la muerte del autor.

Igualmente fue modificado el Art. 117, para incluir en el ámbito de aplicación del concepto de “USO LÍCITO” fair use, a las copias del software o sus adaptaciones que sean un paso esencial en el uso del programa en una máquina determinada y a las copias tomadas para su archivo por parte del adquirente legítimo del software, siempre

que en ningún caso tales copias o adaptaciones sean destinadas a la venta, alquiler o transferencia no autorizada. Posteriormente, el 8 de noviembre de 1984, entró en vigencia la disposición que protege -dentro del régimen general del derecho de autor, pero con reglamentación especial- LOS CHIPS semiconductores (plaquetas). La última disposición vigente, desde el año 1984, es la ya mencionada ley de ardid de acceso ilegítimo, fraude y abuso mediante computadoras, que modifica el título 18 USC. Esta norma sanciona con multa y prisión al usuario de computadoras que, mediante un acceso ilegítimo obtenga información de carácter restringido, con la intención de usar ilícitamente dicha información.

LA PROTECCIÓN DE SOFTWARE EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE:

En el Paraguay, la actualidad como en la mayoría de los países no existe una ley especial que regule materias sobre informática como el software, hardware y firmware y otras especies de estos nuevos recursos técnicos. Sin embargo, de los antecedentes extraídos de la legislación comparada, y la mayoría de la doctrina de los autores, en el sentido de que la protección del software cae más o se aproxima más al Derecho de Autor, siendo así, ya que se le asigna cierta equivalencia por la asimilación de caracteres, y teniendo en cuenta la protección que la legislación nacional brinda a este derecho, podemos afirmar que el software se halla debidamente protegido en nuestro derecho positivo, atendiendo al siguiente análisis. En efecto, el Art. 58 de la Constitución Nacional del año 1967 dispone que “TODO AUTOR, INVENTOR O INVESTIGADOR, ES PROPIETARIO EXCLUSIVO DE SU OBRA, INVENTO O DESCUBRIMIENTO CIENTÍFICO, POR EL PLAZO QUE LE ACUERDA LA LEY”. Es el mismo principio consagrado por el Art. 24, 2a. parte de la Constitución de 1940, aunque adecuado y actualizado a nuestro tiempo, el que reconoce a como fuente primigenia el Art. 19 de la Constitución de 1870, que incluía el derecho de los creadores, entre los DERECHOS DE PROPIEDAD DEL INDIVIDUO. Si bien estos principios constitucionales se hallan limitados por su carácter temporal, por cuanto solo

reconocen estos derechos “POR EL PLAZO QUE LE ACUERDA LA LEY”, a diferencia de los demás derechos que son permanentes e inmutables, resulta innegable que, concebido el SOFTWARE como sinónimo de derecho de autor, se halla debidamente protegido en virtud del citado principio constitucional, que es el reconocimiento que el Estado, como ente soberano concede a la obra creada por el hombre.

El artículo 2.165 del Código Civil Paraguay que actualmente nos rige, dispone que el derecho de autor está protegido durante toda la vida del mismo, más cincuenta años después de su muerte, aunque nada dice respecto del coautor. Por su parte, el Art. 19 de la Ley N° 94 consagra como protección al derecho de autor este mismo sistema, pero los 50 años después de su muerte se computa luego de la muerte del último coautor, que es el caso concreto que más se presenta en la práctica, sobre todo en las obras musicales donde uno es autor de la letra y el otro el de la música.

Los Arts. 416 y 417 del Código Penal, sancionan con penas de prisión a los que se apropiaren o reprodujeran indebidamente obras literarias, artísticas, inventos descubrimientos ajenos, sin el consentimiento expreso de sus autores y creadores. El Art. 418 del mismo cuerpo legal, legisla inclusive sobre los agravantes cometidos con relación a estos hechos, elevando al doble la pena d establecida en el Art. 416.

Otra forma de protección de los derechos de autor está contenida en el Art. 62 de la Ley N° 94, que dispone que sin perjuicio de lo previsto en el Art. 416 Código Penal, se considerarán CASOS ESPECIALES a quienes incurran en tales delitos, y sufrirán la SANCIÓN que en él se establecen, aparte de que las ediciones ilícitas serán totalmente secuestradas.

A todo esto, hay que agregar que todas estas disposiciones no se hallan derogadas, inclusive la Ley N° 94, teniendo en cuenta el Art. 2810 del Código Civil, que entró a regir a partir del 19 de enero

de 1987. En efecto, habiendo sido debidamente estudiadas las disposiciones del Código Civil sobre la protección de los Derechos Intelectuales, Arts. 2.165 y 2.187 y los artículos respectivos de la Ley N° 94, se ha llegado a la conclusión de que en ambos cuerpos de leyes no existen disposiciones que sean contrarias entre sí para que el Código derogue a la Ley 94. A esta misma conclusión también arribaron los autores nacionales HORACIO GABRIEL LEBRÓN en su obra “LEYES NACIONALES” y LUIS A. IRUN BRUSQUETTI en su trabajo “LEYES COMPLEMENTARIAS AL CÓDIGO CIVIL”, quienes incluyen a la Ley N° 94 en sus respectivos trabajos, entre las leyes no derogadas por el Código Civil, por lo que sin réplica alguna se puede sostener que la Ley N° 94 que protege los derechos autorales, se halla en plena vigencia.

Esta similitud de caracteres entre el software y el derecho de autor sube de punto, y su protección por nuestro derecho positivo aún más, si se tiene en cuenta el dictamen de la Comisión Nacional de Codificación, que en su Exposición de Motivos admite este principio de protección, al sostener que “la propiedad general; literaria, en pensamiento que demuestren un mínimo de originalidad científica y artística, protegen todas las creaciones del autor, como resultado de un trabajo intelectual, cualquiera sea su forma de materializarse, una vez publicadas”. Asimismo, el Dr. RAMIRO BARBOZA, al publicar un trabajo bajo sobre “PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE”, en la Revista La Ley, Año 10, N° 1, sobre este mismo punto manifiesta que “tal como queda expresado, el SOFTWARE reúne todos estos requisitos, aunque la ley no los mencione expresamente. Es indudable que queden pendientes algunos temas específicos en esta materia, pero en el nuevo ordenamiento jurídico podría fácilmente INCORPORARSE la figura del software, dentro de los derechos autorales”.

Por otro lado, también cabe mencionar que la Ley N° a Ley N° 751 de Marcas de Productos y Servicios, también protege al software mediante su registro ante la Propiedad Industrial del Ministerio de Industria y Comercio. El nombre de software o “programa” debe ser

registrado en las Clases 9 y 16 del Nomenclator Oficial. La Clase 9 protege al instrumento científico (computadores u ordenadores). La quinta edición de la Clasificación Internacional de ductos y Servicios para el Registro de Marcas, establecidos en virtud del Arreglo de Niza, y publicada por la OMPI, expresamente incluye en incluye en esta Clase los aparatos para el Procesamiento de Datos y también los los “programas” de ordenadores. La Clase 16 guarda relación con todo material impreso, y en tal sentido, la obra arriba citada incluye en esta Clase “las bandas de papel o tarjetas para el registro de “programas” (software) de ordenadores (computadoras)”. De esto resulta evidente que ambas Clases protegen la generalidad de los productos enunciados, pero como lo general engloba lo particular o singular, si los programas llevan una denominación característica, es bajo dicha denominación que debe ser registrada en la clase precedente.

CONCLUSIÓN

Atento a las consideraciones que anteceden, hemos tratado este tema conforme al estado actual en que encuentra el mismo, tanto en el ámbito internacional como en el de nuestro país, por lo que constituye un imperativo en nuestros días buscar la forma de congeniar la protección del software con las disposiciones con que actualmente contamos, que a nuestro criterio, aplicando las normas del Derecho de Autor, es la más práctica POR EL MOMENTO, hasta tanto se dice una ley especial, tomando como base la ley tipo que propugna la OMPI, es decir adoptar el sistema SUI GENERIS para estar acorde con la legislación internacional en esta materia. Porque no es posible negar o descuidar protección jurídica a las creaciones de la inteligencia humana, a las que no solo la Constitución Nacional brinda su más completo amparo, sino porque estas creaciones deben ser protegidas como cualquier otro derecho de propiedad, máxime aun porque ellas nacen de las facultades superiores del hombre.

Fuera de la solución arriba planteada, que sería de largo alcance y como alternativa a ella, DADO EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN QUE NOS OCUPA, lo mínimo que podría hacerse

por el momento para dar respuesta a los numerosos informes solicitados por empresas extranjeras sobre este punto, y luego de que pase la fiebre política que insume a nuestro Parlamento, sería una ligera reforma a la Ley N° 94, incorporando aunque sea un artículo donde específica y expresamente se brinde amparo software, con una caracterización del alcance a tal derecho de cuáles serían las infracciones al mismo, y de la reducción en el tiempo, que sea menor al establecido en Código Civil y la Ley 94 (50 años post mortem), como están haciendo la mayoría de las legislaciones en los distintos países, ampliando al mismo tiempo el Art. 18 del Decreto Reglamentario No 6.609 del 4 de setiembre de 1961, en el sentido de habilitar en el Registro respectivo UN LIBRO más donde deban inscribirse las especificaciones y detalles técnicos del software, así como los datos y demás circunstancias conexas del programador.



Nuevas consideraciones sobre la Protección Jurídica del Programa de Computación

Jorge Oscar Allende¹

Cuando en junio de 1985 se desarrollaron las “Primeras Jornadas Internacionales de Informática al Servicio del Derecho”, en la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, tuve oportunidad de presentar un trabajo que titulé “La Protección Jurídica del Programa de Computación. Una Proposición de Tratamiento Legislativo”.

En dicho trabajo, luego de hacer una breve referencia y dejar de lado a los recursos que se han utilizado para proteger el software proveniente del campo técnico o del acuerdo privado de voluntades en el campo jurídico, centré la temática del trabajo en la búsqueda de un régimen legal adecuado de protección.

Vistas la ineficacia del secreto comercial, del enriquecimiento sin causa, o del régimen existente en materia de patentes, apuntó al análisis de la otra posibilidad de la que se había echado mano, y que era (y es) el intento más serio de los efectuados hasta el momento: la de proteger los programas de computación por medio de la legislación existente en materia de derecho de autor.

Esta parte del trabajo, abordó el tema con dos enfoques que se distinguían claramente.

Uno, de carácter netamente jurídico, ponía de manifiesto el ejercicio de cierto grado de violencia sobre los conceptos, al tratar de incluir dentro de las obras del derecho de autor al programa de

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 28-1989.

computación, y enumeraba además una serie de observaciones e inconvenientes prácticos de aplicación de la ley autoral para la protección del software.

El otro, destacaba el ingrediente económico-político del tema, vinculado a la defensa del interés nacional, punto este en el que debe tenerse cuidadosamente en cuenta que, si bien los países subdesarrollados necesitan acceder al conocimiento de la tecnología que poseen los desarrollados, también en algunos casos (tal el de la República Argentina) tienen concreta posibilidad de ser exportadores de programas de computación.

El trabajo concluía, luego de expresar alguna experiencia personal llevada a cabo en el seno de la Comisión Revisora del Anteproyecto de Ley de Derecho de Autor, creada por Resolución N° 423/77 del Ministerio de Justicia de la Nación, con la recomendación de tomar el camino de la sanción de una ley especial de protección de los programas de computación.

La realización de estas Segundas Jornadas de Mar del Plata, brindan una nueva oportunidad para volver sobre el tema, y expresar estas nuevas consideraciones destinadas a complementar el trabajo referido, que me afirman en la creencia de que el camino propuesto en aquél es el que mejor se adecua a la defensa del interés de la Nación.

1. ORIGINALIDAD

1.1 Es requisito ineludible, para que exista obra protegida por el derecho autoral, que haya habido previa creación intelectual del autor.

Esa creación intelectual, debe, además, ser original. Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional y extranjera han señalado reiteradamente que la originalidad de la creación es requisito indispensable para que una obra quede protegida por el derecho autoral.

NUEVAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL PROGRAMA DE COMPUTACIÓN

1.2 Sabido es también que la protección del derecho de autor, se extiende a las denominadas “obras derivadas”, es decir, las que se originan en obras preexistentes. Así, protegidas, alcanzan el grado de obra autónoma, y, en consecuencia, su propia protección. Este principio se encuentra plasmado en las modernas legislaciones autorales y en las convenciones internacionales.

Sin embargo, tal reconocimiento se efectúa porque el esfuerzo intelectual del autor de la obra derivada, se traduce en un resultado en el que se evidencia su personalidad. Aun en el caso de la mera traducción, y tal como expresa la “Guía del Convenio de Berna” publicada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la obra nueva, si bien depende de la obra traducida “...se distingue de ella no solamente por el idioma, sino además por las excepciones, los giros, la construcción gramatical, el estilo, y a veces, otros elementos” que son aportados por el traductor, imponiendo así su sello personal (pág. 20/21).

1.3 Si observamos el grado de originalidad que revisten los programas de ordenador, se advierte que no alcanza a llenar los requisitos que se exigen para la obra del derecho de autor. Porque si bien en los programas de carácter muy complejo se puede llegar a distinguir un esfuerzo intelectual personalizado del creador, tal personalización no alcanza el grado necesario que se requiere en materia autoral, pues no llega a ser reveladora de la personalidad del programador, no pone de manifiesto su “sello”, su “impronta” personal.

El programador está sometido a una lógica obligada, de la que es imposible salir, y que condiciona y despersonaliza su tarea intelectual.

Ello no implica desconocer que, si situamos a varios programadores frente a un mismo problema, se pueden obtener distintas respuestas o soluciones. Sin embargo, tales diferencias no alcanzarán a darle al programa ese sello que el autor de obras del derecho de autor pone en el tratamiento de las ideas que su creación conlleva y que le

dan al fruto de sus esfuerzos una fisonomía propia y un carácter inconfundible.

2. LA PROTECCIÓN CONTRA LA REPRODUCCIÓN

2.1 Es de la esencia del Derecho de Autor, la protección de este contra las copias o reproducciones que de su obra se efectúen. Desde el nacimiento de la moderna legislación autoral, en la Francia de 1793, tal ha sido uno de los objetivos fundamentales del derecho de autor.

No está pues en juego, en el caso, el uso que de la obra se efectúa; y surge entonces el interrogante: ¿La introducción de un programa en la memoria de un computador constituye una reproducción en el sentido que el término posee en materia autoral?

Evidentemente, la asimilación resulta forzada.

El tema ha sido vastamente debatido, pero no se ha llegado a un acuerdo doctrinario.

En el informe Whitford, al que me refiero en mi trabajo anterior presentado en Mercedes al comentar el estado de situación del software en Inglaterra, se recomienda que la legislación que se dicte para proteger los programas de computación, se establezca expresamente que la carga en memoria es un acto prohibido.

2.2 No debemos olvidar, por otra parte (y esto complica aún más la lisa y llana aplicación del derecho autoral) que existen numerosas legislaciones que no consideran infracción a las copias reservadas al uso del copista.

Lo expresado, pone de manifiesto en un nuevo aspecto, lo inadecuado que resulta la aplicación de la legislación autoral para proceder a la protección de los programas de computación.

3. EL HOMBRE, DESTINATARIO DIRECTO DE LA OBRA AUTORAL

3.1 Ya adelanté en mi trabajo anterior referido más arriba, que entiendo que el intento de incluir el programa de computación entre las obras literarias que protege la ley autoral, se ha efectuado con violencia sobre los conceptos.

El de literatura, en cuanto a técnica de expresión que, utilizando la palabra, se encuentra en íntima e inseparable vinculación con el estilo (carácter especial que, en cuanto al modo de expresar los conceptos, da un autor a sus obras) y la retórica (arte que enseña las reglas del bien decir) limita la extensión de la protección autoral a su propia esfera de influencia. No admite en consecuencia la inclusión dentro de la misma de obras redactadas en lenguaje de alto nivel, de nivel intermedio, o de máquina, en que estén escritos los programas de computación y que no guardan vinculación con el lenguaje natural.



Introducción a la informática jurídica

Ramiro Barboza¹

LA REVOLUCIÓN INFORMÁTICA

La computadora, tal como nosotros la conocemos en estos momentos, es un invento que no cuenta aún con 50 años de antigüedad, y sin embargo, en tan corto espacio de tiempo ha penetrado en nuestra vida hasta tal punto, que pocas cosas existen en la actualidad que, en mayor o menor grado no necesiten tras sí una computadora.

Prácticamente, desde cuando la Automatic Sequence Controlled Calculator (Harvard Mark I) fue instalado en la Universidad de Harvard en 1944, se inicia una historia de rápidas transformaciones tecnológicas, de prepotente irrupción en la economía y de profundas consecuencias en la sociedad, dice Antonio Martino.

Resulta difícil imaginar, hoy en día, una sola actividad o disciplina del conocimiento que no se encuentre beneficiada por el uso de la tecnología de la computación las ciencias, la educación, las tareas administrativas, las comunicaciones, y aun el arte y la diversión, han sido absorbidas por las computadoras; sin duda una de las más interesantes y complejas creaciones del hombre.

Un ordenador, prepara la lista de sueldos que se percibe en la mayor parte de las empresas; la cuenta de la luz, teléfono y agua llegan en tarjetas perforadas elaboradas por la computadora. También una computadora nos permite realizar la reerva de un billete de avión, otros controlan en los Bancos el estado de nuestras cuentas, las tarjetas de crédito no podrían existir sin la computadora e inclusive las elecciones realizadas por medios manuales llevaría demasiado tiempo. La compra de un medicamento en ciertas farmacias se

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 28-1989.

realiza a través de este medio, las apuestas deportivas también, y hasta el Ministerio de Hacienda de nuestro país comienza a vigilar nuestras actividades fiscales ayudados por estas máquinas. ¿Cómo es posible que en solo unas décadas se haya llegado a tan alto nivel de implantación? La respuesta a esta pregunta hay que buscarla en el espectacular progreso experimentado en el campo de la informática. De mano, en muchos casos, de la electrónica, la evolución experimentada por la computadora, es de tal índole, que son muchos los que prefieren asignar a tal período el nombre de “Revolución Informática”. Así, de las ruidosas calculadoras mecánicas que los contables usaban, y que únicamente eran capaces de realizar las cuatro operaciones básicas con lentitud similar a la del propio operario humano, se ha pasado en un período increíblemente corto a los silenciosos ordenadores capaces de realizar más de un millón de operaciones por segundo y de almacenar en su memoria millones y millones de datos. Más que una calculadora ultrarápida, la computadora electrónica es una incansable manipuladora de símbolos, tales como: Números, letras y signos aritméticos, cuya capacidad de almacenamiento y de ejecución de operaciones lógicas y matemáticas es incomparablemente superior a la del hombre, en términos de velocidad y confiabilidad.

Gracias a estas características especiales, la computadora ha hecho posible innumerables avances científicos y tecnológicos en todos los terrenos. Sin su ayuda el hombre no hubiera sido capaz, por ejemplo, de realizar el sueño largamente deseado, como el de llegar a la luna.

EL VALOR DE LA INFORMACIÓN

Como el resto de los seres vivos, el hombre necesita para subsistencia cubrir una serie de necesidades básicas; pero, como elemento diferenciador con respecto al resto de los animales y plantas, el hombre precisa también, para su enriquecimiento cultural, un elevado grado de información que va más allá del medio que le rodea.

Así, los conocimientos que recibimos desde la niñez en los diferentes estratos del aprendizaje (enseñanza primaria, secundaria o universitaria), constituyen una serie de datos analizados, depurados y metódicamente proporcionados a sus destinatarios. En otros términos, información.

El número y grado de información que posee el hombre en este instante es enorme, y más aún crece a una velocidad vertiginosa. Basta saber que en 1958 se estimaba que un 30% del producto nacional bruto de los Estados Unidos se gastaba en lo que se ha dado en llamar “industria del conocimiento”, esto es, todo aquello que produce una información social útil -educación, comunicaciones, investigaciones- y para el año 2.000 se estima en un 50% del producto nacional bruto destinado a ese fin.

Este inmenso acervo, ha traído consigo, entre otras consecuencias, un alto grado de especialización en diferentes materias: Hoy día es casi imposible encontrar al típico hombre renacentista interesado y conocedor de casi todas las ramas del saber, y su puesto ha sido ocupado por superexpertos en campos tan limitados como pueden ser las dislocaciones moleculares en los critales o la poesía épica de la Baja Edad Media.

Igual cosa sucede con las empresas industriales y comerciales, dando lugar a la creación de departamentos de altísima especialización, ya que de lo contrario, materialmente no podrían cubrirse las exigencias impuestas por el mercado, tales como: Financieros, ventas, producción, personal, etc. Este alto grado de especialización tiene como consecuencia la producción de una serie de datos, que en principio pueden parecer inconexos. Para sacar conclusiones de estos datos necesitamos procesarlos y ordenarlos hasta que la empresa obtenga la información que desea. Esto es, del mismo modo que las materias primas se convierten, mediante el proceso de manufactura, en un producto acabado apto para el mercado, los datos, por medio del proceso de datos, se transforman en información, que posteriormente se aplicará en forma muy diferente.

Si se utiliza un computador para estas labores, resulta ser entonces una herramienta mediante la cual una serie más o menos grande de datos a ella incorporados, sufren un proceso de transformación que las convierte en información.

Ya estamos entrando en la era de la sociedad de la información dice Antonio Martino, que tuvo sus comienzos en 1966, cuando por primera vez en los Estados Unidos, los cuellos de camisas blancas superaron los cuellos de camisas azules.

La sociedad industrial agotó ya su empuje propulsor, y el recurso estratégico, centro de la nueva sociedad, es la información (know how). Al centro de este conocimiento se coloca al computador que elimina la distancia entre quien emite y quien recibe la información.

El mercado informático ha producido un movimiento de 62 billones de dólares en los Estados Unidos, 14 en Japón y 20 en Europa. Un número siempre más creciente (alrededor de 65%) de empresas de los países industrializados, depende para su competitividad del desarrollo informático.

Es evidente que en estos países va menguando el impulso del desarrollo industrial, mientras el único sector en continua expansión en el informático, a tal punto que es habla ya de la decadencia de la sociedad industrial en favor de una sociedad informatizada, o sociedad de la información.

Por tanto, en el mundo de hoy, quien posee la mayor información, domina el sistema. De allí el alto interés de las potencias, por estar en la primera línea de este apasionante desarrollo.

DERECHO E INFORMÁTICA

Frente a este inmenso desarrollo experimentado los campos por la informática, se ha abierto una perspectiva que consiste en la posibilidad de valerse de las invenciones electrónicas para solucionar problemas de orden jurídico.

Sin embargo, siempre que se menciona la utilización de las computadoras en el ámbito del Derecho, surgen de inmediato los cuestionamientos, referentes a la posibilidad de que el hombre sea sustituido por la máquina; de la negación de ciertos valores; de los peligros de una sociedad informatizada; y fundamentalmente, del reemplazo de la labor judicial, por un sistema de elaboración de sentencias automáticas, mediante una máquina que las fabrique. Y todo ello, motivado exclusivamente, por intento actual de unos pocos, de incorporar la computadora (técnica), al mundo del Derecho (actividad netamente humanística), pretendiendo restarle lo más importante que posee esta disciplina: Su carácter humano.

En homenaje a las computadoras y a los grandes esfuerzos que la informática viene realizando hasta el presente, conviene desvirtuar estos argumentos desde el inicio, recordando que las computadoras no han sido creadas teniendo como metas estas nefastas finalidades, y de que fueron otros los motivos de su nacimiento, por una parte; y de que es el Derecho quien pretende beneficiarse de ese revolucionario invento, y no a la inversa, como muchas veces se cree, por la otra.

Como fácilmente se podrá apreciar, la utilización de las computadoras en el Derecho puede ser beneficiosa, en la medida en que la información jurídica crece y se hace cada vez más difícil su conocimiento, así como las tareas eminentemente repetitivas, y las que se requiere un mayor esfuerzo humano, a más de los dos factores más relevantes que ofrece la informática: La rapidez y la confiabilidad.

La sociedad actual presenta un dinamismo sin precedentes en la historia, debido esencialmente a cuatro causas interactivas: Explosión demográfica, revolución tecnológica, movilidad social y mutación axiológica, que han dado lugar a cambios numerosos y profundos en la vida moderna. Y ello nos afecta a todos por igual.

En la medida en que el Derecho enfrente a uno solo de estos problemas, como el de la explosión demográfica y la concentración de grandes masas humanas en las ciudades, por ejemplo, que obligan a

la creación de grandes registros de personajes, o la presión que ello ejerce sobre la tradicional oficina judicial, exigiendo pronunciamiento cada vez más numerosos, y que no tiene capacidad de hacerlo, será el Derecho el que busque la solución de sus propios problemas, recurriendo a la moderna tecnología.

Es en ese momento cuando se da inicio a lo que viene conociéndose como Informática Jurídica, O sea el uso de las computadoras en el campo del Derecho.

Paralelamente, el Derecho, como todas las otras disciplinas, también evoluciona y va originando nuevas formas de creación e interpretación de la ley, que facilitan la utilización de estas herramientas modernas, que alivianan la labor del Magistrado y el profesional de hoy día.

En el transcurso de este estudio trataremos de describir cual ha sido el desarrollo y la toma de contacto de ambas disciplinas, sobre las que cada vez existen más aproximaciones y beneficios, y veremos que la utilización futura de la computadora en el Derecho, dependerá más de los juristas que de los informáticos.

TEORÍA DEL DERECHO - SITUACIÓN ACTUAL

Conviene formular previamente, ciertas precisiones relativas al desarrollo del pensamiento jurídico, en breve síntesis, en un intento por ubicarnos correctamente y conocer los verdaderos cauces por donde transita la ciencia del Derecho en nuestros días.

Sobre el particular, Vittorio Frosini, Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Roma, en una importante obra titulada: "Cibernética, Derecho y Sociedad", dice: "En la historia del pensamiento jurídico puede observarse una oscilación entre dos polos de intereses y que se relacionan con la forma de interpretar y aplicar la ley. Por un lado, esto es, el valor humano, en el que dichos principios se expresan el complejo de y constituyen una fundamental atracción para el espíritu del jurista en su labor de actuación del jurista tiende

a adecuar la norma legal y el sentido de Derecho. El Pesta a las exigencias y los requerimientos a que debe responder en el ambiente social donde vive; de no lograr tal adecuación puede recurrir a un sentido implícito en la misma norma, de la cual se sirve para evidenciarlo, y que constituye el fundamento principal de la postura jusnaturalista, agregamos nosotros.

“Por otro lado, la necesidad de asegurar una coherencia, lo más estrecha posible, entre la disposición legislativa y su manifestación en la práctica judicial, como también aquello que el jurista pretende claramente salvaguardar, esto es el elemento racional de su comportamiento jurídico, empuja al intérprete del Derecho inclinarse por el principio lógico, o formal de la jurisprudencia. Hay siempre, por esto, dos tendencias que contrastan entre sí, de las cuales, a veces una y a veces la otra, surgen prevaleciendo en determinados períodos de la historia, de conformidad con ciertas condiciones sociales o, más específicamente, con ciertas situaciones culturales dentro de las que opera la jurisprudencia”.

“Para limitarnos asejemplos de épocas cercanas, sabe que en el Siglo XVIII se invocó el método de la aplicación mecánica de la ley por el Juez; en el XIX, por el contrario, se actuó sprotestando contra el racionalismo jurídico y se hizo valer el “espíritu del pueblo”. El desarrollo posterior de la legislación y el relativo mito legislativo condujeron, por contraposición, a auspiciar, a principios del Siglo XX el “Derecho Libre”, es decir, aquel emanado del Juez en razón a una abierta adhesión tal aspecto ético de toda acción judicial”. El período entre las guerras se caracterizó, por lo menos en Italia y Alemania, por la prevalencia de una concepción enteramente positivista, enteramente técnica y formalista del Derecho, a partir del cual se derivó entre otras cosas, una ruptura entre hecho y valor, entre lógica y ética, que se evidencia, por ejemplo, en la loa de la “certeza del Derecho”, en aquellos años en que precisamente estaban por derrumbarse construcciones jurídicas íntegras con el estallido inminente de las contiendas bélicas”.

“En la Europa devastada al final de la Segunda Guerra Mundial, aparece a los ojos de los estudiosos como si el mundo íntegro de la jurisprudencia se hubiese “salido de sus casillas”, para repetir las palabras de Hamlet. Francisco Carnelutti, a quien puede considerarse como el más famoso jurisconsulto italiano de su tiempo, llegó a escribir en 1945 un estudio sobre “La Muerte del Derecho”; del Derecho positivo, se entiende; dado que Carnelutti, que durante un tiempo había sido sostenedor de una trina abiertamente positivista del Derecho, defendía ahora su orientación hacia una revaluación total del jusnaturalismo de la tradición católica.

“También en Alemania, por otra parte, Gustavo Radbruch, quien era quizás el filósofo del Derecho más destacado de la época, se convirtió al jusnaturalismo, oponiendo en este momento a la expresión “Gesetz ist Gesetz” (la ley es la ley) por otra fórmula suya, que sirvió como título a un corto escrito suyo de 1946 “Injusticia Legal y Derecho Supralegal”.

“De este modo se ha asistido en Europa, en la segunda mitad del Siglo XX, a un renacimiento del “Derecho Natural”, o sea a una revalorización de los principios éticos que sirven para justificar los mandatos de la ley y la obediencia que se les debe, así como para contrastar el imperativo de la ley, cuando esta aparezca contraria a la conciencia moral; lo cual, de otro lado, ha surgido complementariamente la reafirmación de los “derechos inviolables del hombre”, en las constituciones de postguerra y en las declaraciones internacionales”.

“En los últimos años empero, se ha podido advertir un cambio cada vez más marcado respecto a los intereses y a la tendencia de la literatura jurídica, una mutación de la tensión hacia los aspectos semánticos, lógicos y tecnológicos del Derecho y una manifiesta indiferencia por los aspectos “ideológicos” o emocionales del Derecho como tal. Con el advenimiento de la era cibernética, ha surgido a manera de respuesta, el problema del “Derecho Artificial”, expresión que se emplea aquí a propósito para contraponerla a la de “Derecho Natu-

ral” considerando que la antítesis de la naturaleza, *physis* de los griegos, es precisamente aquella que los propios griegos llamaron *tecné*, es decir, la creación artificial”.

“Este cambio de dirección en el interés de los estudiosos de los problemas jurídicos, esta acentuación de la importancia de la lógica y de la técnica, corresponde además a la influencia que sobre las ciencias humanas están ejercitando los progresos actuales de la tecnología, la misma que se manifiesta igualmente en campos que van de la Sociología a la Lingüística. Un ejemplo de este neutralismo está en advenir eclipse de las ideologías políticas que caracterizaron la atmósfera de la postguerra inmediata y en la confianza puesta en la tecnocracia política, capaz de dar soluciones óptimas, por ser simplemente técnicas y racionales, a los problemas de naturaleza social”. (Vittorio Frossini ob. cit. pág. 21/24).

Este nuevo campo que se ha abierto al conocimiento jurídico, a través de la Cibernética ha tendo lugar principalmente en los Estados Unidos y en la Unión Soviética; o sea, en dos países en los que el progreso científico y tecnológico, unido a la segunda revolución industrial (aquella que comienza con el advenimiento de la automatización y del control electrónico), ha significado los triunfos más relevantes sobre todo en lo relacionado a los nuevos campos de experiencia como misiles y en astronáutica. En estos países, de otro lado, el culto a la eficiencia técnica (condicionada por la producción industrial de tipo standard) y la aceptación general del principio de someter el comportamiento social a un sistema de valores impuestos para la racionalización del sistema económico, facilitan ciertamente el interés por tales investigaciones, más del que pueda darse en cualquier otro país.

Aunque no han faltado contribuciones teóricas provenientes de otras partes, es principalmente en los EE.UU. y la URSS donde se ha podido intentar la aplicación práctica de los métodos e instrumentos electrónicos a la problemática de la jurisprudencia. Debe tenerse en cuenta además el hecho de que en ambos países se ha organizado debidamente un cuerpo de científicos investigadores, de profesores y

de técnicos en el campo de la aplicación de la cibernética al Derecho, provistos de considerables medios económicos.

El Pragmatismo americano facilitó considerablemente esta posición, por una parte; y si bien fue necesario esperar el fin del régimen Stalinista en la URSS, para dar comienzo a investigaciones sistemáticas, experimentos y aplicaciones de la cibernética, después que se levantó el ostracismo de la ciencia “burguesa”, considerada oficialmente como una “pseudo-ciencia”, y una vez que los científicos soviéticos pudieron ponerse a la altura de los estadounidenses, los progresos han sido muy rápidos, y a la vuelta de pocos años, el desarrollo teórico ha alcanzado una fase competitiva frente a los logros procedentes de América, por la otra.

Por otra parte, las ideas americanas se trasladan a Europa a mediados de la década del 60, y más concretamente a partir de 1968, época en que se dan inicio a importantes proyectos.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Del uso de las computadoras en el mundo jurídico se comenzó a hablar en los años en que nace la Cibernética de Norbert Wiener, dice Mario Lozano. La obra fundamental de Wiener “Cybernetics, or control and communication in the animal and the machine”, se publica por primera vez en 1948. Las referencias que allí se encuentran sobre los problemas jurídicos influyeron probablemente en un artículo publicado un año después por Lee Leovinger, en el que se habla por vez primera de Jurismetría, es decir el uso de los ordenadores en el Derecho.

De esta corriente de estudios, es pues posible fijar una fecha exacta de nacimiento: 1949.

Por su parte, Frossini sostiene: “El primero en haber establecido un vínculo de unión entre la cibernética y el Derecho ha sido el propio inventor de la palabra, y en gran parte la ciencia cibernética; se trata del matemático Norbert Wiener.

Los temas fundamentales de la nueva ciencia los formuló en un libro editado en 1948, que precisamente llevaba como título el término *Cybernetics* (derivado del griego antiguo y que significa “arte del gobierno del timonel”), y como subtítulo su definición de “ciencia del control y de la comunicación en los animales y las máquinas”. Es interesante observar que ya el gran físico André Ampère se había servido del mismo vocablo, en su “*Essai sur la philosophie des sciences*” (1832-1843), para designar la ciencia del gobierno de los pueblos. Wiener, por el contrario, se sirvió del vocablo en sentido puramente biológico y tecnológico. No obstante, en su libro siguiente, titulado “*The Human Use of the Human Beings*” (1950), involucra los aspectos sociales de las relaciones de control y de información, dedicando uno de los capítulos principales del libro al problema del Derecho “los problemas jurídicos son, por la naturaleza propia, problemas de comunicación y de cibernética: esto es, son problemas relativos al control regular y repetible de ciertas situaciones críticas”.

Entre la aparición del primero y segundo libro de Wiener, fue publicado en el *Minnesota Law Review* de 1949 un artículo de Lee Leovinger, cuyo título estaba destinado a procurar también una visión y dirección nuevas para las investigaciones en el campo de la ciencia jurídica: *Jurimétrica: The Next Step Forward*. Como fue aclarado plenamente por Leovinger en aquella y en otras contribuciones que siguieron, el “próximo paso adelante consistía en la tentativa de utilizar los métodos de la ciencia, aplicándose la nueva tecnología de la automatización y de la tecnología y de la electrónica, al campo del Derecho, dándose así inicio a una nueva ciencia jurídica”.

El interés de Leovinger por la utilización de las computadoras en el Derecho se debió al hecho de ser el responsable de la División Antitrust de los Estados Unidos, y frente a las dificultades que se presentaban en su trabajo, introdujo las computadoras en el Derecho. Por tanto, el primer sector beneficiado con estas conquistas fue el sector público, de la administración estadounidense.

Pero realmente la sistematización teórica de la Jurimetría desarrollada por Leovinger, se produce en mitad de los años 60,

cuando el interés por la disciplina fue en aumento, y como consecuencia, el encargado de la edición de los trabajos, Hans Baede, realiza lo que Leovinger no había hecho, al establecer sobre la base de las actividades desarrolladas hasta entonces, especificando tres tipos distintos de investigación, que eran el punto de partida de la Jurimetría. Según Baede, la Jurimetría proponía: 1) en primer lugar, aplicar modelos lógicos a normas jurídicas establecidas, según los criterios tradicionales; 2) en segundo lugar, aplicar el ordenador a la actividad jurídica; y 3) en tercer lugar, llegar a prever futuras sentencias de los Jueces.

Precisamente por eso se llama “Jurimetría”, es decir medida del Derecho, posibilidad de que mediante un análisis matemático de datos estadísticos de los precedentes jurídicos, se establezca cual va a ser la solución que van a adoptar los Tribunales. Todo esto se producía en los países anglosajones, en el que los precedentes obligan a los Tribunales.

Sin embargo, la formación del Juez, su contexto socio-cultural, su sensibilidad jurídica, las condiciones en que se produce cada caso, son elementos influyentes de la resolución, y la Jurimetría no podía controlar estos elementos. De allí que paulatinamente fue desechándose esta forma de utilización inicial, sugerida por esta nueva ciencia.

En la aplicación del Derecho, sin embargo Rubén De Marino, se requiere una previa labor interpretativa, en la que no puede descuidarse la dimensión finalista de la interpretación jurídica, en busca de lo justo. Por eso la interpretación no es un problema de lógica formal, sino de lógica material, de los contenidos de las normas jurídicas. En esto se halla otro de los límites a la informática decisional.

Pero si bien la tercera de las misiones de la Jurimetría había quedado probada su ineficacia, no ocurría lo mismo con las dos primeras. No se trataba de “medir” el Derecho, sino de aplicar nuevos métodos a la actividad jurídica general, poner en relación el “Ius” con

la “Cibernética”. Y así Lozano, lanza el término de Juscibernética en 1968, en la que pueden apreciarse cuatro tendencias.

La Teoría relacionada con la creación de unos “modelos” formalizados del Derecho, que ha tenido bastante éxito en los países europeos del Este, donde se ha llegado a afirmar que podría establecerse una fórmula matemática para determinar las relaciones entre las leyes y la actividad social.

Por otro lado, considerando que el Derecho es un sistema autónomo, creado por el Legislador y aplicado por los Jueces, y aislado del resto de la sociedad, puede llegar a admitirse que es un sistema cibernético con “retroalimentación” (Feed back), es decir que existe un continuo reajuste en la realidad jurídica para mantener el equilibrio. En realidad, lo único que ocurre es que en este terreno se trata de aplicar las nuevas palabras y nociones surgidas de la cibernética a la concepción clásica del Derecho.

Si estas dos primeras concepciones se sitúan en el plano puramente teórico, hay una aplicación práctica, que es la utilización de la lógica y otras técnicas de formalización del Derecho, con la finalidad de llegar a utilización concreta de la computadora.

Para poder aplicar la computadora al Derecho es necesario que se conozca el funcionamiento de la máquina, por lo menos en sus líneas generales; no será necesario saber programar pero sí saber lo que es un programa y que lógica ha de aplicarse para su confección; no será indispensable saber lo que es un circuito integrado, pero sí conocer la teoría binaria, sobre la que actúa la computadora.

Estas dos últimas posibilidades son las que configuran como Informática Jurídica, que es definida por el mismo Lozano como técnica de utilización de la computadora, para permitir armonizar la documentación jurídica y su recuperación, seleccionada por asuntos. Sin embargo, esta misma definición resulta incompleta hoy día, como podremos ver más adelante.

MODELÍSTICA

¿Qué forma debe asumir una actividad jurídica para ser realizada por la computadora? Para actos que apuntan a la realización de un determinado fin necesario puedan ser realizados por la computadora, que sean formalizables y en particular, que sean traducidos en algoritmos. Para ello existe una metodología.

La incorporación de una nueva manera de investigar, conocida o llamada “sistemática” o “modelística”, que se introduce en todas las ciencias, gana también terreno la nuestra, de modo que si la palabra clave del conocimiento científico era ayer el análisis (los objetos se estudian para conocer su esencia), hoy es la representación (los objetos se modelizan para anticipar su comportamiento). Modelar, no es por tanto, más que obtener una imagen, una representación del objeto real identificable para un observador. Entre realidad e imagen existe siempre una relación de correspondencia.

El modelo, resulta sí un medio de representación y comunicación universal en el mundo científico, tanto en las ciencias abstractas como en las naturales y las sociales, y por tanto será también un medio de representación y comunicación en el ámbito del Derecho en la medida en que se estudie científicamente. El Derecho en particular no ha podido aún codificarse íntegramente, y mucho menos axiomatizarse, constituyendo muchas veces un conjunto de artículos heterogéneos que se resisten a toda estructuración. Sus principios no son puramente científicos, en sentido estricto, y en el aspecto cuantitativo apenas hay tímidos intentos de aplicación, en su dominio, de los métodos matemáticos. (Benito Roldán. Informática Jurídica y Gestión Judicial, Madrid 1983).

Sin embargo, el Derecho constituye un sistema regulador de la vida social y de las relaciones entre las personas, es decir de las comunicaciones en sentido cibernético. Para N. Wiener, la primera exigencia de la ley consiste en afirmaciones claras, sin ambigüedades, manera que no solo los expertos, sino cualquiera de la época, pueda

interpretarla de manera única. La exégesis de la legislación y la jurisprudencia deben permitir conocer, con toda probabilidad, lo que los Tribunales van a decir en un caso concreto, sin que un cambio de Juez suponga un cambio de interpretación de la norma, porque en los intersticios de la ley es donde encuentran su oportunidad los delincuentes y los inmorales.

En ese sentido la modelística es para sus partidarios, la última gran conquista de la lógica y solo con ella y el apoyo de la informática podrá vencerse esa gran resistencia de la vida jurídica en general, de marchar por cauces de racionalidad y eficacia, que tanto precisa el Derecho. Estas son, en grandes líneas, los planteamientos teóricos que gobiernan esta nueva metodología de la investigación científica, aplicable al Derecho, y que según Pérez Luño es el punto de confluencia entre la filosofía estructurista y la cibernética.

LÓGICA JURÍDICA

El punto de essutura o de unión, o por decirlo de otra manera el puente de paso que ha permitido asociar la cibernética con el Derecho, ha sido la posibilidad del uso de la Lógica Simbólica en el ámbito cultural de los estudios jurídicos.

La lógica es la ciencia del análisis formal de las proposiciones lingüísticas y de las relaciones existentes entre ellas. En el Derecho, los textos están formulados en lenguaje ordinario, que en principio y en la práctica conlleva ambigüedades, inexactitudes, incoherencias y hasta contradicciones. La tarea metodológica consiste pues, en descubrir esos defectos o imperfecciones de las formulaciones lingüísticas, en analizar sistemáticamente las leyes, en poner claro su significado y sus sentidos en ordenar y jerarquizar las proposiciones normativas en un sistema coherente.

En el análisis lógico, las connotaciones no se hallan fuera del texto, sino que se expresan dentro del mismo, y a través del significado que se otorgan a sus propios términos.

No procede entonces referirse a la intención del legislador, ni a la opinión de tal o cual autor, sino el valor sintáctico, semántico y pragmático de las palabras utilizadas dentro del conjunto general en el que se expresan. Todo ello con apoyo de la Hermenéutica.

ay pues una corriente de investigación que trata de proporcionar mayor rigor al enunciado jurídico, aplicándole las reglas de la lógica. La mayor precisión lograda así se vuelve un instrumento indispensable para la redacción de programas destinados a transferir a la computadora, procesos anteriormente realizados a mano.

En este sentido existen también en nuestro país interesantes trabajos realizados especialmente por el Dr. Lorenzo Livieres, quien aplica los principios de la Lógica deóntica en la interpretación del texto legal.

Gracias a la presentación lógicamente impecable de los términos -lo cual logra efectivamente la lógica simbólica- como el jurista recurre a una computadora electrónica, sirviéndose de ella para los fines del cálculo lógico. El jurista debe realizar por tanto, una labor de reducción del problema jurídico a su dimensión lógica, a fin de someter dicho problema a un proceso de transformación que se realiza de manera rigurosamente tecnológica, a través de un algoritmo, o sea de una secuencia regular y ordenada de los procesos conocidos con el nombre de "Programas", que constituyen el Software o Logicial, como ha dado en llamarse.

Por su parte Mario Lozano insiste en la importancia y necesidad de que la informática jurídica no se desarrolle al margen de la Lógica Jurídica. En este caso correría el riesgo que Kant señalaba para una ciencia puramente empírica del Derecho: Puede ser bella (como la cabeza en la fábula de Febro), pero carente de sesos.

Solo mediante la presentación unívoca de los extremos de una cuestión, para lo que se precisa el recurso de las reglas de la lógica, puede el jurista utilizar las máquinas electrónicas en el curso de sus investigaciones, dice Pérez Luño.

Finalmente, si el punto de sutura entre Lógica e Informática se sitúa en las tecnologías para la construcción de la propia máquina, es decir en el “Hardware” (la computadora ya viene preparada con un sistema que le permite realizar ciertas operaciones lógicas y no solo matemáticas), o bien en las técnicas de programación, es decir el “Software” (los programas elaborados posteriormente, para ciertos fines específicos que se desea obtener); lo cierto es que la lógica se encuentra en ambos campos y forma parte integrante de la informática desde sus inicios.

CAMPOS DE APLICACIÓN

DENOMINACIONES

Como hemos podido apreciar, a nuestra disciplina se le ha otorgado una serie de denominaciones, tales como Cibernética (Wiener), Jurimetría (Leovinger) y Juscibernética (Lozano), etc., pero lo que dio el llamarse INFORMÁTICA JURÍDICA (abreviación de Información-Automatizada), que hoy día tiene un campo específico de aplicación, y que se refiere a la utilización en el Derecho de las técnicas de almacenamiento y recuperación automática -a través de la computadora- de la documentación jurídica (legislativa, jurisprudencia o doctrina), o en un sentido más amplio, como suele hacerse, para referirse a todo uso del computador en el campo del Derecho; adquirió durante estos años una clarificación sistemática, pudiendo señalarse algunos campos principales de aplicación efectiva.

La manera práctica en que el Jurista puede beneficiarse de la tecnología de la computación, pueden sintetizarse hoy día en los siguientes campos:

1) Informática Jurídica Documental: Relacionada con la creación de los Bancos de Datos Jurídicos de contenido de gran Legislativo, Jurisprudencial y Doctrinarios, valor para los Magistrados y profesionales.

2) Informática Jurídica de Gestión u Operacional: Encaminada a la automatización de los Juzgados, Oficinas Profesionales, Cámaras Legislativas, etc., y entre las que puede incluirse:

3) Informática Jurídica Registral: Que guarda relación con los registros automatizados, tales como el Registro Civil de las Personas, Registro de la Propiedad, de Marcas, etc.

4) Informática Jurídica Decisional: Que intenta la resolución automática de casos jurídicos, a través de la computadora.

5) Finalmente, Antonio Martino sugiere hoy día otra especialidad que ha dado en llamarla “Informática Jurídica” que a diferencia de los otros grupos no constituye un conjunto homogéneo de realizaciones, sino un modo de afrontar la informática jurídica para su aplicación a la investigación de la teoría jurídica y a la enseñanza del Derecho, a través de los “sistemas expertos”.

Cada uno de estos campos presentan diferentes desarrollos según los países, aunque existen excepciones como la de Estados Unidos, donde todos los campos se hallan plenamente explotados.

BANCO DE DATOS

Informática Jurídica Documental

Este primer sector es el más antiguo de toda la informática, y por ende también de la Informática Jurídica. Sus orígenes suelen ubicarse en la presentación que hiciera el Prof. John F. Harty de la Universidad de Pittsburg en la American Bar Association en 1960, de un sistema que había creado el año anterior.

El problema estaba planteado desde hacía tiempo, ya que es fácil percibir que en la medida en que la civilización avanza, produce mayor documentación, y todo el trabajo intelectual y gran parte de las comunicaciones se hace en base a documentos escritos. “Solo en los Estados Unidos se publican anualmente cerca de 900.000 artículos en Revistas Científicas y Técnicas, aparte de 100.000 informes

técnicos y científicos y unos 7.000 libros de Estudios (De Cora, CREI 1985 ob. cit.).

Se estima que anualmente en el mundo, ven la luz unos 15 millones de documentos, entendidos por tales libros, artículos, conclusiones de congresos, informes de estudios, comunicaciones científicas, etc., añadiendo que el valor de esta documentación decrece a medida que pasa el tiempo, teniendo mayor validez lo último, y a veces con plazo de vigencia muy breves, de solo semanas (Carreras Diez, CREI ob. cit.).

La vida promedio de información contenida en un documento varía dentro de límites extensos. El investigador de hoy no abre jamás una obra del Siglo XVII y ni siquiera de comienzos del Siglo XIX, conoce, si algunas grandes memorias escritas en el Siglo XIX, pero su contenido le fue enseñado en la Universidad, aunque no haya leído nunca. A medida que transcurre el tiempo el público al que se dirige determinada literatura cambia y el número de sus lectores sufre una disminución muy rápida y tiende a reducirse a un pequeño saldo permanente de historiadores y filósofos. Cuando llega a ese punto en su curva vital, el documento científico no se diferencia casi en nada del documento literario y se reunen inevitablemente con estos últimos en los estantes de una biblioteca de tradiciones clásicas. Allí su reposo no será turbado sino excepcionalmente. Además, esta documentación va incrementándose en forma constante, calculándose que se duplicará en los próximos 12 años.

De todo ello puede desprenderse que las antiguas bibliotecas, con un sistema de “selección manual” del libro sobre el propio estante o mediante un reducido fichero, va perdiendo actualidad para dar paso a los centros de documentación que utilizan los más modernos métodos de tratamiento de la información, pudiendo suministrar al consultante no solo la referencia que le puede interesar o donde encontrar el documento, sino incluso el propio documento incorporado en la computadora.

Ello se conoce con el nombre de recuperación de la información (Information retrieval).

Incluso hoy día surgen problemas relacionados con la debida conservación en bibliotecas de la documentación, debido a la mala calidad de los papeles y tintas, que al cabo de cierto tiempo van desapareciendo, con todos los inconvenientes que ello presupone.

Un libro antiguo se conserva mucho mejor. En el futuro la incorporación total del texto en memorias magnéticas, tal vez sea la única solución. El progreso constante y rapidísimo de las computadoras ofrece soluciones realmente fantásticas a estos problemas: Existen las memorias "laser" para almacenar información, que disponen de gran capacidad y de tamaño pequeño similar al de un libro normal, lo que equivale a afirmar que toda una enorme biblioteca de varios millones de volúmenes puede estar concentradas en un solo libro.

Ocurre algo curioso hoy día con la información científica. La rapidez de su creación hace que sean publicadas en Revistas especializadas o en conclusiones de Congresos o Conferencias, que dificulta seriamente su ubicación oportuna por parte de los investigadores, dándose con frecuencia la duplicación de trabajos, y que en ciertos casos se lo hacía concientemente, ya que resultaba menos costoso repetir la experiencia, que obtener oportunamente la bibliografía. Frente a este problema surge la necesidad de incorporar a la máquina toda la información, y lograr su adecuada y oportuna recuperación.

El mismo fenómeno se produce en el Derecho. Cada año son más las disposiciones legales que aparecen, así como las resoluciones judiciales y de los órganos administrativos. La documentación no siempre se encuentra a mano; no solo se desconoce todo lo que hay, sino que incluso, conociendo su existencia, no se sabe donde encontrarlo. Si esto es así en nuestro país, fácilmente podremos imaginarnos lo que ocurre en un gran país industrializado.

En la empresa privada se afirma que sobre 24 horas de trabajo dedicadas a obtener una resolución, más de 20 están cubiertas por la labor de investigación y documentación, y solo quedan 4 horas para pensar, razonar y escribir lo pensado. En el campo del Derecho ocurre otro tanto. Es necesario dedicar buen número de horas de trabajo para documentar la decisión, buscando la ley pertinente, la jurisprudencia que la interpreta y la bibliografía que ofrece soluciones. Con ello en la mano es fácil obtener una decisión y, sobre todo, que ella esté acorde con la legislación vigente y la interpretación de los Tribunales.

Si este razonamiento lo trasladamos al campo del Derecho Fiscal no podemos menos que apuntar la trascendencia que tiene el poder facilitar al público en general un servicio de información a través de las computadoras, mediante la creación de bases de datos.

TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

La Base de Datos cumple una importante función de apoyo en la labor del jurista, al incorporar en la memoria de la computadora todas aquellas informaciones de interés para la investigación que permanentemente realiza el profesional, y que en general pueden ser Legislativas (textos legales); jurisprudencial (Sentencias de la Corte, Tribunales y otros organismos generadores); y doctrinal; la que mediante la amplia capacidad que ellas disponen y la rapidez en la recuperación de la información, en un breve plazo, disponer del dato necesario.

La incorporación del documento exige una labor previa de ordenamiento y clasificación, o sea lo que ha dado en llamarse tratamiento de la información, y que constituye uno de los temas de mayor importancia en la informática documental. Es un trabajo pre-informático, que el documentalista debe realizar antes de la incorporación a la computadora y que guarda relación con los problemas del lenguaje, las formas de indexación, la confección de thesaurus, etc.

El documento que se desea incorporar a la máquina, generalmente guarda relación con más de una materia, lo que exige para su correcta recuperación posterior, por parte del usuario de la Base de Datos, que los diferentes temas sobre los que versa el mismo, se encuentren convenientemente identificados y se eviten los silencios que podrían ocasionar un incorrecto tratamiento del mismo. Por ejemplo, una sentencia referente a un caso de divorcio, puede mencionar al mismo tiempo, la tenencia de hijos o la sociedad conyugal, y generalmente así sucede, por tanto, el documentalista deberá implementar un sistema que le permita dos cuestiones fundamentales: 1) Extractar todos los temas de interés consignados en el documento, evitando las omisiones; y 2) lograr el conveniente cruzamiento o interconexión entre los diferentes temas, facilitando una correcta recuperación de los mismos.

La utilización de descriptores o palabras claves ofreció desde el inicio, una posibilidad interesante, pero en la medida en que fue evolucionando la informática, se comenzó a utilizar el propio texto del documento incorporado al ordenador para que sirva como elemento de búsqueda. De ahí que se hable de 2 sistemas clásicos de tratamiento de la información: el sistema de descriptores y el de texto completo (full text). Hoy día, sin embargo, pueden sintetizarse los sistemas más utilizados que son los siguientes:

1. **IDENTIFICADORES:** Que se extraen del propio documento, por ejemplo: Fechas, órgano emisor, número de páginas, etc.
2. **DESCRIPTORES** o palabras claves: Por las cuales se identifica el contenido del documento, que exigen cierta formalización del lenguaje y que se encuentra relacionado con los thesaurus, y
3. **TEXTO:** Que puede ser la incorporación íntegra del texto, o el resumen del documento, extractando la parte más significativa del mismo. La incorporación ín-

tegra, llamada también full text, es comunmente utilizada en materia legislativa, y la del abstracto resumen, en material jurisprudencial y doctrinal, debido a la naturaleza de cada uno de estos documentos, que se prestan mejor a la aplicación de estos sistemas.

En Italia, por ejemplo, la Corte de Cassazione, que dispone de una de las más importantes bases de datos jurídicos del mundo, exige que el propio Magistrado, al redactar la sentencia, realice un breve resumen de la misma, con las cuestiones más significativas que posteriormente se incorporan a la base de datos, eliminando de esta manera la árdua labor del documentalista. Sin embargo, se le objeta que no incorpora el verdadero texto. No obstante, siempre queda la posibilidad de consultar el original.

Por su parte el sistema del -full text-, muy utilizado en los Estados Unidos, incorpora íntegramente el texto del documento, tarea esta más fácil, ya que el operador esta sencillamente copia todo el texto, y la recuperación del mismo se realiza a través de un programa que permite la identificación previa de ciertas palabras, que de encontrarse en el documento, hacen que aparezca cuando el usuario lo reclama. Por ejemplo, si la palabra Contrato de Arrendamiento o simplemente Arrendamiento, se considera relevante, cada vez que se solicite información acerca de ella, aparecerán todos los textos donde figure la palabra requerida. Esto indudablemente dificulta la labor de recuperación, ya que se produce mucho “ruido” en la búsqueda, al ser muy numerosas las fuentes posibles en las que el dato correcto se encuentre.

No obstante, todo ello, en la práctica se vienen utilizando paralelamente ambos sistemas, conforme a las necesidades y a las posibilidades de cada Base de Datos, dependiendo de estos factores la selección de un sistema determinado.

Las disputas que se realizaron en torno a los años 60 sobre si los bancos de datos jurídicos deben ser full- text o por abstract, felizmente ha entrado en la razonabilidad de admitir que el todo depende de la fuente utilizada (la ley difícilmente puede utilizarse sino en full-text) y la finalidad del banco, así como los costos relativos. El full-text mira a reemplazar completamente al sistema en papel y en esto es muy cómodo; sobre grandes masas de documentos se torna caro si el número de usuarios no es altísimo, al menos de momento, el abstract propone otro problema, el de las fuentes secundarias.

Actualmente todas las fuentes del derecho -menos la costumbre que no sea expresada por escrito- han sido memorizadas en bancos de datos, con gestiones privadas o públicas. Los gestores privados actualmente más numerosos de bancos de datos jurídicos, son los que en un principio aparecieron como sus más acérrimos enemigos: los editores, en particular en Estados Unidos y en Austria. Les siguen, pero esto es obvio, las cámaras y colegios de profesiones jurídicas (abogados, notarios). En el campo público son gestores los Parlamentos (generalmente de bancos de datos sobre leyes y proyectos) los ministerios, las Supremas Cortes y las Universidades.

La gama de tamaño de los bancos de datos jurídicos es hoy enorme: desde los grandes bancos de datos norteamericanos, el Lexis con 30 billones de caracteres en memoria a los pequeños bancos para uso bien específico o de sectores muy especializados.

En un futuro no muy lejano, con la difusión de los micro y personal computer, prácticamente cada operador jurídico tendrá su propio pequeño banco de datos adaptado a sus exigencias particulares. Esto no hará disminuir el interés por los grandes bancos de datos jurídicos dado que la memorización será la parte más cara del banco y entonces no convendrá que cada usuario grabe su propio banco, sino que, de una gran masa de datos, los más completos posibles, cada usuario o tipo de usuario se podrá recortar la parte que usa con mayor asiduidad, dejando al gran sistema la función de la completitud.

INTRODUCCIÓN A LA INFORMÁTICA JURÍDICA

Cada operador jurídico (juez, abogado, escribano) necesita su-
poner el conocimiento de todo el orden jurídico nacional, pero de he-
cho se ha especializado en un pequeño sector del cual es imprescin-
dible una masa de datos legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales
de los cuales hace uso frecuente. Ese es un banco de datos personali-
zado.

Una vez almacenado y ordenado con los criterios que, su utili-
zador le dé, los datos pueden ser recuperados en segundos.

SITUACIÓN ACTUAL: En la mayor parte de los países, los
Abogados vienen utilizando normalmente estos centros de informa-
ción automatizada, pudiendo señalarse que, en Los Estados Unidos,
existen más de 250 Bases, siendo 2 de ellas, las más antiguas y cono-
cidas en el campo jurídico; la JURIS y la LEXIS, que contienen legis-
lación y jurisprudencia en texto completo, y que procesan más de
200.000 consultas mensuales. El potencial de usuarios de estas Ba-
ses de Datos, constituyen los abogados en ejercicio, para los cuales la
legislación y la jurisprudencia de su propio país constituyen instru-
mentos de trabajo indispensables.

TELEMÁTICA

BASE DE DATOS IMPORTANTES

DEL MUNDO

AMÉRICA

EE. UU 200.000 consultas mensuales

Juris	EEUU
Westlan	EEUU
Auto Cite	EEUU
Datum	Canadá
Prodasen	Brasil

Saij Argentina

EUROPA

Celex	Co. Económica
Corte Di Cassazione	Italia 24 bases
Credoc	Bélgica
Juris	Alemania
Cedij	Francia
Sydoni	Francia
Cridon	Francia
Status	Inglaterra
Noris	Noruega
Mains	Austria

En Europa donde los trabajos se inician desde 1968 aproximadamente, se disponen de numerosas Bases, siendo la Italiana una de las más importantes, como la de “la Corte Suprema de Casaciones de Roma” y el “Instituto para la Documentación Jurídica de Florencia”, con 24 bases de datos jurídicos. En Bélgica el “Centre de Recherche Documentaire” CREDOC; en Francia el CEDIJ y SYDONY: en Gran Bretaña el “European Law Centre Ltd.”; el Centro de Datos de la Comunidad Económica Europea, etc. Hace poco más de 10 años, apenas podía hablarse, en todo el mundo, de 1 bases de datos jurídicos, accesibles, a través de terminales informáticos sencillos. A finales de 1981, en Europa, de las 291 bases que forman la Red Euronet, un 16.5%, es decir 48, podían incluirse en el ámbito jurídico.

La situación en América del Sur, también presenta interesantes progresos en materia de Bases de Datos, pudiendo afirmarse que la mayor parte de los países ha comenzado a preocuparse desde hace tiempo, por este importante aspecto. El Brasil, por ejemplo, dispone de 3 importantes centros, en Sao Paulo, Porto Alegre y Brasilia, que

vienen prestando importantes beneficios en sus respectivas áreas. La Argentina por su parte, viene iniciando trabajos para la puesta en marcha de una Base similar a la italiana.

SISTEMA EXPERTOS: Se conoce con el nombre de sistemas expertos a todos aquellos procedimientos, que mediante las técnicas y los métodos de la inteligencia artificial pueden llegar a sustituir a los asesores profesionales en determinados campos y circunstancias.

El objetivo de tales sistemas es optimar la capacidad de razonamiento y de imaginación del hombre y la capacidad de memorización y de cálculo de la computadora para convertir un problema de decisión de un caso difícil y complejo y mal definido en otro equivalente a una situación bien estructurada.

Lenguajes tales como el PROLOG que contiene formas completas de lógica de predicados, o LEGOL con la adopción del lenguaje natural, van de la mano en este intento de creación de los Sistemas Expertos Legales SEL, que hoy día son una realidad y constituyen el campo de avanzada en nuestra materia.

Se mencionan habitualmente las experiencias norteamericanas tales como las de ALLEN que junto con BESSONET desde 1972 se encuentran trabajando con el tema de la responsabilidad. EL TAX-MAN de la Rutger University. El sistema LAS desarrollado por la Massachusetts Institute of Technology, sobre daño intencional, solo para citar unos pocos de los numerosos sistemas actualmente en pleno funcionamiento en los EE. UU. En el Japón existe intentos en el campo del derecho sucesorio. En Inglaterra sobre el Derecho Fiscal. Un trabajo interesante es el que viene realizando la Universidad de Oxford: se trata de la implementación de un sistema experto relativo a la ley escocesa sobre divorcio.

En España los trabajos del Dr. Sánchez Mazas en las Universidades del País Vasco, sobre un análisis matemático de la legislación.

En Italia, el Instituto para la Documentación Jurídica de Florencia ha desarrollado un “Autómata Infortuístico”, funcionando en el campo de la liquidación del daño patrimonial por accidentes de tránsito. El sistema ESPLEX representa un interesante desarrollo acerca de la legislación, diferenciando los casos en explícitos e implícitos y a través de ello se formulan las inferencias. Las reglas son escritas con el formalismo de las cláusulas de Horn e implementadas.

En un futuro no muy lejano la existencia de Sistemas Expertos Legales suficientemente refinados, funcionando e Integrados permitirá al Jurista y al operador jurídico concentrarse más sobre los problemas de tipo creativo en el derecho, y sobre los valores que el derecho expresa.

TELEMÁTICA

La complementación de la informática con las Telecomunicaciones ha dado nacimiento a otra disciplina conocida hoy con el nombre de “Telemática”, mediante la cual ha sido posible el importante desarrollo experimentado por estas disciplinas en los últimos años. Mediante la Telemática, es posible acceder a las Bases de Datos, directamente desde terminales ubicadas en las oficinas del usuario, con la incorporación de un aparato de conexión llamado MODEN y el auricular del teléfono, que previa la llamada se deposita sobre dicho aparato (o mediante conexión directa), pudiendo el usuario iniciar sus contactos con la Base. Previamente deberá estar inscripto en dicha Base, que le proporciona el Thesaurus o Índice de materias que puede consultarse, así como las palabras claves a ser utilizadas en la comunicación. Las comunicaciones a Bases de Datos internacionales son hoy día frecuentes. La mayor parte de las oficinas o bufetes de abogados en los Estados Unidos disponen de estos medios.

Cabe recordar que, en estos países, los propietarios de Microcomputadores, fácilmente pueden acceder a las centrales locales o internacionales desde sus propias oficinas.

Aunque inicialmente las cosas fueron un tanto difíciles en nuestro país, actualmente es enteramente posible realizarlos y hacia esa meta se encaminan los esfuerzos iniciados por la Universidad Católica.

INFORMÁTICA JURÍDICA EN LOS TRIBUNALES

Situación Actual

La explosión demográfica y la concentración de grandes masas humanas en las ciudades, ha motivado en el hito de la justicia una sustancial mutación, al descargar sobre la tradicional y desprovista oficina judicial cúmulo cada vez mayor de casos, que cada día se vuelven más difíciles de solucionarlos, debido fundamentalmente a la escasez de medios económicos. En este panorama, el Magistrado se encuentra permanentemente presionado por el recargo de tareas, los requerimientos de los profesionales y los controles superiores. En tales condiciones, es fácil predecir que la calidad de la justicia impartida difícilmente pueda ser la deseable, y el retraso en las tramitaciones una de las características más resaltantes.

Este fenómeno es característico de nuestra época afecta a todos los países por igual. Así en el coloquio celebrado por el Comité de Informática Jurídica del Consejo de Europa, celebrado en Estrasburgo del 3 al 5 de noviembre de 1982, se determinaron las siguientes características comunes a todos los países occidentales:

- 1.- Demanda creciente de servicios jurídicos.
- 2.- Escasez general de recursos económicos.
- 3.- Complejidad creciente de los asuntos.
4. Mayor duración y vulnerabilidad de los procedimientos.
- 5.- Impedimentos crecientes para el funcionamiento de la justicia.

Sin embargo, podría quizás haber consenso en asignar al sistema de la justicia los siguientes objetivos generales:

DERECHO Y SU RELACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS

- Regulación jurídica de las actividades del cuerpo social.
- Aplicación de un orden jurídico representativo de los valores de la sociedad.
- Mantenimiento de la seguridad física y jurídica de personas y bienes.
- Prevención y resolución de tensiones y conflictos.
- Defensa de la igualdad y equidad entre los ciudadanos.
- Prestación de servicios jurídicos a los miembros de la comunidad.

El estado interno del sistema de la justicia permite detectar que en la mayor parte de los países se dan actualmente las siguientes circunstancias:

- Pluralismo axiológico de jueces y magistrados.
- Discrepancias en sentencias sobre supuestos semejantes o idénticos.
- Penuria de medios personales y materiales.
- Complejidad creciente de los asuntos.
- Calor social muy desigual de las distintas prestaciones judiciales.
- Información deficiente sobre su propio funcionamiento.
- Falta de control de las decisiones judiciales y de su ejecución.

Finalmente, el entorno del Sistema de la Justicia presenta hoy las siguientes características:

- Transformación brusca de la sociedad.
- Falta de consenso nacional, con alternativas políticas antagónicas.
- Pérdida de la imagen cuasi sacra de la Justicia y de los Jueces.

- Escasez general de los recursos financieros.
- Desanda creciente de servicios judiciales.
- Dudas sobre la idoneidad de la Justicia para resolver determinados litigios.
- Conflictos de competencias con otros departamentos.
- Incremento extraordinario del volumen de la legislación.
- Cambios frecuentes y contradictorios de la legislación.

En estas circunstancias, se enfrentan en Europa y, en general, en todo el mundo occidental dos concepciones de ordenamiento jurídico: el orden jurídico clásico de la Jurisdicción (la Justicia actúa en un entorno social y político estático y la ley en solo un marco externo de referencia), y el orden jurídico moderno de la planifica el (la sociedad se transforma, el Estado interviene La ley de convierte en programa de desarrollo), antinomia que no se presenta en los países del Este, donde la justicia es un servicio más de la Administración del Estado.

Por su parte el magistrado español, Julián Salgado Diez, al referirse a los Tribunales de su país dice: “Con motivo de la reciente discusión en el Congreso de Diputados, del Proyecto de la Ley del Poder Judicial, se ha expuesto con toda claridad que el estado actual de la administración de justicia española, es lenta, tardía y que no respeta el principio de la inmediación, lo cual según muchos, es una forma de no administrar justicia, ya que padecemos de una crisis de credibilidad y que es una institución que necesita de reforma”. Es ejemplo español no puede ser más gráfico.

Las soluciones habitualmente sugeridas, de creación de nuevos Juzgados o inclusive la contratación de magistrados accidentales, para solucionar el recargo, tal como se practicó en Venezuela, no dan los resultados esperados, ya que el nuevo magistrado a corto plazo se

encuentra en la misma situación que motivó justamente su incorporación.

El Magistrado es una persona que se encuentra permanentemente ante la necesidad de adoptar una decisión y en este sentido puede prestar un importante servicio llamado “Teoría de la Decisión” que se ocupa de las acciones más adecuadas o eficaces para conseguir un objetivo, partiendo de la existencia de diferentes premisas, y de la determinación de tales premisas.

Estas teorías utilizadas comúnmente en empresas, se adaptan plenamente a la actividad judicial, ya que en toda decisión pueden distinguirse 3 categorías de incertidumbres: la incertidumbre respecto de los hechos del pasado, teóricamente superable por completo, a la que se enfrentan historiadores y jueces; la incertidumbre respecto a los hechos del futuro, absolutamente insuperables, que generalmente afecta a empresarios y políticos.

A los problemas simples, repetitivos, bien definidos, típicos y rutinarios de la organización, pueden fácilmente aplicarse soluciones automatizadas y delegar las funciones en otros funcionarios de menor jerarquía.

Para los demás problemas complejos, singulares, mal definidos, infrecuentes, etc., las soluciones son más difíciles y se recurre a otro tipo de procedimientos.

Por otra parte, la información es la materia prima para la decisión. Es importante, en este aspecto, distinguir 2 aspectos en la toma de decisiones. 1) La función de toma de decisión propiamente dicha y 2) la función del proceso de información en sentido amplio (captación, preparación, almacenamiento y recuperación, transmisión y distribución) porque de ello derivan dos concepciones también distintas de los sistemas de información: los Sistemas de Apoyo a la Información y los sistemas automáticos de decisión que tienen en castellano la sigla de SAD. Los Sistemas de Apoyo a la Decisión, en Inglés Decisión port System DSS tienen por objeto facilitar a los responsables de las

organizaciones una ayuda para la toma de decisiones, pero no las toman por sí mismo.

Frente a este programa, la única alternativa nos brinda la informática jurídica de gestión, incorporando como herramienta útil para la solución del arrinconamiento del Juez por los papeles; introduciendo las modernas tecnologías que nos ofrece la informática. La totalidad de los países industrializados vienen aplicando técnicas de este tipo en la solución de sus problemas judiciales, y en los Estados Unidos, la automatización de los Tribunales constituye algo tan normal como las realizadas en las empresas bancarias o de transporte aéreo.

El Consejo de Europa, por su parte, en su reunión de referencia, llegó por unanimidad, a la conclusión de que el uso sustancial de la informática puede reducir tales dificultades y aumentar la fiabilidad de la información Jurídica en la Administración de Justicia.

Facilitar los medios y la información adecuados al Juez en su permanente búsqueda de la verdad, daría al Poder Judicial la seriedad y confianza que todos deseamos par, el futuro de esta institución, que sin lugar a du das, puede parecer como el árbitro responsable del régimen democrático necesitará para su consolidación y prestigio.

BASES DEL PROYECTO

Se trata de poner al servicio de la Administración de Justicia los medios tecnológicos y los métodos de programación actuales con el fin de facilitar y optimizar las actividades administrativo-burocráticas de las oficinas judiciales.

El planteamiento básico del proyecto establece varias esferas sucesivas de actuación, algunas de las cuales ya se están cumpliendo:

1. La implementación de la Informática Registral.

Realmente con este proyecto se ha dado inicio en nuestro país al plan de informatizar nuestros tribunales, al decidirse la microfilmación de la documentación corresrespondiente indexación a través

de la computadora, cuyos trabajos se encuentran en plena etapa de implementación en estos momentos y que requiere un largo periodo.

2. El Registro de Antecedentes Penales, que también se encuentra en plena etapa de elaboración.

3. La creación de una Oficina de Adjudicación de Juicios y Estadística General, tal como lo vienen realizando con bastante éxito en numerosos países, dando solución a otros problemas tales como el de la competencia, por ejemplo.

4. La sola utilización de los programas de gestión judicial, que existen de todo tipo en plaza, y aplicado el control de la administración de justicia, pueden ofrecer al Poder Judicial una herramienta importante para el seguimiento ordenado y sistemático de los expedientes de todos los Tribunales de la República. Que diariamente o semanalmente, se presente ante los responsables de la Corte, el estado de los juicios y el desenvolvimiento de los mistos, con la fecha del último impulso procesal, permitiré evaluar realmente la situación de nuestros tribuna-juzgados y tribunales.

5. La informatización de la oficina del Juez, mediante máquinas con inteligencia y almacenamiento propios, y con tal independencia de otras similares o de mayores prestaciones, y que abarquen las siguientes funciones:

1. Emisión automática de documentos.
2. Archivo de datos.
3. Seguimiento y control de asunto e de su juzgado.
4. Modelo de sentencias para ayuda en la elaboración.
5. Áreas secundarias. Como registros propios del juzgado, sustitución progresiva de libros de entrada, etc.,
6. Comunicaciones internas con otros juzgados y tribunales

6. Creación de Base de Datos Jurídicas de carácter Jurisprudencial.

Es necesario que los Tribunales del país almacenen todas las sentencias producidas y esto puede realizarse de inmediato ya que existe el Software o Pro Brasa adecuado para el efecto. Cada magistrado deberá comenzar a crear su propia base de datos, con la incorporación de los casos de su juzgado, para constituir posteriormente el conjunto dentro del Poder Judicial.

7. Todo ello basado en las actuales estructuras jurisdiccionales establecidas por las leyes vigentes, pero que deberá ser estudiada a fondo, en caso de existir la posibilidad de una modificación de la actual ley procesal, y que permita contemplar situaciones nuevas generadas por el desarrollo tecnológico e informático, inspirados en el deseo de lograr en este sentido, una justicia pronta y barata.

En ese sentido es muy importante que la ley procesal, se adelante en reconocer una serie de nuevas situaciones generadas por la aplicación de la informática al ámbito judicial, considerando como relevantes a nivel Jurídico, los soportes magnéticos, de tal manera a prever en un futuro inmediato la interconexión entre distintos órganos jurisdiccionales e inclusive entre oficinas de Abogados y Poder Judicial.

De esta forma se podrá prever en el futuro, los abogados se hayan dotado de equipos en no habrá necesidad de hacer la tradicional recorrida por los Tribunales para saber el estado de cada expediente, bastará una red temática conectada al computador que sigue los expedientes.

REGISTROS AUTOMATIZADOS

Otro aspecto que presta su colaboración la informática, guarda relación con la automatización de los Registros Oficinales, tales como el Registro Civil de las Personas, Registro de la Propiedad, Registro de Marcas, Registro de la Propiedad Industrial, etc., donde hasta el

presente se realizan en forma eternamente manual todas estas operaciones, además de los riesgos que ello entraña para la seguridad, frente a posibles siniestros (incendios), que nos dejen sin ningún tipo de registro en todo este importantísimo campo de los derechos personales. Por otra parte, la falta de estadísticas fiables sobre cuestiones de tanta trascendencia para el país, reclaman la solución a corto plazo de estos problemas.

OFICINAS DE ABOGADOS

La computadora presta un servicio eficiente como herramienta de ayuda en la labor profesional, mediante la automatización de las tareas en la Oficina del Abogado. En los Estados Unidos y en Europa, es normal que el Buffete disponga de un equipo y utilice los servicios de las numerosas Bases de Datos, públicas y privadas existentes, que le faciliten de inmediato toda la información legislativa, jurisprudencial y doctrinaria, sobre la materia que el abogado desea conocer, por una parte; y gracias a procesamiento de palabras (word prossesing), se elabora toda la documentación necesaria para recurrir a los Tribunales, por la otra. (En el estado de Pennsylvania, por ejemplo, existe la posibilidad de interconexión directa entre la oficina del profesional y los Tribunales, con todas las ventajas que ello presupone).

La labor profesional, por tanto, se concreta en el análisis del caso y su conveniente solución, dejando a cato del sistema automatizado, toda la cuestión relacionada con la búsqueda y recuperación oportuna de la información, así como la creación del documento deseados en base a modelos pre-elaborados.

Existe hoy día, en la mayoría de los países, programas elaborados para la correcta gestión de las oficinas de los abogados, cuyos paquetes pueden adquirirse de inmediato, y que no solo contemplan las ventajas anteriormente señaladas, sino que también permiten el seguimiento de los casos; manejan la contabilidad de la oficina, elaboran las estadísticas, interconectando los traen incorporados.

Inclusive, es factible obtener, estas posibilidades nuestro país.

En la medida que el estudio jurídico crece, mayor es la necesidad de obtener el concurso de la informática. Hacia esa meta, se encamina el ejercicio eficiente de la profesión en el futuro.

Constituye ya una realidad en nuestro país la interconexión desde los estudios jurídicos a la Base de Datos de la Universidad Católica, que cuenta con una red para 100 usuarios que facilita este tipo de utilización simultánea, pudiendo beneficiarse el interesado de las ventajas que ofrece la Base de Datos y de los trabajos en ella realizados.

EL ABOGADO - ANALISTA FUNCIONAL

A esta altura de nuestro análisis, cabe preguntar de qué manera el profesional Abogado o Magistrado, puede Intervenir en todo este proceso, o tan solo deberá mantenerse al margen, dejando a los especialistas en informática realizar todo el trabajo (programadores, analistas, etc.)

La respuesta es negativa en informática, lo más importante es poder fijar con claridad el problema existente y las medidas ideales que deberían adoptarse para dar conveniente solución; ya que la cuestión referente a programas y manejo de equipos es una operación posterior, dependiente de las primeras. Y es allí donde el Abogado debe cumplir una función de trascendencia en el campo de la informática jurídica pudiendo sostenerse que solo con su participación es factible realizar un proyecto de interés, y en él se centran las posibilidades ciertas de la evolución futura.

Con el aporte de unos sencillos y breves conocimientos acerca de la máquina y su funcionamiento, el Abogado puede convertirse en un “Analista Funcional”, que programa y orienta la etapa pre informática de cualquier proyecto, controlando los resultados obtenidos, en base a los trabajos técnicos de los analistas orgánicos.

DERECHO DE LA INFORMÁTICA

Si bien es cierto que las computadoras pueden impedir la vorágine burocrática se instale en nuestra existencia, con ello surge también la preocupación, ante el uso, que determinadas personas o instituciones (concretamente el poder político) puedan hacer de la gran masa de datos que disponen sobre nosotros mismos, cuyo control se nos escapa, y ante los numerosos peligros que de este hecho puedan derivar. Aparece así, claramente planteado, el dilema ante la necesidad real que tiene el Estado, o las instituciones públicas y privadas, de disponer de cierto tipo de información; y el derecho de las personas a salvaguardar su propia intimidad personal como parte inviolable de su libertad. Lo que habitualmente sucede es que, cuando el Poder Administrador incursiona en la informática, generalmente creando grandes registros de personas o cosas, la utilización que pueda darse a estos datos (política de por medio), siempre se vuelve dudosa.

La electrónica ha permitido el control telefónico, la grabación de conversaciones privadas, la transmisión a cualquier parte del mundo de informaciones policiales de interés; así como las empresas privadas pueden crear Bases de Datos, con antecedentes personales, que no respondan a la realidad de la persona, pero que se difunden en perjuicio de los mismos. Todo este problema de la privacidad de las personas, que desde pre años se viene defendiendo, con la informática y la electrónica, han venido a modificar sustancialmente todo el panorama, exigiéndose nuevos remedios jurídicos, que faciliten su solución.

Por tanto, el campo de lo que la intimidad de las personas con la legislación que protege la intimidad de las personas frente a los avances de la técnica, habiéndose creado numerosas instituciones de control en los diferentes países.

En Alemania existe un Comisionario Informático, que se encarga de todas las tareas de control sobre creación funcionamiento de Bases de Datos. En Francia existe una Comisión mixta, con idéntico

ticas atribuciones. En España, la propia Constitución de 1978, establece: “La ley Limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos, y Pleno ejercicio de sus derechos”. Igual cosa sucede en Los países escandinavos.

En el otro extremo de la cuestión, la intervención del legislador se ha encaminado a facilitar la adecuación del derecho a las nuevas modalidades que se vienen produciendo. En Brasil, por ejemplo, el anteproyecto de Código Civil, prevé expresamente el uso de soportes magnetizados para la constitución de archivos jurídicos relevantes. En el Japón sucede igual cosa con el proyecto de nuevo Código de Comercio. En Baviera se ha dictado una ley que prescribe la manera correcta de formular otras leyes, para evitar las Imprecisiones procedimentales que hagan imposible transferir a la computadora las actividades reguladas por las propias leyes.

Muchos otros temas de interés, incluye esta nueva ciencia, tales como: el software (o sea la programación) como objeto patente, la protección del derecho de autor en el que se incorporan; y solo pensar la posibilidad de dar valor jurídico a los registros magnéticos facilitara inclusive la presentación ante los tribunales de escritos a través de la computadora de la oficina del abogado a la del juzgado, tal como ya se viene practicando en cuantos estados de Norteamérica.

LA COMPUTADORA EN NUESTROS DÍAS - EVOLUCIÓN

El impresionante desarrollo de la informática en permite hablar de la evolución de estos últimos tiempos, en términos de diferentes generaciones. Es que máquinas (Hardware) y de sus programas (software) han sido verdaderamente prodigiosos.

1. La década de años cincuenta marcó la primera generación de computadoras, que se diferencia de las dos por su tecnología. El componente electrónico clave de estas máquinas es el tubo de vacío, de gran lentitud. La Mark I era una máquina con fichas perforadas, donde los electroimanes, conectados todos por una misma red de

computación, realizaba las funciones “aritméticas”. Su peso superaba las 30 toneladas, su masa ocupaba más de 150 Mts. y sus prestaciones no eran mejores de aquellas que hoy nos ofrece una computadora de bolsillo.

2. En el periodo 1946-1958, con la introducción de tubos de vacío, las operaciones son mil veces más rápidas y con una notable reducción de espacio y complicaciones. Hacia 1956 la IBM tomaba la posición de líder, con la producción de las 650 y 700, emulada por otros fabricantes.

En esta época, las investigaciones de electrónica continúan, lográndose éxitos tan importantes como el “transistor”, un dispositivo que hizo ganar el premio Nobel de Física de 1956 a los tres investigadores que lo construyeron. Así pues, el transistor marcó el final de las computadoras con tubos de vacío, que para 1960, podrían considerarse obsoletas. Esta es la segunda generación.

3. Entre 1964 y 1971 la IBM perfeccionó la tecnología d (Solid Logic Technology) con la micro miniaturización de los circuitos electrónicos y creaba “familias” de elaboradores compatibles entre ellas y en grado de utilizar, a nivel operativo, las mismas instrucciones. El sistema de operaciones 360, por ejemplo, contenía más de millones de instrucciones.

Los años 70 se caracterizaron por la aparición y por el perfeccionamiento de los circuitos integrados, vale decir, por la posibilidad de reunir muchos circuitos en una pequeña placa de silicio llamada “chip”, ganando velocidad, capacidad de memoria producen también las redes de elaboración locales, nacionales e internacionales que permitan multiplicar las capacidades de memoria y elaboración.

4. En los años 80, aparecen componentes de muy alta densidad, con una miniaturización siempre más atrevidas: un chip de 1 cm logra concentrar 288 mil bits, mientras que los sistemas de lectura y escritura alcanzan los 3 millones por segundo. Los softwares se vuelven siempre más sofisticados con lenguajes de programación como el

LISP, el PROLOG que contienen ya una lógica de predicados primer nivel.

Con su extensión, el personal computer logra ofrecer con gastos mínimos, prestaciones iguales a las de un computador grande de los años 60, permitiendo, además, a los usuarios, la integración en circuitos con la posibilidad de conectarse con los grandes sistemas y esto nos hace reflexionar sobre los conceptos de “distancia”, de ese lugar, de trabajo, de archivo, tec. (A. Martino ob. Cit.).

La reducción de los costos y el aumento de la velocidad de elaboración resulta evidente a través de una comparación efectuada por la IBM sobre un conjunto de 1.700 Operaciones industriales que en 1955 costaban 14.54 dólares, en 1965, 47 centavos y en 1983 7 centavos; por lo que se refiere a la velocidad de las operaciones, se pasa a 375 segundos en 1955, a 20, segundos en 1965 y a un solo segundo en 1983.

MICROCOMPUTADORAS

El desarrollo de la tecnología de los “circuitos integrados”, nos ha llevado a una situación excepcional conocida con el nombre de microelectrónica. En apenas 10 años de existencia ha conseguido una penetración mucho más profunda en nuestra sociedad que la que tuvieron los grandes equipos de las décadas anteriores: más aún ha originado un replanteamiento total del papel que la computadora habrá en la sociedad del futuro, abriendo para él posibilidades de utilización que hasta su aparición resultaban impensables.

Lo que era una máquina gigantesca atendida por especialistas (la miniaturización de los componentes ha traído como lógica consecuencia la disminución del tamaño de las computadoras y la reducción de sus precios. -se puede obtener una micro por U\$ 1.000-de sus precios y por U\$8 5.000 a 8.000 ya es factible obtener una PC de gran efectividad); se ha convertido de pronto en un diminuto circuito integrado, transferible a cualquier operación.

La IBM comenzó a desarrollar la comercialización de sus PC recién en 1981, y para 1988 ya estaban en el mercado las modernas PS, demostrando que en un lapso de apenas 7 años se había dado un salto tan extraordinario que las primeras PC y la XT ya han quedado obsoletas.

Sin embargo, el impacto de las microcomputadoras es mucho más profundo; está cambiando la estructura de nuestra sociedad al alterar los métodos de conseguir y usar la Información, de comunicación y de trabajo. Los cambios solamente están comenzando y por ello llevará aún algunas décadas evaluar totalmente el impacto de las microcomputadoras sobre la sociedad; pero sí lo que está claro ya, es que un mundo de cientos de millones de ordenadores será diferente al actual.

Se decía que para 1990, los japoneses pretenden construir elaboradores de 5ta. generación, dotadas de un sistema de inteligencia artificial con “capacidad” de aprender y ejecutar operaciones inductivas y deductivas que hasta ahora solamente el hombre había logrado efectuar. A. este formidable desafío del Ministerio de Justicia Japonés, Los Americanos y europeos se preparan en contestar.

Sin embargo, parece ser qué las cuestiones comerciales han detenido un tanto estos esfuerzos, y los japoneses se encargan de la producción de Hardware a bajo to, mientras que en el Software los americanos llevan delantera aún.

Por tanto, desde la primera generación que coinciden con las primeras computadoras de gran tamaño y elevado costo (MARK 1 o la ENIAC, por ejemplo, desarrollada por la empresa UNIVAC, fue prácticamente el primer ordenador que se construyó. Esta máquina tiene la gloria de ser la primera que incorporó la electrónica en el cálculo.

Sus circuitos contenían 18.000 tubos de vacío conjunto pesaba más de 30 toneladas, ascendiendo su precio en U\$ 500.000; toda la informática se centra sobre la existencia de grandes computadoras,

que inclusive deberían compartirse entre diferentes estados y empresas, para abaratar su costo, y sobre ella se constituyeron la primeras Bases de Datos Jurídicas americanas y europeas conocidas hoy día. El concepto, en consecuencia, era diferente y por esta razón la Informática Jurídica sufrió cambios y retrasos.

La reducción de costo y tamaño, de los equipos; como el nacimiento de nuevos lenguajes, permitieron la progresiva eliminación de los especialistas, dando cabida a la utilización masiva de las máquinas por cualquier persona; y es por todo ello, que podemos pensar en la posibilidad cierta de su incorporación en el mundo del derecho en los países escasamente desarrollados como el nuestro, donde nunca han existido los medios económicos necesarios para adquirir los grandes equipos, pero donde ya se dispone de suficiente capacidad técnica para su manejo y utilización. De allí, que podamos replantearnos en la que podríamos llamar “nueva etapa” en la evolución de la Informática Jurídica, de tal manera a encontrar los medios para acceder a este importante campo de concomitamiento humanos que nos ayudará a enfrentar las complicaciones de esta era post-Industrial que se ha iniciado y a la cual debemos obligatoriamente acoplarnos de la manera más conveniente. Se inicia, pues, una nueva etapa en el ciclo y la práctica del derecho.

INFORMÁTICA JURÍDICA EN EL PARAGUAY

En nuestro país, la informática aún no se ha incorporado a la vida del derecho. Sin embargo, comienzan a surgir iniciativas de interés, que conviene mencionar muy especialmente, por ser los pioneros en la materia. **Situación de la Informática:**

En 1970, la Universidad Nacional de Asunción introdujo la primera computadora -hoy una obsoleta IBM 1130- y se estimaba que para 1984 existían registradas 406 computadoras en funcionamiento en todo el Paraguay. Todas ellas son del tipo mini; las más grandes se encuentran instaladas en los entes públicos que administran los servicios de agua, electricidad y seguridad social. Recientemente, el

Banco Central ha incorporado lo que constituye el más grande ordenador del país, con cuatro mega bytes de almacenaje. Los equipos se encuentran instalados principalmente en los Bancos, que desde 1980 han reemplazado sus sistemas mecanizados de procesos por computadoras; y en las grandes empresas privadas y estatales.

Desde mediados de 1984, y a pesar de la recesión económica, empezó a desarrollarse a grandes pasos la micro-computación. Se estima que unas 4.000 unidades personales fueron vendidas hasta el presente y al igual que sus hermanas mayores luchan en un mercado donde el gran enemigo son los impuestos aduaneros, que, aunque reducidos últimamente, continúan rondando entre el 45 y el 50%. Sin embargo, el paraguayo conoce de estos problemas y sabe adaptarse rápidamente, pudiendo sostenerse que en los últimos tiempos han ingresado al país, un considerable número de microcomputadoras, en general por canales ilegales, y que se comercializan libremente en plaza. La mayoría de ellas son desviadas a la Argentina y al Brasil, actividad esta que se encuentra en manos de comerciantes asiáticos.

En este campo es donde se desarrolla verdaderamente la computación en el Paraguay, donde surgió una especie de fiebre por el estudio de la Informática, apareciendo numerosos institutos de enseñanza, y aumentando considerablemente el número de alumnos en los centros universitarios de la especialidad. Las carreras de Programadores y Analistas de sistemas existen en las dos universidades.

CURSOS DEL CREI

En el año 1983, visitaron nuestro país, los representantes del Instituto Regional para la enseñanza de la informática CREI, con sede en Madrid, España, con especialistas argentinos, dictaron una serie de charlas sobre la Informática Jurídica, en la Sala de Conferencias de la Corte Suprema.

Participaron de la misma, importantes personalidades españolas, como el St. Benito Roldán Casañe, Director del CREI, y el informático Miguel López, Munitz-Goñi y La Sta María Teresa Ávila, de

gran predicamento en España y en todos los países del continente americano. Creemos que, con estas conferencias, se dio inicio en nuestro país” la consideración de estos importantes temas.

PRIMER SEMINARIO SOBRE INFORMÁTICA

En el mes de julio de 1986 se realiza en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica, el Primer Seminario de Informática Jurídica, con la participación de destacados profesionales de la República Argentina (el Dr. Antonio Mille y la Dra. Silvia Toscan y con la coordinación del Dr. Ramiro Barboza).

En la oportunidad se congregaron más de 70 profesionales interesados en el tema y dicho evento, se constituyó en el punto de arranque para el desarrollo de la Informática en el país, con la incorporación de las Bases de Datos de los Estudios Jurídicos y el de la Universidad Católica.

PRIMERA BASE DE DATOS JURÍDICOS

La recopilación de datos legislativos y jurisprudenciales en el Paraguay, se ha venido desarrollando como en la mayor parte de los países, a través de la iniciativa, que en muchos casos han sufrido la falta de continuidad necesaria.

En materia de jurisprudencia, los trabajos realizados por el Dr. Laconich, son ya tradicionales, y que hoy día son proseguidos con mayor eficiencia y posibilidades por la Revista “LA LEY”. La Corte Suprema de Justicia ha propiciado en repetidas oportunidades la publicación de la Jurisprudencia, tal como lo viene haciendo actualmente con el Diario “Correo Comercial” y la “GACETA JUDICIAL” pero sin que hasta ahora se haya logrado incorporar todo el amplio espectro jurídico en que la jurisprudencia se desarrolla, quedan aún zonas de silencio en relación a una serie de temas de sumo interés. Trabajos aislados de gran valor se han realizado en diferentes épocas, como del Dr. Francisco Bazán, por ejemplo, que son dignos de mención.

En materia Legislativa, el prolongado esfuerzo de la Organización Labor es todo un ejemplo, así como Stentor en materias fiscales. La Revista “Derecho Social”, cumple una ímproba labor en materia de trabajo desde hace bastante tiempo.

Es indudable que, a más de todas estas iniciativas, sería de sumo interés para el jurista paraguayo, contar con un sistema moderno y automatizado de información jurídica, que le permite acceder a la misma con la rapidez y confiabilidad, que los mismos le facilitan. Ello ha permitido encaminar los esfuerzos hacia el desarrollo de la Informática Jurídica, a más del hecho singular que nos toca vivir y que coincide con la incorporación de numerosos textos legales recientemente aprobados.

Por otra parte, el hecho de que el actual Código Civil excluye todo tipo de comentario marginal a su texto, acorde con la moderna metodología legislativa, facilitará la aplicación de los principios de la lógica en la interpretación de la ley, proporcionando un nuevo fundamento científico al Derecho, de acuerdo con los avances experimentados e íntimamente relacionados con nuestra materia.

CARACTERÍSTICAS DE LA BASE DE DATOS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA

Aspectos Jurídicos

Amplitud

Base de Datos Especializada

Por Temas o Materias

Datos Jurídicos Global

Legislación-Jurisprudencia-

Doctrina

Sistema de recuperación

Identificadores-Descriptorios –

Texto- Autor-Carátula-Publicación

INTRODUCCIÓN A LA INFORMÁTICA JURÍDICA

Materias	Derecho Civil-Comercial-Laboral
	(Ver lista de materias)

Características del Software

Denominación del Software	DATALEX
Lenguaje de Programación	Turbo Pascal
Datos incorporados	40 MB. 80.000 descriptores
	(Ver lista de materias)
Búsqueda	Operadores Boleanos en base a Descriptores.
Compatibilidad	Todos equipos IBM

Características del Hardware

Equipos	Advance Logic Research - ALR-386
Procesador	ALR FLEXCACHE 80386
Memoria	2 MB
Unidad de Disco	300 MB
Red Novell	3 Terminales inteligentes S-8036
Capacidad	100 usuarios
Equipo adicional	Computador Personal PC-AT
Memoria	1 MB
Unidad de Disco	30 MB
Impresoras	Panasonic KX-P1592
Epson 1000	

MATERIAS INCORPORADAS A LA BASE

Número		Fecha Artículos	
Constitución Naciona 1		25/08/1967	239
CÓDIGOS			
Código Civil	1.183	23/12/1985	2.815
Código del Menor	903	18/12/1981	344
Código O.J.	879	02/12/1981	418
Código Sanitario	836	15/12/1980	328
Código Laboral	729	31/08/1961	401
Código Procesal Civil	700	01/01/1988	865
LEGISLACIÓN			
Ley de cooperativas	349	12/01/1972	113
Decreto Reglamentario	27.384	12/01/1972	83
Ley de Quiebras	154	13/12/1969	254
Ley de Bancos	417	13/11/1973	79
Decreto Reglamentario			
Monetario	655	05/10/1943	19
Decreto Ley B.C.P.	18	25/03/1952	139
Ley de			
Almacenes Generales	215	23/10/1970	66
Ley del Comerciante	1.034	16/12/1983	123
Ley de Banco Ahorro			
y Préstamo Viv.	325	10/12/1971	124

INTRODUCCIÓN A LA INFORMÁTICA JURÍDICA

Decreto Banco

Vivienda	29.721	15/12/1972	100

Ley de Marcas	751	20/07/1979	101

Decreto de Marcas	10.732	27/10/1979	14

Resolución de Marcas	244	23/10/1979	6

Ley de Dibujos y

Model. Industriales	868	02/02/1981	48

Ley de Mercado

de Capitales	722	14/11/1979	60

Ley de Jubilaciones

- IPS	430	28/10/1973	55

Ley de IBR	852	22/03/1963	33

Estatuto Agrario	854	29/03/1963	176

Resolución Acta 142

(Bancos)	2	09/08/1957	38

Resolución Acta 49

(Bancos)	2	16/03/1973	9

LEGISLACIÓN DEROGADA INCORPORADA A LA BASE

Ley de Matrimonio Civil	2	02/12/1989	120

Ley Derechos Civiles

Mujer	236	06/09/1954	53

Decreto Ley de S.R.L.	10.268	29/12/1941	23

LEGISLACIÓN EXTRANJERA (ARGENTINA)

Ley Sociedades Comerciales	19.550	03/04/1972	390
Decreto Ley Letra Cambio y Pagaré	5.965	19/07/1963	104

DOCTRINA

Messineo, Francesco

Revista Derecho Comercial (18 Tomos) 800

JURISPRUDENCIA

Revista La Ley 198

Descriptores: 8.738 85.000

BASE DE DATOS DE PERIÓDICOS (RECORTES)

Temas: Derechos Humanos
Sindicatos
Campesinos
Indígenas
Partidos Políticos
Economía
Estado
Municipalidades
Judiciales

INTRODUCCIÓN A LA INFORMÁTICA JURÍDICA

Periódicos	Noticias
	ABC
	HOY
	Ultima Hora
	Patria
	Sendero
	El Pueblo

Amplitud	14 meses
	40.000 recortes

Conscientes de que a través de la Informática Jurídica puede cumplirse una labor de relevancia en el campo de las investigaciones científicas, y en la vida del profesional, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica dio inicio al Primer Proyecto de Base de Datos Jurídicos en el Paraguay, que se encuentra en pleno funcionamiento en la actualidad.

En ella, se han incorporado en materia legislativa, la casi totalidad del Derecho Privado, pudiendo mencionarse entre las principales disposiciones jurídicas que La base dispone, las siguientes: Constitución Nacional, Código Civil, Código de Organización Judicial, Código del Menor, Código del Trabajo, Código Procesal Civil, Código Sanitario, y numerosas leyes complementarias. Asimismo, se ha incorporado la Jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones del Trabajo, desde su creación en el año 1962 hasta la fecha, con fines didácticos y con miras a la consulta profesional más adelante. (Ver lista adjunta)

La Base actualmente dispone de un total de 8.738 artículos de leyes incorporadas con más de 85.000 descriptores que sirven de base para la búsqueda de la información.

Además, La Facultad dispone de una Base de Datos para recortes periodísticos sobre temas de Derechos Humanos, Política, Cuestiones Laborales, campesinas, e Indígenas, así como todo lo relacionado con la economía y el Estado.

El proyecto se orienta hacia nuevos campos del conocimiento jurídico, y la Facultad espera, a corto plazo poder suscribir con el Sistema Argentino de Informática de la interconexión permanente con dicha organización, de tal manera a beneficiarse de la Base de Datos de carácter legislativo y jurisprudencia que ellos disponen con casi 10 años de trabajo.

De lograrse este objetivo, la Facultad estará ayudando de manera positiva al desarrollo del Derecho Paraguayo al poner a disposición de los profesionales y magistrados, el vasto e importante repertorio de las normas decisiones judiciales de la experiencia local, podrá generar el antecedente necesario que complementa nuestro Código Civil y demás leyes recientemente aprobadas y cuya interpretación judicial aún no ha sido realizada.

Adquirir las destrezas en el manejo de los equipos, así como el conocimiento de la informática jurídica será de gran utilidad para los nuevos profesionales, cuyo ejercicio futuro de la profesión deberá hacerse necesariamente mediante la utilización de estas modernas tecnologías.

INICIATIVAS DE LA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema de Justicia ha suscripto hace dos años, un convenio para la automatización progresiva de algunas de sus tareas. En la primera etapa se ha centrado el proyecto en las labores del Registro de la Propiedad, dando inicio a los trabajos de microfilmado de la documentación y la indexación de la misma a través de las computadoras

Es de esperar que en los próximos años puedan los escribanos acceder directamente a dicha base de datos para formular las consultas pertinentes.

Asimismo, se viene implementando un registro de Antecedentes Penales que se encuentra en estado bastante avanzado, aunque afrontando problemas típicos de este tipo de actividades.

La Corte solo ha adquirido algunos equipos pequeños y espera poder incorporar en un plazo determinado con mayor amplitud para estas tareas.

Sin embargo, lo ideal sería que puedan crear una base de jurisprudencial, incorporando todas las sentencias de los tribunales, como un aporte efectivo a la comunidad jurídica nacional. Los demás remedios, de carácter administrativo, que las computadoras puedan brindar al Poder Judicial para el logro de un manejo más eficiente de sus servicios, son numerosos, variados y relativamente fácil de implementarlos en un plazo breve.

REGISTRO CIVIL DE LAS PERSONAS

El proyecto similar al de la Corte en materia de Registros, se viene implementando en el Registro Civil de las Personas, a través del Ministerio de Justicia y Trabajo, que a corto plazo podrá ofrecer un sistema de consulta y expedición de certificados de manera automática.

CONCLUSIONES

En las Ciencias Sociales, la práctica parece hoy día más avanzada que la teoría. Esta situación es probablemente provisional, pero como existe y parece que va a durar algún tiempo, es preciso tenerla en cuenta, dice el sociólogo francés Maurice Duverger.

Es tan real todo ello en el mundo de las computadoras que la aplicación efectiva de la informática en todos los campos del conocimiento humano avanza a pasos agigantados; mientras en el plano teórico y en los aspectos legales que hacen al tema, la evolución es lenta y los estudios fundamentales.

En la mayoría de los países desarrollados, la utilización de la computadora en todos los aspectos del quehacer humano, y en especial en el campo jurídico, constituye una realidad que ni se intenta discutirla, y sus nuevas aplicaciones se van desarrollando sin pausa alguna.

Entre nosotros, sin embargo, pareciera que surgen algunos inconvenientes teóricos difíciles de remover. Se alude con ello al tradicional recelo de los juristas hacia el progreso tecnológico y a la escasa existencia aun hacia nuevas metodologías y disciplinas jurídicas que en otros países han dejado incluso de ser nuevas.

No hay que olvidar que materias tan básicas en la cultura jurídica actual como la Sociología Jurídica y académica. Olvidarse de estas y otras disciplinas de la Informática Jurídica en una reforma de los planes de las facultades de Derecho, sería ciertamente inconsciente.

Tampoco se está en la posición de absorber todo aquello “moderno” por el solo hecho de serlo. Es indudable que debemos de huir de cualquier pacto de sumisión a los dictados de lo coyuntural (en el que existe mucho de in trascendente), dice el Prof. Pérez Luño; para buscar perdurable en la problemática de nuestra época; tomando conciencia de los signos de nuestro tiempo para pensar interpretarlos correctamente, sabiendo trascender los tiempos pasan y cambian.

Deberá tenerse plena conciencia de que la humanidad está ingresando aceleradamente en la era post-industria con un grado de tecnicismo jamás alcanzado, y que, de cualquier manera, nuestros países deben buscar la forma de acoplarse a ella, ante el peligro real de quedarse definitivamente postergados.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Lozano, Mario G. - Introducción a La Informática Jurídica, Madrid, 1976.

Martino, Antonio Anselmo - La informática Jurídica hoy, Sao Paulo, 1985

Martino, Antonio Anselmo – Sistemas Expertos Legales hoy, Buenos Aires. 1987.

Frosini, Vittorio – Cibernética, Derecho y Sociedad, Madrid, 1982.

Pérez Luno, Antonio Enrique – Cibernética, Informática y Derecho, Bolonia, 1976.

Hernández Gil, Antonio - Estructuralismo y Derecho, Madrid, 1973.

Ross, Alf - Sobre el Derecho y la Justicia, Buenos Aires, 1977.

Informática Documental

López-Muñiz Goni, Miguel - Informática Jurídica Documental, Madrid, 1984- Rafael - Recuperación de Documentos Jurídicos por medios

Bielsa, automatizados - Milán, 1988.

Luqui, Roberto Enrique - Informática Jurídica, Buenos Aires, 1983.

Bielsa, Rafael - Método de Análisis para una aplicación en Informática Jurídica Documental, Buenos Aires, 1987.

Pagano, Rodolfo - Técnicas Legislativas y los Sistemas de Informática Jurídica, Buenos Aires, 1987.

Losano, Mario G. - De la Pluma de Ganso al Rayo Láser: Nuevas Tecnologías p/Banco de Datos, Buenos Aires, 1987-

Coll, Enric Alie - Fundamentos de la Informática, Madrid, 1983.

Berenguer Pena, José María - Los Bancos de Datos de Información y Documentación, Madrid, 1983.

López-Muñoz Goni, Miguel - La Informática aplicada a la Documentación Jurídica, Madrid, 1983.

Crei-España - Actas del I Congreso Iberoamericano de Informática Jurídica - Santo Domingo, Madrid, 1984.

Prodesp-Brasil - Resumen del Seminario Internacional de Informática, Justicia e Direito, Sao Paulo, 1985.

Asociación Abogados Bs. As. - Ponencias de las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Informático, Buenos Aires, 1986.

Informática de Gestión

Roldan Casane, Benito - Información y Decisión en el ámbito de la Justicia, Madrid, 1985.

Crei-España - Gestión Automatizada en el ámbito de la Justicia. Varias Monografías, Madrid, 1983.

Derecho de la Informática

Revista Derecho Industrial, Año 7 - Set/Dic. 1985 N° 21 - Doctrina, Ensayos, Estudios, Buenos Aires, 1985.

Altmark, Daniel - La Etapa Precontractual en los Contratos Informáticos, Buenos Aires, 1987.

Correa, Carlos María - El Derecho Informático en América Lat., Buenos Aires, 1987.

Bergel, Salvador Dario - Informática y Responsabilidad Civil, Buenos Aires, 1987.

Mille, Antonio - Protección Jurídica del Software, Buenos Aire

Milie, Antonio - Software Protection in the Latinoamerican Coys, Buenos Aires, 1985.

Mille, Antonio - Protección del Software, Buenos Aires, 1986.

INTRODUCCIÓN A LA INFORMÁTICA JURÍDICA

Barboza, Raniro - La Ley, enero-marzo 1987 - Protección Jurídica del Software, Asunción, 1987.

Informática Registral

Crei-España - Información Tecnológica en el Registro de la Propiedad Industrial, Madrid, 1985.



Jurisdicción Internacional en el proceso de integración

José Raúl Torres Kirmser¹

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

1. Derecho Procesal Comunitario. Contenido.

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

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

La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países se facilita al posibilitar una mayor agilidad de los

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2000.

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

trámites judiciales que deban cumplirse en cada uno de los países miembros, en la medida en que las relaciones comerciales normalmente pueden generar conflictos entre los particulares.

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

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

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

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

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

Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstas en el Art. 20 del Protocolo de Ouro Preto tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país (Art. 42).

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

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

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

El “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual”, aprobado por decisión del Consejo Mercado Común N° 1/94. Fue ratificado por la República Argentina el 31 de octubre de 1996, por la República Federativa del Brasil el 7 de mayo de 1996 y por la República del Paraguay el 12 de setiembre de 1995

(Ley 597/95). Ha entrado en vigencia el 6 de junio de 1996. La República del Uruguay hasta la fecha no lo ha ratificado.

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

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

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

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

Leyes en Materia de Cheques, ambas de 1979 y de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores.

2.- Jurisdicción Internacional en materia contractual. Necesidad de su regulación.

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

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

El Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, muy relevante para la solución de los litigios entre los particulares en el ámbito del MERCOSUR, llena un vacío dejado por el Tratado de Asunción de 1991, el Protocolo de Brasilia de 1991 y el Protocolo de Ouro Preto de 1994, que solo se refieren a la solución de los litigios entre los Estados Partes y a los de los particulares contra los mismos.

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

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

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

3.- Fuentes internas en los países del Mercosur en materia contractual.

3.1.- Argentina.

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

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

3.2.- Brasil

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

3.3.- Uruguay

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

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

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

3.4.- Paraguay

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

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

4.- Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional.

El Consejo del Mercado Común, en fecha 5 de agosto de 1994, por Dec. N° 01/94, decide aprobar el “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual”. Este Protocolo, tal como lo hemos referido ha sido ratificado por la República Argentina, por la República Federativa del Brasil y por la República del Paraguay no así por la República del Uruguay.

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

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

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

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

4.1.- Requisitos de aplicación del Protocolo.

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

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

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

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

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

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

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

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

El ámbito de aplicación del Protocolo excluye: 1. Los negocios jurídicos entre los fallidos y sus acreedores y demás procedimientos análogos, especialmente los concordatos; 2. Los acuerdos en el ámbito

del derecho de familia y sucesorio; 3. Los contratos de seguridad social; 4. Los contratos administrativos; 5. Los contratos laborales; 6. Los contratos de venta al consumidor; 7. Los contratos de transporte; 8. Los contratos de seguros; 9. Los derechos reales (Art. 2º).

4.2.- Requisitos de validez de los Acuerdos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.4.- Prórroga de jurisdicción posterior a la demanda.

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

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

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

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

4.5.- Jurisdicción subsidiaria.

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

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

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

En el supuesto de que las Partes no hayan fijado el lugar de cumplimiento de la ejecución, el Art. 8º establece las pautas para precisar ese lugar; además nos ofrece calificaciones del lugar de cumplimiento de la obligación reclamada que pueden decidir la ley aplicable.

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

2. El cumplimiento de la obligación reclamada será:

- a) En los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas, el lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración;
- b) En los contratos sobre cosas determinadas por su género, el lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados;
- c) En los contratos sobre cosas fungibles, el lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración;

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

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

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

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

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

Cuando se tratare de personas físicas:

1. Su residencia habitual;

2. Subsidiariamente, el centro principal de sus negocios;

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

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

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

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

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

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

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

4.6.- Reconvención.

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



Derecho, Justicia y Derechos Humanos

José Luís Cea¹

Me corresponde examinar la relación entre el derecho, la justicia y los derechos humanos.

Yo creo que las dos hipótesis que aparecen enunciadas en el Documento Base de este Seminario están íntimamente vinculadas, porque en mi concepto -y desde ya comienza uno a perfilar su posición en esta materia, que es en gran medida opinable-, el derecho debe ser justo, sin perjuicio de que a menudo, en el hecho, sea justo. Es decir, que el “deber ser” adquiere identidad en la realidad como derecho justo. Pero afirmo, además, que esa cualidad la tiene el ordenamiento jurídico -vale decir, la normatividad positiva- en la medida que reconoce, protege y promueve, entre otras exigencias, los derechos humanos.

Comienzo sosteniendo, por lo tanto, que el reconocimiento, protección y promoción de los derechos humanos es la esencia de un adecuado ordenamiento jurídico.

Mi planteamiento se focalizará en la interrogante siguiente: ¿se encuentra o no en crisis la cultura jurídica chilena respecto de la premisa recién esbozada? Y para entrar al exámen de ese planteamiento, creo necesario formular con anterioridad algunos supuestos.

Parto, en primer lugar, de la premisa que la justicia es un valor, pero no cualquier valor, sino el valor supremo en el ámbito jurídico, valor que, además de ser máximo, integra realmente el derecho, es decir, es parte del derecho, no un concepto extraño, separado o divorciado del mismo. Para mí, en consecuencia, la justicia forma parte de la tarea dogmática, o sea, creo en la necesidad de realizar una

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2005.

dogmática justa; en otras palabras, estoy convencido que la finalidad de la dogmática es realizar la mayor justicia posible por medio de las normas positivas. Yo no concibo la tarea dogmática contraída o limitada por el positivismo. La concibo, la enseño y la investigo teniendo como parte integrante y esencial de ella a la justicia.

Es difícil definir la justicia y estoy de acuerdo en que es también complicado operacionalizarla. Asimismo, es difícil aplicarla o llevarla a la práctica. Creo que el concepto de justicia es escurridizo problemático, al extremo de constituir lo que Aristóteles llamó una aporía. Pero de esos inconvenientes y varios otros en mi concepto no se sigue que la justicia no exista o que resulte irrelevante para el ordenamiento jurídico o que lisa y llanamente, sea solamente un concepto metafísico inasible y que no pertenezca al derecho, extraño al mismo, un asunto propio de la filosofía o de la política jurídica, por ejemplo.

El Documento Base del Seminario bien recuerda a Kant, cuando escribió que la justicia y muchos otros conceptos matrices de nuestra disciplina, no pueden ser definidos con el mismo sentido, pero tampoco por ello se desprende que necesitan serlo para reconocer su presencia e influencia en el trabajo dogmático.

Si se acepta que la justicia es parte de la dogmática y del derecho positivo en general, la disputa en cuanto a la justicia o injusticia de una norma, en punto a la justicia o injusticia de un sistema de normas, en cuanto a la justicia o injusticia de un ordenamiento jurídico completo, no puede fundarse en que el valor justicia no exista o que sea relativo, es decir irrelevante en el juicio respectivo. Por el contrario, lo que aquella disputa, significa es que son relativas y subjetivas las valoraciones que se hacen del valor aludido, lo cual es muy distinto. Las valoraciones que se hacen de la justicia pueden diferir, pero reconociendo que ella integra el régimen positivo.

Con todo ello, se llega a situaciones claras, en las que es difícil de buena fe, aceptar disputas interminables en torno del tema descrito, es decir, se llega a situaciones límites -algunas de las cuales voy a examinar- en las que ya no hay lugar a discrepancias en las

valoraciones, porque son insostenibles las relativizaciones. En otras palabras, encontramos situaciones en las que se puede afirmar, *verbis gracia*, que un ordenamiento jurídico, o un sector del mismo, es injusto, y por lo tanto, no es derecho en su genuino sentido. Y de allí que tampoco sea válido desde el ángulo de su legitimidad normativa.

Un ejemplo de normativa injusta en tal sentido es la que desconoce, atropella o entraba los derechos humanos. Precisamente, este es el segundo de mis supuestos: que los derechos humanos existen y deben existir como derechos subjetivos y sociales que emanan de la dignidad de la persona humana. Esos derechos, al menos los básicos y esenciales como el derecho a la vida, a la integridad física y síquica de la persona, a la libertad e igualdad en su más amplio sentido al justo proceso, incluso a la propiedad han sido reconocidos por siglos, por milenios, y algunos dirían que han sido siempre reconocidos y tutelados al menos en la cultura occidental.

En Chile me parece indiscutible que siempre fueron reconocidos desde la conquista y desde la fundación de la República. Un vistazo a los textos positivos a la jurisprudencia y a la doctrina permite disipar la menor duda al respecto.

La pregunta, entonces es si hoy son igualmente reconocidos, amparados y promovidos: es decir esa interrogante nos lleva al problema de la crisis.

¿Hay crisis en nuestra cultura jurídica? ¿La hay en nuestra cultura política, tan vinculada a lo jurídico por la justicia y los derechos humanos como vimos? Antes de responder esta cuestión esencial, una incursión en el Documento Base nos puede resultar útil, sobre todo con relación al concepto de crisis.

Me parece a mí que uno de los tópicos más lúcidamente tratados en ese Documento es el concepto de crisis. Y de él quisiera recordar tres ideas fundamentales.

El profesor Squella nos dice en tal Documento que la crisis se caracteriza, entre otras notas tipificantes por ser una encrucijada,

un momento difícil de curso desconocido e impredecible. Pero poniendo el acento en lo que considero es un aspecto esencial del tema en estudio, él destaca que no puede un estado de crisis ser apriorísticamente valorado en términos positivos o negativos, en cuanto de tal proceso puede resultar algo peligroso que se transforma en desgracia o también la oportunidad de salir adelante y de perfeccionar el ordenamiento jurídico. Presenta la crisis, entonces la posibilidad de una elección, tal vez más certeramente denominable una opción, cuyo desenlace depende de múltiples y complejos factores.

Si en lo que voy a decir enfatizo la idea de crisis, no es, por lo tanto, con ánimo negativo o sentimiento desesperado. Por el contrario, lo haré con la intención de reflexionar con el más sincero espíritu de ayudar a construir o reconstruir una cultura jurídica respetuosa de la justicia, y, por lo mismo, de los derechos humanos.

Entrando en materia, creo que hay ciertas funciones y presupuestos o condiciones de un ordenamiento jurídico que no son respetados en este momento en Chile, o por lo menos no son respetados en ciertos casos que son graves y que, en otras circunstancias, veinte o treinta años atrás, probablemente habrían acarreado el colapso del régimen. En la actualidad, por circunstancias cuyo análisis me llevaría fuera del tema en estudio, esos casos ocurren, se acumulan, se prolongan, no se resuelven, y surgen nuevos casos que hacen, entonces, aún más grave la situación.

No me atrevería a llamar crisis generalizada a la que experimenta a cultura jurídica chilena. Prefiero entenderla en términos de una cultura aquejada por problemas críticos, casos sintomáticos de un proceso muy grave. Yo creo que, en general, como consecuencia de lo anterior, el ordenamiento jurídico hoy no nos depara seguridad, por lo menos en cuanto a la libertad personal, a la seguridad individual, a la vida y a la libre expresión de las ideas, entre otros derechos humanos que tendrían que ser tranquilamente disfrutados.

Yo creo que el ordenamiento jurídico, por otra parte, no nos garantiza hoy un debido proceso, no nos asegura ese derecho en términos jurídicos efectivos e imparciales. Ya me voy a referir a las razones correspondientes. El ordenamiento jurídico tampoco, en términos objetivos, como tiene que garantizarlos en función de los principios de la libertad y de igualdad, nos garantiza la eficacia en la búsqueda y aprehensión de los responsables y en la aplicación de las sanciones.

Yo creo, en fin, que el ordenamiento jurídico no nos garantiza la publicidad de todo lo anterior, pues no hay conocimiento y participación pública en torno de asuntos tan graves.

¿Y qué casos, no tan concretos como para indicarlos aquí con nombres y apellidos, tales anomalías se manifiestan?

Recordemos un breve recuento tan solo con el objeto de ilustrar mi proposición.

Los casos son principalmente político-penales, pero yo creo que el ordenamiento jurídico infringe derechos humanos y se aparta del concepto de derecho también en materia, por ejemplo, laboral, sindical y de comunicación social. Pero me voy a contraer al ámbito político-penal.

Son bastante conocidos y numerosos, en sus trazos gruesos, los casos político-criminales no resueltos por largo tiempo, especialmente referentes a secuestro seguido de muerte. Además, el exilio se reduce pero a la vez se mantiene, de manera que la autoridad puede seguir exiliando y esto sin revisión judicial. Los estados de excepción se prolongan por más de 14 años, y todos los aquí presentes sabemos cuál es el cúmulo de atribuciones que tiene el Jefe de Estado en virtud de esos estados de excepción, según lo que dispone sobre el particular la Constitución y la copiosa legislación complementaria pertinente.

Los grupos armados, los violentistas, siguen no identificados, o sea, operan asociaciones ilícitas que actúan impunemente, incluyendo el terrorismo.

Son conocidas las denuncias por detenciones ilegales también impunes. Por desgracia subsiste la tortura otro tipo de apremios ilegítimos, y los responsables no son pesquisados, hallados ni sancionados.

Por último, existe una jurisdicción militar desproporcionada, que ha jibarizado a la justicia ordinaria, debiendo subrayarse que aquella jurisdicción no ha comprobado la imparcialidad indispensable que habría reducido su incongruencia con el Estado de Derecho.

En mi concepto, los ejemplos anteriores son demostrativos de que se violan los derechos humanos. Y entiendo que ellos, por motivo alguno, pueden ser calificados de situaciones justas. Análogamente, entiendo que los derechos humanos han sido reconocidos siempre en la cultura occidental, aunque desde hace doscientos o trescientos años -en términos cabalmente reconocidos- como derechos subjetivos y, en el presente siglo, incluso los derechos sociales. De los ejemplos anteriores se deduce, asimismo, que el ordenamiento jurídico en la actualidad -y es por eso que yo hablo de una situación precrítica, o de aspectos críticos de la cultura jurídica chilena en la actualidad- adolece de presupuestos elementales y fundamentales de un ordenamiento jurídico adecuado.

A estas alturas de la exposición, entonces, uno podría preguntarse: ¿por qué ocurre esto? ¿Siempre ocurrió así? A la segunda de estas interrogantes respondo brevemente, ojalá con la contundencia suficiente: “No siempre fue así”. Con todas las imperfecciones que se le quieran imputar -a mi juicio, a menudo injustamente, a la tradición republicana o a la época colonial-, no creo que sea posible encontrar situaciones ni distantemente parangonables a las que he mencionado. Me asiste la certeza que los hechos narrados, en otras palabras, son históricamente localizables en un período determinado, aunque las causas de ello, los motivos por los cuales esto ocurre o está ocurriendo, son de más larga data.

Entonces, ¿por qué ocurre esto y por qué ha sucedido así en los últimos años?

Muy posiblemente los puntos críticos mencionados arrancan de numerosos factores. Creo que de las doce hipótesis que se consignan en el Documento Base de este Seminario, varias de ellas dicen relación con este problema. Son numerosos factores que configuran una trama complicada con raíces profundas a lo largo de más de medio siglo. Dicho en otras palabras, creo que esos factores no arrancan del 11 de septiembre de 1973 exclusivamente.

De esos numerosos factores yo quisiera, por razones de tiempo, destacar tan solo dos o tres, realizando uno de ellos por su singular incidencia en el problema: la pérdida de autonomía el derecho. Si alguna vez la tuvo -y creo que, efectivamente, la tuvo, cuando menos mucho más que ahora- en occidente en general, y también en Chile más o menos hasta promediar el siglo pasado, es en mi concepto bastante claro que, desde entonces, comienza un proceso de erosión de la autonomía del derecho, de su contenido propio esencia, inconfundible, que se traduce, podríamos decir en términos ilustrativos, como mínimo, en las funciones que Rehbindler le asigna, las cuales se encuentran mencionadas en el Documento Base del Seminario.

Personalmente, pienso que ese ámbito trazado por Rehbindler es muy acotado o restringido, pero aun así se trata de algo irreductible, de una entidad propia y exclusiva del derecho y que, en concepto, se traduce en que el ordenamiento jurídico, cuando es cabal, es por esencia limitante, racionalizador, orientador y legitimante de la dominación humana.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, sostengo que en la crisis, o en los puntos críticos antes mencionados, influye la subordinación del derecho, de la justicia y del concepto de derechos humanos a la dominación, al puro poder. Es decir, en la medida en que se va vaciando de su substancia a tales conceptos, se van transformando en simples cáscaras formales que el poder va llenando de acuerdo con las mayorías partidarias que controlan el órgano constituyente y legislativo, o más aún, con las ideologías que las animan, o peor todavía, con las doctrinas que inspiran al autoritarismo.

En tercer término, pienso que es un factor que incide en esta situación crítica la desaparición, o el desvanecimiento, del derecho como concepto, instrumento y plexo de valores suprapositivos. Yo me pregunto ¿cuántos hoy reconocen, en la práctica profesional, en la actividad judicial, en su función como legisladores, como operadores del derecho en general, ¿cuántos de ellos -reitero- tienen cabal conciencia?, ¿cuántos aceptan y llevan a la práctica la idea que no hay derecho sin justicia y sin respeto de los derechos humanos? ¿Cuántos son quienes efectivamente reconocen que el poder no solamente debe ser autolimitado, sino que está limitado de antemano? ¿Cuántos son los que realmente viven los principios aludidos?

En cuanto a esa riquísima disposición del Artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución vigente, no sé realmente hasta donde está encarnada en este momento y hasta donde no es nada más que una declaración lírica anulada por los estados de excepción, la ineficiencia del aparato judicial o la retórica del autoritarismo fundada en la razón de Estado.

En cuarto lugar, habría que decir que todo lo anterior se traduce en la identificación del derecho con el poder, lamentablemente en beneficio del poder, el cual cambia al compás de las ideologías. Tal fenómeno hace absolutamente aleatorio, circunstancial y maleable al gusto de los gobernantes de turno al sistema jurídico.

Con una tonalidad agravante, puedo agregar a las premisas expuestas que esa identificación y los fenómenos mencionados se hace, actualmente, sobre la base del autoritarismo, en cuanto régimen de gobierno del Estado que lo norma todo desde arriba y lo hace en perjuicio de la libertad, especialmente política.

Es, en consecuencia y resumiendo, una falta de congruencia entre lo que se predica y se practica, uno de los rasgos de la situación que vivimos, porque si examinamos la declaración de principios y la parte dogmática de la Constitución, y si realizamos lo mismo a propósito del contenido de numerosas declaraciones oficiales, diría que

encontraremos todo lo contrario de lo que yo he bosquejado. Pero la práctica es distinta, la realidad, por desgracia, es diferente.

Entrando en la parte final de mi exposición, resulta menester detenerse precisamente en el problema de la crisis o precrisis de la cultura jurídica en el marco del pensamiento expuesto.

Creo que una de las notas -y probablemente de las notas más graves o alarmantes de la situación que he descrito- estriba en que hay juristas que defienden esta situación, que intentan justificarla, lo cual considero no solo inconcebible, sino, además, insostenible con sujeción a requisitos elementales de la tarea jurídica.

Hay juristas, en efecto, que integran o componen una subcultura, caracterizada por ser autoritaria, relativizadora de los derechos humanos, instrumentalizadora o ignorante de la justicia, y en definitiva, deológicamente interesada en el ejercicio del poder ilimitado. Es decir, una subcultura, la cual podría ser denominada contracultura, que no es posible conciliar ni con el acervo de civilización heredado por Chile de occidente, ni con lo que fue el período colonial ni la República en Chile, período este último en el cual nos formamos jurídica, política y humanamente. Que uno lea o se tropiece con defensas o justificaciones del autoritarismo frente a violaciones graves de los derechos humanos, me resulta francamente censurable e injustificable. Esa contracultura o subcultura concibe el derecho de una manera distinta de cómo lo practica. Es decir, a menudo en ella se predica, por ejemplo, el iusnaturalismo, diciendo que los derechos del hombre son anteriores y superiores al Estado. Pero, acto seguido, al momento de normar, de interpretar y de aplicar la preceptiva, se elimina completamente este concepto y se lo subordina a la voluntad del autor de la norma, y se buscan después toda clase de resquicios y argucias con el objeto de acomodar esa triple labor a las concepciones ideológicas correspondientes. Es nada más que una manipulación de lo jurídico para que sirva a lo político autoritario.

En segundo lugar, esa subcultura o contractura tiene una concepción de la justicia que es ajena al derecho. En algunos casos, aquella concepción es de un positivismo mediocre alarmante; en otros, la concepción es inasible, tan abstracta que se torna inservible. En fin, hay a veces un concepto tan ideal, abstracto y supremo, que resulta irrealizable; se trata entonces, por lo tanto, de una utopía, o hasta de una ideología, y, de este modo, quienes defienden la justicia adquieren el carácter de lunáticos, o lisa y llanamente entienden la justicia, por lo común, en función de la ideología, o sea, como concepto llenable y encuadrado ideológicamente. Cualquiera sea el camino -y probablemente existen otras interpretaciones- se pierde la entidad de la justicia y la autonomía del derecho y de sus funciones esenciales.

La contracultura o subcultura que nos ocupa, por último, tiene también su posición definida respecto del autor del ordenamiento jurídico, del normador. En realidad, en ese ámbito se observa una apasionada justificación del autoritarismo que, entre otras cosas, monopoliza la producción jurídica y sustrae de los tribunales ordinarios los procesos político-penales suprapositivos -que son el parangón indispensable para confrontar la norma positiva y evaluar su legitimidad-, los hace simplemente a un lado, y esto lo justifica sobre bases que no alcanzan a ser ni siquiera ideológicamente aceptables. Es una deplorable tarea de manipulación y convencionalismo.

Yo creo que, a la luz de lo expuesto, pretender hoy un Estado de Justicia en Chile es demasiado. Creo que el concepto delvequiano está más allá de las posibilidades imaginables en este momento en nuestro medio.

Tampoco creo realista un Estado de Derechos Humanos, pues no lo creo posible en este momento, lo cual no significa, desde luego, que un Estado de cualquiera de los dos tipos nombrados no sea un ideal hacia el cual tengamos que caminar o esforzarnos por llegar lo más pronto posible.

Pero sí creo realizable, y urgente, un Estado Democrático de Derecho, el que es, entre otras implicancias, un supuesto necesario y hasta esencial -al menos en nuestra cultura juridico-política- de un genuino ordenamiento jurídico, porque creo que lo que teníamos como ordenamiento jurídico era, en lo que muchos y sustanciales respectos, mucho mejor que tenemos, lo cual constituye una premisa que, en todo caso, tendría que ser científicamente constatada. Pero no solo es, por ende, ese Estado Democrático de Derecho un supuesto de un genuino ordenamiento jurídico, sino que, además, a través de ese Estado de Derecho, si bien no es nada más que un instrumento, se puede dar una función más expresiva a la justicia, aproximando el ordenamiento jurídico al concepto de derecho en su cabal sentido, y una función más expresiva, también, a los derechos humanos que, en definitiva, condensan la justicia y la injusticia, una y otra alternativa dependiente del efectivo reconocimiento, protección y promoción de aquellos derechos.



La cultura jurídica chilena en relación a la función judicial

Jorge Correa¹

I - Introducción

La presente ponencia quiere desarrollar, dentro del marco del provocativo y excelente trabajo del profesor Squella, lo que se refiere específicamente a la función jurisdiccional. No pretende ser este un esfuerzo por describir la cultura de los miembros del Poder Judicial sino las características de la cultura profesional (de jueces, abogados y profesores de Derecho) acerca de la función jurisdiccional. Antes de entrar de lleno al desarrollo de estas hipótesis quisiera detenerme en una observación inicial con el objeto de compartir con el lector algo de mis propias motivaciones, temores y entusiasmo al enfrentarme a un tema tan gravitante como el que, de manera tan sugestiva, nos presentó el profesor Squella: Aunque no esté dicho explícitamente, pienso que subyace y motiva vitalmente estas reflexiones colectivas, la hipótesis de que el sistema chileno está en crisis, crisis que se verificaría en la circunstancia que el derecho no estaría cumpliendo adecuadamente con las funciones que le son propias. El trabajo asume que en la conformación de la situación crítica concurre, de manera gravitante, la cultura jurídica, la que es entendida como el conjunto de valores, actitudes, creencias, orientaciones, prejuicios, modos de sentir y hábitos de trabajo a los que los actores (en este caso

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2005.

JORGE IVAN HÜBNER GALLO, Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, Páginas 158 y 159. Debe hacerse notar que la drástica afirmación aparece algo atenuada algunos párrafos más adelante, en cuanto se reconoce cierta competencia creativa de los Tribunales en el caso de lagunas legales y en el proceso de ajustar la norma general al caso concreto. Con todo, se reitera que en ningún caso puede estimarse a la sentencia como una forma de creación del Derecho.

los profesionales del derecho) adhieren existencialmente, aunque no necesariamente de modo explícito o racional. La gravitación del componente cultural dentro de un sistema jurídico y de su posible crisis, puede quedar más claramente de manifiesto cuando se lo analiza en relación a los demás componentes del sistema, principalmente el conjunto de normas y la estructura de los órganos encargados de producir y aplicar esas normas. Así, por ejemplo, si tomamos el componente normativo, al que en nuestra cultura jurídica se suele dar una importancia predominante, cuando no se lo identifica con la misma idea de derecho y de sistema legal, podría argumentarse que estas articulaciones gramaticales a las que llamamos normas solo adquieren un significado o sentido a la luz de un sistema de prejuicios, hábitos, valores; es decir, de una cultura. Son los actores, y especialmente los profesionales del derecho, inmersos en una cultura determinada, los que dan un significado a este conjunto de signos lingüísticos, carentes por sí mismas de todo significado al margen de estos actores. Es precisamente porque las normas están inmersas en una tradición y en una realidad cultural que ellas significan algo y producen determinados efectos y es por igual razón que, en una proporción no despreciable, ellas alcanzan o dejan de alcanzar una determinada eficacia.

De igual modo, queda de manifiesto la importancia del elemento cultural si se piensa en la actividad de los órganos que cumplen las funciones legislativas, jurisdiccional y administrativa. Sin duda que las normas que reglan su actuar explican solo de manera parcial su particular forma de operar. El rol que juegan esos órganos no se nos devela con la simple lectura de las normas que rigen su estructura orgánica. Para entenderlos, resulta indispensable conocer la cultura de los hombres cuyo comportamiento les da vida.

El trabajo del profesor Squella se detiene en el significado de la crisis del Derecho, insistiendo que si bien ella representa un factor negativo en cuanto al peligro de un mayor deterioro, significa también una oportunidad privilegiada de cambio. Si bien comparto en líneas generales esta idea, creo necesario abordarla con precaución.

Un sistema en crisis parece brindar una oportunidad de cambio. Pero la oportunidad de un cambio racional y reflexivamente diseñado e igualmente implementado y controlado no resulta estático. Los sistemas que sufren un grave deterioro suelen desarrollar sus propios mecanismos de defensa, de los que cualquier agente de cambio debe estar consciente. Por otra parte, podría postularse también que un sistema que petrifica su crisis y no evoluciona cumpliendo sus roles tradicionales ante las nuevas demandas (en el caso del derecho, piénsese en las propias de la evolución tecnológica y social), enfrenta el riesgo de sufrir uno de aquellos cambios que no son precisamente provocados por los agentes profesionales de manera reflexiva. Si la proliferación jurídica pretende ser el actor principal del cambio en el derecho, no puede olvidar que hay tiempos y espacios en que esa oportunidad se va a encontrar en sus manos.

De cualquier modo, si la cultura jurídica resulta un componente sustancial del sistema jurídico, ella debe ser también un factor importante tanto en la generación de la crisis como en la posibilidad de cambio. De esta manera, si el derecho se encuentra moroso en el cumplimiento de las tareas o funciones que la sociedad espera de él, ello se debe, en algún grado, a las concepciones, actitudes y valores de quienes operan más directa y permanentemente con este sistema. La crisis del derecho, en este sentido, estaría a la vez causada y constituida de manera importante por la cultura jurídica.

No sería extraño que entre quienes hacemos el análisis y la reflexión nuestra profesión, hubiese quienes sobrevaloráramos el elemento cultural. Sin embargo, quisiera decir que, conforme a mi particular punto de vista, si se pretenden cambios en el sistema, conforme a esta oportunidad que la crisis brinda, no basta con modificaciones normativas, organizacionales o monetarias. Resulta indispensable también un cambio en esa cultura legal, en esas actitudes y creencias acerca del derecho de quienes profesionalmente estamos ligados al funcionamiento del sistema. Más aún, resulta interesante pensar que esos cambios normativos orgánicos o presupuestarios no se producirán o, de producirse, no tendrán un impacto significativo

en la dirección deseada, en la medida que no sean anteceditos o acompañados por algún grado de cambio en la cultura jurídica.

Si resultara plausible lo que hasta aquí hemos señalado, la pregunta obvia que queda por formular es qué tan flexible al cambio es la cultura. El análisis de una cuestión como esta excede las pretensiones de esta ponencia. La cuestión debiera ser abordada más adelante. Quisiera pensar, sin embargo, que un cambio en la cultura jurídica dominante depende en alguna proporción importante de la percepción que, acerca de la crisis, tengan los propios actores del mundo jurídico. Por otra parte, las ideas, estudios y análisis que de la crisis se hagan pueden tener un impacto en ese cambio cultural que se desea. Tal vez de los tres componentes del sistema legal: normas, arreglos orgánicos y cultura, sea esta última la que pueda afectarse más significativamente por aquellos que carecen del poder político para producir cambios en las anteriores.

A la luz de la importancia del elemento cultural, y de su vulnerabilidad al cambio a través del estudio y de las ideas, puede apreciarse el valor del trabajo emprendido bajo el auspicio de la Corporación de Promoción Universitaria. Ello no quiere significar que sus conclusiones, ni menos las de esta particular ponencia, sean más o menos acertadas. Espero sinceramente que el mérito de este trabajo colectivo esté en despertar nuevos estudios, análisis y respuestas que superen sus hipótesis preliminares, las que entonces habrán tenido el mérito de reactualizar un viejo problema que ahora presenta nuevas y desafiantes características: el de la crisis del sistema jurídico.

II - HIPÓTESIS

Las hipótesis que siguen intentan describir el conjunto de valores, actitudes, creencias, orientaciones y prejuicios conforme a los cuales los profesionales del derecho (jueces, abogados, legisladores y juristas), explican o describen las conductas del poder judicial y, por otra parte, los valores actitudes y creencias que puede afirmarse subyacen realmente a las actuaciones de esos mismos actores. Siguiendo la terminología del trabajo el profesor Squella, llamaré a la primera

-la forma en que los actores profesionales se explican y explican a terceros el acto jurisdiccional- cultura explícita-; en tanto a la segunda -la cultura subyacente que permite a un tercero explicar lo que realmente se hace-, cultura implícita.

Cada una de las hipótesis que sobre la cultura implícita y explícita se formularán se encuentran íntimamente ligadas y se han dividido solamente para efectos de ordenar la presentación. A la formulación e ilustración de cada hipótesis se ha pretendido agregar un breve análisis de las que podrían estimarse las principales causas y consecuencias culturales de la característica en cuestión.

Primera Hipótesis

Cultura explícita: El mundo profesional entiende de manera dominante que la creación y aplicación del derecho son dos actividades completamente diversas. Que la creación del derecho es un acto de soberanía que compete a los órganos políticos, en tanto la aplicación del derecho es una actividad técnica que compete al Poder Judicial.

Podríamos ilustrar esta proposición descriptiva citando los que probablemente son los Manuales de Introducción al Derecho y Derecho Procesal más leídos por nuestros estudiantes de Derecho. En el primero puede leerse: “El valor que se atribuya a las sentencias judiciales como forma de expresión del Derecho depende del sistema jurídico vigente en cada país. En los pueblos de origen latino y germano... *los Tribunales de Justicia deben ceñirse estrictamente al tenor de ley y carecen de facultades para fallar según su propio criterio.*

*En este grupo de países, entre los que se cuentan (sic) Chile, la sentencia no constituye nuevo Derecho, sino que se limita a aplicar a un caso individual las leyes”*²(el subrayado es nuestro).

² MARIO CASSARINO VITERBO, Manual de Derecho Procesal, Tomo I, página 43 Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977.

Por su parte, el que probablemente sea el manual más leído de Derecho Procesal en nuestro medio, señala que “el Poder Legislativo tiene como misión confeccionar las leyes, o sea, aquellas normas generales de conducta cuya violación trae consigo una sanción por parte del Estado... *El Poder Judicial, por su parte, es el llamado a administrar justicia, es decir, a obtener que las normas jurídicas se cumplan en aquellos casos concretos en que han sido violadas o menoscabadas*”³. (El subrayado es nuestro).

Sin lugar a dudas que esta forma de percibir la función judicial como un acto técnico de aplicación y no como uno de creación jurídica, ha sido fuertemente cuestionada en nuestro medio académico en los últimos años. Tal vez uno de los signos de ellos sea el que algunos profesores de Introducción al Derecho asignen a sus alumnos lecturas de autores como Carlos Ducci, Carlos Nino, Kelsen, Luis Diez Picazo o Hart, todos los cuales sostienen que el acto jurisdiccional es de creación jurídica. Por su parte, pueden apreciarse elementos de esta percepción creativa de la actividad jurisdiccional en la declaración del Consejo General del Colegio de Abogados de Chile, de 9 de julio de 1987. Con todo, no parece aventurado postular que la cultura profesional dominante tiende a explicar el acto jurisdiccional como uno que se limita a declarar el derecho pre-existente. Es esa la percepción que parece haber prevalecido sin contrapesos en diversas declaraciones de los Presidentes de la Corte Suprema o de su Pleno⁴. Tal vez entre las ilustraciones más claras de esto estén aquellas destinadas a defenderse de los ataques o críticas de terceros. Así, en 1970, luego que la Corte Suprema es acusada de clasista por Eduardo Novoa y otros juristas de izquierda, su presidente responde: “Es absurdo decir

³ Un análisis de los discursos de inauguración de los años Judiciales entre 1970 y 1979 puede encontrarse en el artículo del profesor ANDRÉS CUNEO “La Corte Suprema e Chile, sus percepciones acerca del Derecho, su rol en el sistema legal y la relación de este con el sistema político”, publicado en “La administración de Justicia en América Latina”, V Conferencia de Derecho y Desarrollo, San José, Costa Rica, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1980.

⁴ Discurso de inauguración del año judicial de 1970, publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXVII, Enero a Marzo de 1970.

que la justicia entre nosotros es una justicia de clases... ella es simplemente aplicadora de las leyes que rigen la República”⁵. De igual modo, en 1987, el Pleno de la Corte Suprema responde a diversas críticas señalando, entre otras cosas, que “el Poder Judicial tiene conciencia de ser estricto aplicador de la ley”⁶.

Cultura implícita: Si, en cambio, dirigimos nuestra atención a lo que los jueces realmente hacen y lo que muchos abogados y profesionales del Derecho esperan que los Tribunales hagan, nos encontramos en muchas áreas con una jurisdicción de equidad, especialmente por parte de la Corte Suprema cuando decide los recursos de queja, que requieren una menor fundamentación jurídica. Tal vez las materias en que mejor pueda apreciarse esta actividad creativa de los Tribunales sea en las de la responsabilidad extracontractual, en la de los recursos de protección, en el derecho de familia y en la del derecho penal de carácter económico, donde muchas de las decisiones de los Tribunales, y especialmente de la Corte Suprema, resultan imposibles de explicar como meros actos de aplicación de la ley.

¿Qué motiva esta discordancia entre lo que se dice y lo que realmente se hace? ¿Por qué una apreciable mayoría de los profesionales del Derecho no están dispuestos a reconocer a los Tribunales como creadores de Derecho? La pregunta queda formulada para la especulación del lector o para estudios futuros. Me limitaré solo a comentar algunas de las razones que me parece entre las menos estudiadas. La secuencia explicativa podría iniciarse destacando la supremacía que tradicionalmente nuestro medio cultural ha otorgado a la ley como privilegiada o única fuente de Derecho. Esta identificación entre Ley y Derecho puede encontrarse reiteradamente en los discursos

⁵ La cita es parte de la declaración de la Corte Suprema (ausente su Presidente), aprobada el 6 de julio de 1987 y publicada bajo el título “Corte Suprema rechazó críticas al Poder Judicial”, en el Diario EL MERCURIO de Santiago del día 8 del mismo mes y año.

⁶ Véase la obra citada en nota 3.

de inauguración de los años judiciales⁷. A vía de ejemplo puede considerarse aquel con que se abrió el año judicial de 1952, en que el entonces Presidente de la Corte Suprema señaló que entendía que la independencia del Poder Judicial implicaba “que los jueces cuando juzgan no pueden tener más norma rectora que la ley”⁸ o la ya citada declaración del Pleno de la Corte Suprema del 6 de julio de 1987, en que la Corte Suprema reafirma, con lenguaje tajante, que la función de los Tribunales consiste en aplicar la ley y no en hacer justicia⁹.

Lo anterior parece tener sus raíces en una concepción de la separación de poderes propia del constitucionalismo clásico, conforme a la cual los jueces no son percibidos sino como “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”¹⁰. Pero si esta referencia histórica sirviera para iniciar una explicación de los orígenes del pensamiento que concibe a los Tribunales como meros aplicadores de la ley, ella no nos explica su porfiada supervivencia en un periodo en que la realidad demuestra la creatividad jurisprudencial. A mi juicio, en el caso chileno, una de las claves, que puede analizarse para explicar la permanencia de esa tesis consiste en la escasa o nula percepción de una visión alternativa de legitimidad de las decisiones judiciales. Si bien parecen ser cada vez más abundantes las críticas a la explicación de la decisión judicial como un mero acto de aplicación mecánica de la ley, no se han desarrollado de igual forma teorías que

⁷ Publicado en el Diario Oficial del 13 de Marzo de 1952.

⁸ Véase la declaración citada en nota 5, especialmente los 4 últimos párrafos del punto primero.

⁹ La cita corresponde a MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes*, traducción de M. BLAZQUEY Y P. DE LA VEGA. Tecnos, Madrid, 1985, página 112.

¹⁰ Como un ejemplo de la referida concepción pueden apreciarse los discursos de inauguración de los años judiciales de 1925 y 1942 en que los entonces Presidentes de la Corte Suprema critican la intervención del órgano ejecutivo en el nombramiento de los jueces como un atentado a su independencia. Un análisis de esta concepción de independencia funciona del Poder Judicial puede leerse en el artículo de HUGO FRÜHLING “Poder Judicial y Política en Chile”, en *La Administración de Justicia en América Latina*. Op. cit. nota 3.

intenten explicar dónde radicaría la legitimidad de una decisión judicial, una vez que ella ya no pueda explicarse como un mero acto de aplicación legal. En otras palabras, pienso que la teoría exegética permanece en una posición dominante no tanto porque convenza como descripción de lo que ocurre en la realidad, sino porque carece de competidores reales a la hora de juzgar o legitimar las decisiones judiciales. Si estas ya no pudieran explicarse como meros actos de aplicación legal ¿cómo justifica el juez ante su conciencia, ante las partes y ante terceros sus decisiones?, ¿cómo puede el político entonces establecer límites a la discrecionalidad judicial? La supervivencia exegética radicaría, en esta perspectiva, en el temor y la responsabilidad que trae consigo la libertad judicial. La búsqueda de los límites a esta libertad judicial puede encontrarse, en última instancia, en los principios y escuelas ius-filosóficas (realismo o ius-naturalismo, por ejemplo). Sin embargo, lo que me parece constituye la razón inmediata de esa falta de alternativa es la ausencia de un consenso (político) en la comunidad jurídica y general acerca de los principios y la racionalidad que deben gobernarla actividad judicial, ausencia especialmente manifiesta en el campo del derecho público. Ante tal ausencia de consensos, no resulta de extrañar que los jueces sean especialmente temerosos de salir del poco convincente, pero seguro refugio de su pretendida misión exegética. Quien acepte salir de ella corre el peligro de reconocerla. Si bien inevitablemente los jueces se encuentran con frecuencia en tales aguas, reconocerlo requerirá de un especial coraje que no cualquiera está dispuesto a asumir.

La anterior explicación puede ilustrarse si observamos que, en su historia, la Corte Suprema, con frecuencia, ha definido y defendido su propia independencia, caracterizándose como un órgano técnico y a-político que requiere absoluta autonomía y ninguna contaminación con el mundo político para continuar cumpliendo con la peculiar y técnica labor en la que son expertos: aplicar la Ley¹¹. Del momento en que, por el contrario, se describe -con mayor acierto científico, a mi juicio- la función judicial como una no puramente técnica,

¹¹ MONTESQUIEU, op. Cit. Nota 9, página 110.

se hace necesario diferenciarla de los órganos que toman decisiones políticas y desde allí fundar su independencia. ¿Qué hace legítima o ilegítima una decisión judicial cuando esta no se entiende como un mero acto de aplicación de la Ley? La pregunta no solo requiere respuestas para fundar la independencia institucional, sino también para fundar un discurso judicial que, no limitándose a decir “solo aplico la ley”, tampoco caiga en el “decido así porque yo, como juez, lo quiero”. ¿Cuántos jueces aceptarían la carga de responsabilidad personal y la exposición a la crítica pública que implica responder de esta forma? Si ello fuera así, una vez más la búsqueda se dirigiría a la filosofía y teoría general del derecho para encontrar una respuesta diferente a la vieja pregunta de qué es el derecho. Hasta aquí, las respuestas principales de la cultura jurídica dominante en Chile han sido: el derecho es la ley o el derecho es lo justo, término este último cuyos contenidos específicos han sido tan vagos que pueden asimilarse a “lo que yo quiero”. El problema radica, a mi juicio, no tanto en una doctrina lógicamente convincente de lo que sea la justicia, sino en la falta de consenso en la sociedad chilena acerca de cuáles sean decisiones justas frente a problemas específicos. El problema parece radicar así en la falta de una cultura política consensual que pueda proveer de principios jurídicos estables en los cuales los jueces puedan fundar sus decisiones.

Aún cuando dejemos la cuestión de las causas en un estado de mera formulación, dirijamos ahora nuestra atención al problema de las consecuencias. ¿Qué consecuencias culturales podrían estarse produciendo por el hecho de la persistencia de una cultura explícita que insiste, no obstante la realidad, en mostrar al Poder Judicial como un mero órgano técnico cuya función es la aplicación mecánica de la ley? Tres ideas me surgen de inmediato.

Visto el Poder Judicial como un órgano meramente encargado de la aplicación de la ley, este aparece como un servicio público subordinado a los otros poderes, aunque funcionalmente autónomos de ellos. La falta de “personalidad” y presencia que más de alguna vez

nuestro Poder Judicial ha demostrado frente al Ejecutivo podría explicarse como parcialmente causado por una cultura dominante que no lo percibe como un verdadero poder del Estado. De la visión exegetica de un Poder Judicial como mero aplicador de la ley se sigue necesariamente su falta de poder real. Ya lo decía Montesquieu al formular su célebre teoría de la separación de poderes. “De los tres poderes que hemos hablado, el de juzgar, es, en cierto modo, nulo”¹². Don Andrés Bello, tal vez el más importante forjador de nuestra cultura jurídica, lo expresaba con igual o mayor claridad al defender la tesis de un Poder Judicial llamado a aplicar la ley. “Todos saben que el juez no hace el derecho, sino solamente lo declara. Es su dispensador, no su dueño. El poder y la soberanía están en la ley, no en él”¹³.

Explicando su misión como meros aplicadores de la ley, los abogados que litigan y los jueces se sienten irresponsables tanto del estado de las cuestiones jurídicas en el país como del efecto social propio de las sentencias. Observamos las primeras. ¿Quién se siente responsable por la falta de acceso a la justicia, la lentitud de los procesos, la igualdad ante la justicia? Las provisiones constitucionales que las garantizan no son suficientes. Es indispensable que tras ellas exista una comunidad que hagan suyos estos propósitos que no suelen encontrarse en los primeros lugares de la agenda política. Por otra parte, ¿cuánto comprende cada juez y cada abogado patrocinate los efectos que sus decisiones producen en las partes? ¿Cuánto podría hacerlo un Poder Judicial sobresaturado de trabajo? ¿Cuánto una comunidad profesional a la que tampoco se prepara para pensar en términos de sicología social, economía, criminología, etc., por cuanto se entiende su labor como de mera aplicación mecánica de la ley?.

¹² ANDRÉS BELLO “Necesidad de fundar las Sentencias” artículo publicado en el diario El Araucano, años 1834 y 1839, reproducido, entre otros, en la obra “Andrés Bello, Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios”. Selección y Prólogo de AGUSTIN SQUELLA, Edeval, Valparaíso, 1979.

¹³ Una excelente descripción de la filosofía implícita puede consultarse en ERNST CASSIRER El Espíritu de la ilustración.

El tercer efecto cultural de esta persistencia en explicar la actividad judicial como meramente mecánica a que quisiera referirme es uno de carácter vocacional. Parece un lugar común en nuestro medio decir que al Poder Judicial no ingresan los mejores. Normalmente ello se explica por las bajas remuneraciones que reciben los funcionarios judiciales. Interesante sería preguntarse si los alumnos más inquietos de nuestras Facultades de Derecho no rechazan la carrera judicial también como efecto de que esta se les presenta en sus años de estudiantes como una burocrática secuencia de decisiones mecánicas similares a las que se toman en las más insignificantes agencias administrativas.

Segunda Hipótesis:

Cultura explícita: La función judicial es explicada por los actores como una de carácter esencialmente lógica y mecánica, consistente en deducir de las normas generales y abstractas el contenido de los fallos. En consecuencia, la tarea o función interpretativa conduce siempre a un único resultado posible, correcto o verdadero.

Presumo que la hipótesis recién formulada se colige y recibe suficiente explicación en el desarrollo de la hipótesis anterior. Permítaseme, sin embargo, insistir un tanto en la idea de que la actividad jurisdiccional conduce siempre a un resultado único: Los autores que inspiran los movimientos constitucionalistas y de codificación coligen y manifiestan expresamente su deseo por esta consecuencia. El propio Montesquieu lo señala inequívocamente al sostener que, si bien “los Tribunales no deben ser fijos, si deben serlo las sentencias, hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fuera la opinión particular del Juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella”¹⁴.

¹⁴ ANDRÉS BELLO: “Observancia de la ley”, artículo publicado en El Araucano, año 1936, reproducido en Andrés Bello, Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios, op. Cit. Nota 12, pág. 82.

Cultura implícita: En el hecho, en cambio, los Tribunales actúan como si las leyes presentarán diversas posibilidades de interpretación, entre las cuales el juez escoge en razón de consideraciones valorativas. Más adelante se hará referencia a la presencia de consideraciones valorativas en las decisiones judiciales. Lo que ahora interesa destacar es que los jueces y abogados actúan en la realidad aceptando lo que les resultaría algo más difícil de reconocer que la actividad jurisdiccional no necesariamente conduce a un único resultado y que las decisiones se constituyen por las opciones valóricas del juez que las emite.

Tal vez la ilustración más clara de esta hipótesis de la cultura implícita se encuentra en la frecuencia con que se producen votos de minoría en nuestros Tribunales colegiados. Interesante resultaría estudiar hasta qué punto esas discrepancias se producen en razón de creencias, predisposiciones psicológicas o posturas valóricas entre los jueces que conocen de un mismo caso. Las posiciones discordantes no suelen, sin embargo, expresarse de esa forma, sino más bien como diversas apreciaciones de la prueba o ejercicios de hermenéutica legislativa.

Causas: La concepción según la cual la actividad jurisdiccional conduce siempre a un único resultado posible, correcto o verdadero, puede explicarse como consecuencia de concebir la ley como un todo omnicomprendivo (ausencia de lagunas), coherente (ausencia de contradicciones), claro (ausencia de ambigüedades o imprecisiones) y justo. Esta concepción, a su vez, solo resulta coherente al interior de una cosmovisión que sea capaz de atribuir estas capacidades a la razón humana y conciba a la sociedad como un artificio moldeable por las normas del inteligente legislador¹⁵. Esta cosmovisión está presente en todo movimiento codificador y también en el nuestro. Andrés Bello, por citar el más preclaro ejemplo expresa frecuentemente su concepción de que la ley lleva consigo racionalidad y justicia, y la

¹⁵ A vía de ejemplo puede consultarse el mismo artículo citado en nota 15. Página 83.

confianza en que el respeto de la ley conduce a la virtud social y personal y al progreso y felicidad de los pueblos. Así califica la ley como aquello que coharta la absoluta libertad, reduciendo “*sus operaciones a los términos de la razón y de la justicia*”¹⁶ (El subrayado es nuestro). Es esa misma concepción la que le permite adjetivar la eficacia de las normas jurídicas como el “santo imperio de la ley”¹⁷. Si poco nos sorprende que las mentes ilustradas del siglo XIX hayan atribuido tales características a la razón humana, al mecanismo de representación democrática y al propio lenguaje, nuestros contemporáneos parecen más escépticos. Desde luego, la porfiada historia de un siglo de profundas divisiones ideológicas nos hace escépticos en cuanto a la capacidad de la razón para descubrir y demostrar dónde reside la justicia.

Nuestra propia historia y cultura latinoamericana, que se identifica más con la magia de su reciente novela que con los tratados de lógica, nos hace dudar de la capacidad del hombre racional de moldear las relaciones sociales a la razón. Los estudios sobre lenguaje y comunicación siembran la duda acerca de la posibilidad de transformar al juez en un aplicador de soluciones ya previstas por el legislador a las circunstancias sociales del caso. No obstante, estos y otros factores, el mito de una legislación omnicomprendiva, coherente, racional y justa permanece como el necesario fundamento de la no discrecionalidad judicial. No es fortuito, por ejemplo, que nuestra Corte Suprema de Justicia necesite reafirmar esta concepción de la ley para fundar su respuesta a quienes les critican ser formal aplicadora de leyes, olvidando la justicia. La Corte Suprema responde que “*los*

¹⁶ Supra nota N° 5.

¹⁷ Para un desarrollo de esta postura, véase Cassirer Supra N° 14. Una síntesis comparativa en el campo puramente jurídico puede verse en MERRYMAN. JOHN H. La Tradición Jurídica Romano-Canónica. Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

*Tribunales de Justicia son fieles cumplidores de la ley, que para ellos sigue siendo la razón escrita*¹⁸. (El subrayado es nuestro).

Consecuencias culturales: Quisiera solo mencionar dos de las muchas consecuencias que podría pensarse arrancan parcialmente de una cultura explícita que entiende que la función judicial debe conducir. Independiente de quien sea el juzgador. Una vez más, la selección de estas consecuencias es arbitraria y tiene más bien por objeto provocar la reflexión que constituir una respuesta acabada.

Esta concepción podría estar influyendo y afirmando la progresiva confusión que, en nuestro medio judicial, se produce entre las funciones jurisdiccionales revisoras y las disciplinarias que corresponde ejercer a nuestros Tribunales de alzada. El notable abuso del recurso de queja tiene muchas causas. Sugiero que entre ellas podría estar la de una cierta predisposición psicológica de aquellos jueces situados en tribunales superiores a considerar una falta o abuso aquellos actos jurisdiccionales que no son percibidos como los únicos verdaderos en virtud de una correcta aplicación de la ley al caso. En otras palabras, señalo que tras el excesivo uso de la vía disciplinaria podría encontrarse una predisposición autoritaria de los Tribunales Superiores, dispuestos a considerar que diversas soluciones jurídicas frente a un mismo caso solo pueden explicarse en razón de que una de aquellas operaciones jurisdiccionales se realizó de una forma que merece reproche. Se podría argumentar que ello no es así, desde el momento que la función disciplinaria se ejerce habitualmente hoy para revocar resoluciones y no para imponer sanciones a su autor. Si bien ello es cierto, no es lo menos que cada recurso de queja que resulta acogido es percibido por el juez recurrido como un elemento negativo que puede afectar desde su autoestima hasta sus reales posibilidades de promoción.

¹⁸ Un desarrollo de esta noción puede consultarse en MAX WEBER "El auge del capitalismo", en Historia Económica General, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

Me pregunto también si esta concepción de la ley como una serie de disposiciones aisladas que prefiguran con perfección las diversas situaciones que pueden ocurrir en la realidad, conduciendo a resultados jurisdiccionales únicos, no permite explicar el escaso empleo del elemento sistemático de interpretación. Especialmente interesante me parecería investigar hasta qué punto esta concepción permite la reticencia de nuestro médio forense y judicial a emplear la Constitución Política como un cuerpo orientador en la interpretación de las leyes. Si pensamos en la tesis de la primacía constitucional y aceptamos que las leyes que le siguen contienen directrices para la decisión judicial, resulta obvio concluir que tales leyes debieran interpretarse como un instrumento cuya finalidad es el logro de fines o valores consagrados por la Constitución. En nuestro medio, en cambio, el texto constitucional no aparece como la cúspide de la estructura normativa, ni menos como el norte de toda actividad jurisdiccional. En cambio, parece existir una tendencia a concebir cada cuerpo legal, cuando no cada precepto, como entes autónomos y suficientes para resolver un caso determinado.

Tercera hipótesis

Cultura explícita: Afirmamos como tercera hipótesis que, de manera dominante, abogados, jueces y profesores en Chile explican la tarea del juez como la de un esclavo de la ley a quien no le está permitido llevar a cabo ninguna apreciación interpretativa del texto de la ley ni de los efectos que puedan seguir a la aplicación. Menos, apartarse del texto cuando os le parezcan manifiestamente injustos o inconvenientes. En consecuencia, se sostiene que el juez solo puede recurrir lícitamente a la equidad o a los principios generales del derecho en casos de lagunas o regulaciones oscuras o contradictorias, pero no ante resultados claramente injustos o inconvenientes.

Esta postura es vital al constitucionalismo clásico. El liberalismo individualista que sirve de sustento a todo el edificio postula como principio básico el de la autonomía de la voluntad. El único poder ajeno a esa voluntad que resulta legítimo dentro de la esfera de

la sociedad política corresponde a la voluntad colectiva nacional expresada por la Asamblea Legislativa. Todo otro intento por atribuirse poder resulta ilegítimo y arbitrario. Los intentos judiciales por recurrir a los principios generales del Derecho o a la equidad natural son percibidos por la doctrina como un ilegítimo y sospechoso intento del juez por sustituir la voluntad colectiva y soberana, ya expresada en la ley, por su propio y caprichoso arbitrio. A la anterior postura doctrinaria debemos sumar la desconfianza que el ilustrado revolucionario francés experimenta por una judicadora que representa el pensamiento del antiguo régimen. Se hacía necesario confinar a esa judicatura a una actividad puramente mecánica, prohibiéndole explícitamente todo recurso a la equidad por temor a que ello representase una vía para que los jueces hicieran ineficaz la legislación¹⁹. La actividad económica de la burguesía y la forma de producción y comercio propio del capitalismo, demandan también un alto nivel de estandarización de reglas y una mínima desviación de padrones permitiendo así un alto grado de certeza acerca de las consecuencias jurídicas de toda conducta²⁰.

El proceso de codificación en nuestro país sigue de cerca estos principios. La ilustración más clara de esta visión está en los artículos 23 y 24 del Código Civil. El primero dispone claramente que el juez no está capacitado para morigerar o corregir los efectos de una ley en razón de la calidad de los resultados que esta produzca. El segundo permite recurrir a los principios generales del derecho y a la ecuidad, pero reitera en su texto que tal recurso es solo lícito cuando el empleo de los demás elementos de interpretación no permite clarificar el sentido del precepto. No obstante que han existido inte resantes esfuerzos por demostrar lo contrario, la obra legislativa y literaria de Andrés Bello parecen mostrar una intención de restringir al máximo la capacidad del juez para recurrir a la equidad o a los

¹⁹ Una visión diversa a la aquí postulada puede verse desarrollada en la obra de CARLOS DUCCI, *Interpretación Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1977.

²⁰ ANDRÉS BELLO, "Observancia de la Ley", op. Cit. Nota 15, pág. 75.

principios generales e impedirle que se desvíe un mínimo de la ley en razón de supuestos resultados manifiestamente injustos o inconvenientes²¹. En su obra literaria, Bello solo se refiere al juez como aquel que debe transformarse en un “esclavo de la ley”²², sino que, concediendo que en algunos casos es preciso que hay una fuente de equidad y clemencia que concilie la justicia con la humanidad”, no está dispuesto a radicarla en el Poder Judicial. “Pero esta autoridad conciliadora- continúa Bello- no puede residir en los magistrados judiciales.... porque es incompatible con aquel escrupuloso respeto y estricta adhesión a las leyes, que es el distintivo de la judicatura”²³. El artículo de donde se extraen las anteriores citas finaliza de modo concluyente: es también preciso evitar que estos puros y generosos sentimientos (por parte del juez) se conviertan en una criminal flaqueza, torciendo la vara de la justicia. Las decisiones del magistrado no deben, ni aún con los más plausibles motivos, desviarse un punto de la norma que les trazan las leyes, *porque no pueden hacerlo sin introducir en el orden judicial un principio de arbitrariedad*, que no siempre será guiado por impulsos igualmente excusables; y que, creciendo por grados, llegará a viciarlo del todo. Tal ha sido siempre la marcha de las corruptelas y abusos”²⁴. Similar percepción respecto de la hipótesis formulada parece imperar de manera dominante en nuestros Tribunales de Justicia. El profesor Andrés Cuneo, luego de estudiar los discursos de inauguración del año judicial durante una década, concluye que los Tribunales se ven a sí mismos como “autónomos para aplicar la ley, independiente del hecho que ella sea justa o injusta, adecuada o no a las circunstancias sociales, y enteramente ajenos al hecho de si ellas emanan de un parlamento democrático elegido o, si emanan del poder revolucionariamente establecido”²⁵.

²¹ ANDRÉS BELLO, “Observancia de la Ley”, op. Cit. Nota 15, pág. 89.

²² ANDRÉS BELLO, “Observancia de la Ley”, op. Cit. Nota 15, pág. 84. Véase también el artículo citado en nota 12, especialmente páginas 74 y 75.

²³ ANDRÉS CUNEO, op. Cit. Nota 3.

²⁴ Supra Nota 5.

²⁵ Entrevista al Ministro de la Corte Suprema don Hernán Cereceda, aparecida en el diario El Mercurio, el 20 de Enero de 1985.

Ante las críticas en casos que involucren recursos de amparo, donde por lo demás han existido diversas interpretaciones judiciales, el ya citado acuerdo de la Corte Suprema se sustenta en similar posición. Dice la declaración del máximo Tribunal que “se le enjuicia y reprocha también por ser aplicador de la Ley y no creador de normas que resuelvan con justicia. Pero este reproche llega mucho más allá cuando dicen que los Tribunales Superiores, y particularmente, la Corte Suprema, han escogido el camino de hacer una aplicación formal de la ley en vez de una aplicación sustancial. Tribunales en lugar de hacer justicia se dedican a aplicar la del derecho y la Justicia; y como epitafio expresan que la ley en su tenor literal. *La Corte Suprema no regaña este proceder, porque una conocida disposición civil ordena que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu*”²⁶. (El subrayado es nuestro). Algunas expresiones judiciales llegan aún más lejos en la identificación de la ley -Derecho - Justicia. Así, un Ministro de la Corte Suprema, al ser preguntado si los tribunales estaban para hacer justicia o para cumplir las leyes aunque fueran injustas, respondió: “Eso de que aunque sean injustas lo dice usted. Yo no las creo injustas porque si son leyes que han seguido sus trámites están para ser cumplidas”²⁷.

Causas culturales: Entre las causas inmediatas de esta doctrina, se encuentra una concepción de las fuentes del derecho que identifica Ley y Derecho y que considera como derecho válido aquello que crea el legislador, con prescindencia de los efectos que este produzca a la luz de criterios valóricos. Lo que es más importante, para identificar derecho y ley en la función jurisdiccional es necesario concebir que el derecho puede ser comprendido y aplicado con prescindencia de los factores históricos, éticos y sociológicos involucrados, tanto en la gestación, contenido y eficacia de la ley, como en el caso mismo al que esa ley se aplica, salvo en cuanto la propia ley haya

²⁶ Discurso de inauguración del año judicial de 1976, publicado en el Diario Oficial del 6 de mayo de 1976.

²⁷ Supra nota 5.

previsto y regulado expresamente tales factores. Ilustremos esta afirmación tocante a la posibilidad de agotar el conocimiento del derecho en el estudio de la ley: si bien don Rafael Retamal, como Presidente de la Corte Suprema, insistió en más de alguna ocasión, al recibir el juramento de nuevos abogados, en la necesidad de lectura de los autores clásicos, don José María Eyzaguirre emitió un discurso en el cual criticó intentos innovadores en las Escuelas de Derecho. “Es necesario que los estudiantes aprendan nuestra realidad legal en todas las materias referidas (ordenamientos jurídicos positivos) y que no se les enseñe meras teorías que ninguna trascendencia van a tener en la vida profesional. Nuestro derecho positivo es lo suficientemente vasto y diversificado para que ocupe los años de estudio de los futuros abogados...”²⁸

Una manifestación de la identificación ley-derecho en la función jurisdiccional, puede encontrarse en el acuerdo del pleno de la Corte Suprema, de 6 de agosto de 1987. En él se sostiene: “Se dice que el Poder Judicial es débil, lo que se manifiesta en su incapacidad para buscar el ideal jurídico; y se acentúa la afirmación diciendo que los tribunales, más que Derecho, (sic) son legalistas. Son tribunales que aplican la Ley. En esta crítica se advierte la serenidad para ingresar al campo del error, porque los Tribunales de Justicia son fieles cumplidores de la Ley, que para ellos sigue siendo la razón escrita y conforme a ella deben resolver los asuntos sometidos a su conocimiento; *sin que estén facultados para despreciar y no cumplir este mandato y acudir a principios de moral o de derecho para expedir su decisión*”²⁹. La frase parece elocuente. Salvo en el evento de oscuridades, la ley se basta a sí misma como único elemento que el juez debe considerar para resolver un caso. La Corte no parece reconocer la presencia de esos principios de derecho y moral en el acto judicial que

²⁸ Un análisis de este aspecto puede consultarse en el artículo del profesor SAMUEL DURÁN “Situación de parejas no casadas en Gaceta Jurídica N° 77, año XI, Santiago, 1986.

²⁹ Un análisis de esta tendencia jurisprudencial puede consultarse en GESCHE, BERNARDO: *Jurisprudencia Dinámica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971.

otorga sentido a la ley. En la posición de la Corte pareciera sostenerse que el sentido de la ley se hace autoevidente al juez, como un puro problema gramatical desligado de consideraciones ético-jurídicas más básicas.

Será motivo de un trabajo diverso el analizar hasta qué punto esta identificación de la ley con el derecho se sigue reproduciendo en nuestras Escuelas de Derecho. En la medida que ello ocurra, la cultura explícita, la explicación dominante, seguirá siendo que los jueces realizan un silogismo lógico, donde la premisa mayor, la ley, no aparece como una construcción compleja y colectiva cuyo sentido construye el juez, sino como algo dado de manera acabada por la obra legislativa.

Cultura implícita: ¿Es esto lo que realmente hacen los Tribunales de Justicia? Vamos a postular nuevamente como hipótesis que no. Que las decisiones reales de los Tribunales no pueden ser entendidas como actuaciones donde quedan ajenas las valoraciones ético-jurídicas del juez y sus intereses personales.

Para postular esta hipótesis sostendremos:

Primero: Que las normas solo se entienden o tienen “sentido” como un intento del legislador por alcanzar un objetivo concreto considerado como bueno a la luz de una opción ética o valórica. Respecto a esta afirmación, diremos que habitualmente los jueces comparten el objetivo concreto y la opción ética presente en la ley. En tales casos, los jueces exponen su decisión como una simple aplicación de la ley, sin enunciar que su conciencia valorativa coincide con la de la norma. Lo habitual es que esta coincidencia se dé. La gran mayoría de las normas se asientan en principios que suscitan un consenso prácticamente universal, al menos entre jueces y abogados. Así ocurre, por ejemplo, con el cumplimiento de los compromisos lícitamente contraídos, con la responsabilidad personal por los actos ilícitos cometidos y otras muchas cuestiones. Nos imaginamos entonces a los jueces resolviendo ciertas culpabilidades penales o el grueso de los juicios eje-

cutivos con plena adhesión personal a las restricciones que la ley impone a sus decisiones. Por desgracia, no toda opción legislativa despierta iguales consensos. El derecho suele regular también aquellas zonas de la vida social en que existe un alto grado de divergencia acerca de las soluciones más deseables. Hay ocasiones entonces en que las valoraciones en que se funda una ley y los objetivos que ella persigue no son compartidos por algunos o todos los jueces. En estos casos, no resulta infrecuente que los jueces simplemente prefieran sus propias opciones a las del legislador, aún cuando continúen presentando sus decisiones como aplicación del “correcto sentido” de la ley. ¿Cómo, si no es de esta forma, puede explicarse cierta jurisprudencia en materia de nulidad de matrimonio, concubinato, recurso de amparo, delito de adulterio, reajustabilidad y otros? En todas estas áreas, ninguna de las respuestas acerca de cómo ordena la vida social despiertan o despertaban un amplio consenso social. El legislador había tomado una opción. Muchos jueces, discrepando de tal alternativa, simplemente validaron como derecho una regla diversa en sus fallos, aún cuando así no lo reconocieran. Así, por ejemplo, si consideramos las opciones del legislador (al menos hasta el reconocimiento de la legitimidad de los hijos concebidos en matrimonio nulo) debemos aceptar que la opción legislativa es claramente la de la indisolubilidad matrimonial. Los jueces, discrepando de tal opción, imponen otra diversa a la sociedad. Podría sostenerse que, al hacerlo, los jueces cogen una opción aceptada como justa por la inmensa mayoría de la población. Ello es irrelevante para los efectos de este trabajo. No pretendemos juzgar si los jueces hacen bien o mal su tarea. Solo describir que lo que realmente hacen no se condice con la forma en que predominantemente se explica su rol. Otro tanto, me parece, sucede con la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de amparo ante las medidas tomadas en conformidad a lo dispuesto en el Art. 24 transitorio de la Constitución. A mi juicio, tal precepto ha generado votos diversos, no porque los Ministros realmente discrepen en cuanto a los resultados que las reglas de la gramática castellana arrojan al ser aplicadas al precepto. Lo que hay es una opción diversa entre los jueces. Para algunos, un determinado orden es tan valioso,

que están dispuestos a honrar la palabra del Ejecutivo de que está amenazada la seguridad nacional para aceptar por ese solo hecho la restricción de la libertad. Otros sitúan en un lugar diverso la balanza entre libertad y “seguridad nacional” y prefieren atribuirse facultades para conocer esas razones de seguridad nacional que invoca el ejecutivo. Otro tanto puede decirse de la jurisprudencia que, contra la opción legislativa, ha, de hecho, reconocido el concubinato para así amparar ciertos derechos de la concubina³⁰, solución que, una vez más, puede justificarse éticamente, pero que parece explicarse necesaria y únicamente como una opción jurisprudencial diversa a la legislativa en un área en que la solución adoptada por el legislador ya no parecía despertar una gran adhesión en la sociedad. Similar situación ocurrió cuando los Tribunales, en los años 60, decidieron aceptar, sin que se hubiera producido un cambio legislativo, la reajustabilidad de las deudas³¹. De análoga forma, ¿es acaso aventurado sostener que la prueba que se exige para dar por acreditado el delito de adulterio no se debe a un criterio judicial que discrepa de la voluntad expresada por el legislador de que se sancionen penalmente tales hechos? Los ejemplos podrían multiplicarse.

Segundo: Tal vez más frecuente que los casos en que los Tribunales realizan una opción valórica diversa a la del legislador sean aquellos en que los Tribunales optan entre diversas alternativas que la legislación deja abierta. Nos referimos aquí a la situación en que el legislador opta por una solución jurídica a la que los jueces adhieren, pero donde esa opción del legislador no es más que un marco que limita, pero no determina, las decisiones jurisprudenciales. La hipótesis sería entonces que los jueces -dentro del marco legislativo- optan conforme a su conciencia valorativa. Ejemplos de esta situación serían la libertad provisional, la fijación de la pena, las garantías

³⁰ Un análisis de este aspecto puede consultarse en el artículo del profesor SAMUEL DURÁN “Situación de parejas no casadas”, en Gaceta Jurídica N° 77, Año XI, Santiago, 1986.

³¹ Un análisis de esta tendencia jurisprudencial puede consultarse en GESCHE, BERNARDO: Jurisprudencia Dinámica. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971.

constitucionales, las atenuantes penales, la responsabilidad extracontractual y otras de similar especie. Podría decirse, por ejemplo, que la interpretación del Art. 8° de la Constitución Política del Estado hecha por el Tribunal Constitucional en el caso de Clodomiro Almeyda está influida por los valores a que adhieren los jueces de dicho Tribunal. Ni el voto de mayoría ni el de minoría dado en dicho caso puede alegar ser más “correcto” o conforme a la ley. Lo que sucede es que en tal caso -como en tantos otros- la ley no es más que un referente que los jueces deben construir conforme-necesariamente- a su propia conciencia valorativa. Otro ejemplo típico es el de ciertas atenuantes penales. ¿Qué elementos objetivos contenidos en la ley permiten concluir que se han constituido, en un caso determinado, las atenuantes de irreprochable conducta anterior del reo o de reparación celosa del daño causado? La jurisprudencia en estos casos es suficientemente errática para poder postular que, más que interpretaciones diversas del lenguaje de dichos preceptos por diversos jueces, estos reconocen o desconocen la existencia de dichas atenuantes según su predisposición personal hacia la protección de ciertos bienes jurídicos, según sus personales sentimientos en cuanto al sentido y méritos de la pena y en consideración a elementos presentes en el caso que no aparecen considerados en la legislación. Una vez más, los ejemplos podrían multiplicarse para ilustrar como las concepciones de equidad del juzgador se encuentran presentes en el derecho que los jueces declaran a diario.

Tercero: En los puntos primero y segundo hemos postulado hipotéticamente que los jueces crean derecho en contra y dentro de los marcos legales. Hemos afirmado también que tal creación está determinada por la conciencia valorativa del juez. Sin embargo, cabría también preguntarse qué otros elementos, además de su conciencia valorativa, vienen a influir en las opciones que toman los jueces. El asunto nos abre una serie de posibilidades teóricas que solo podrían dilucidarse con estudios de las motivaciones y personalidad de los jueces chilenos. El alto grado de jerarquización de nuestro sistema judicial y la ambición de ascender, generalmente presente en los funcionarios judiciales, haría relevante preguntarse hasta qué punto las

decisiones judiciales, en el amplio espectro de discrecionalidad que estas tienen, no se ven influidas por el interés del juez de asegurar su propia carrera. ¿Cuánto influye en cada juez el temor de ser revocado por sus superiores jerárquicos al momento de tomar una decisión? ¿Cuánto influye en las decisiones judiciales el interés por complacer a aquellos que podrían participar en su promoción? Ninguna generalización podría constituir una respuesta satisfactoria a estas preguntas, pero tampoco parece razonable descartar esta hipótesis para su estudio posterior. Los cálculos de estabilidad y ascenso en la carrera judicial deben ser estudiados como un factor que puede influir -más o menos según la personalidad de cada juez- en su actividad de creación jurídica.

Cuarta Hipótesis: La cuarta y última hipótesis de la presente ponencia no es más que un caso particular de la tercera hipótesis ya desarrollada. Como tal, nos limitaremos a su sola enunciación. Diremos que nuestro medio profesional sostiene de manera dominante que la meta de la actividad interpretativa consiste en reconstruir la voluntad histórico-psicológica del legislador. De esta forma, se privilegian los elementos gramaticales e históricos de interpretación y se entiende que a los jueces no les compete una función actualizadora del Derecho. Como lo señala el discurso de inauguración de año judicial de 1970: “Los jueces deben encuadrar sus actos dentro del marco preciso de la ley vigente... y no deben aceptar la violación de esta a pretexto de que las circunstancias la han dejado atrás”³², Tras una concepción de esta naturaleza está la doctrina -harto presente en nuestro mundo profesional- de que la ley no altera sus contenidos en razón de lo que ocurra en su tráfico por el acontecer histórico. Es la noción de que el sentido de la norma no varía con el devenir histórico de hechos que van afectando su significado, sino que queda fija en la intención y contenidos que tuvo al momento de ser dictada.

³² Ver nota 4.

Una vez más, si analizamos lo que realmente se hace en el proceso jurisdiccionales, es posible percibir una contradicción con la explicación dominante: Los Tribunales suelen desempeñar un rol actualizador del derecho. Los ejemplos dados a propósito de la nulidad de matrimonio, del concubinato y de la responsabilidad extracontractual, pueden servir como ilustración de ello.

Reflexión Final: En el afán de describir la cultura dominante en materia jurisdiccional hemos postulado una serie de contradicciones entre la forma que los profesionales del derecho explican la tarea que acometen los Tribunales y lo que estos realmente hacen. Hemos afirmado que las explicaciones dominantes entienden la función jurisdiccional como una de carácter meramente lógica de aplicación de la ley, conducente por tanto a resultados únicos y donde la conciencia valorativa del juez no juega un papel creador o actualizador del derecho. En cambio, hemos afirmado que, en la práctica, la función jurisdiccional es creativa y que la conciencia y voluntad del juez constituyen en parte al derecho que se dice declarar, produciéndose por vía jurisdiccional alteraciones, concreciones y actualizaciones de la obra del legislador. Presente en este trabajo está la hipótesis de que lo que se hace es una necesidad. El carácter de la obra legislativa exige esta obra creativa de los Tribunales.

Ahora bien, si los Tribunales no hacen sino cumplir con una tarea que resulta inevitable, ¿qué importancia tiene que la explicación dominante no la reconozca? ¿Es este un puro problema académico que no acierta a describir lo que realmente sucede? A nuestro juicio, por desgracia, esta contradicción no constituye solo un problema científico, y ello por dos razones fundamentales.

PRIMERA: La labor creativa que acometen los Tribunales no suele ser explicada como tal en sus decisiones. Esta sigue presentándose como la única y correcta interpretación de la ley. Ello implica que en el proceso judicial, en ese diálogo de convicción y decisión que es el proceso, no se discuten ni aparecen con la visibilidad necesaria los verdaderos motivos de la convicción judicial. Estos permanecen

velados en medio de puros argumentos lógicos. Se crean así problemas de transparencia en un proceso que, por su esencia, debiera serlo y de desconcierto de quienes deben intentar adivinar en las sentencias judiciales las verdaderas motivaciones. Con ello se generan suspicacias que en nada ayudan al necesario prestigio de jueces y abogados. La justicia, ejercicio de un poder delegado por el pueblo (conforme a la teoría democrática), se hace más ajeno a su mandante que lo que su aspecto técnico realmente requiere.

SEGUNDA: Si la decisión judicial consiste en un complejo proceso que se produce en el juez y donde confluyen su criterio jurídico, su conocimiento de la ley, sus intereses, sus valoraciones, sus prejuicios, su percepción de lo que es bueno y conveniente, etc., el hecho de que la teoría explique sus decisiones solo como un acto de conocimiento de hechos y ley, hace que los jueces frecuentemente deslicen sus propios intereses, prejuicios, voluntad y convicciones morales sin conciencia de estarlo haciendo. Ello implica que estos elementos se podrían deslizar en las sentencias sin que los jueces le sometan a un examen, propio y de terceros, para así discutir con otros y revisar en la propia conciencia la legitimidad con que tales elementos se incorporan a los fallos. En la inocencia de la inconciencia, el juez dejaría de someter así a crítica y a autocrítica sus propias valoraciones, intereses y opciones, las que, sin duda juegan un rol fundamental en cada una de sus decisiones.



La función del Abogado

Francisco Cumplido¹

En la parte final del Documento Base de este Seminario, redactado por Agustín Squella, se contiene la única hipótesis de ese mismo documento acerca de la función del abogado en la cultura jurídica chilena.

Quisiera recordar, sin embargo, que esta hipótesis ha determinado y limitan sido propuesta sobre algunas bases que su alcance. Así, por ejemplo, la hipótesis referida dice relación únicamente con la cultura jurídica interna y, en consecuencia, ella refleja tan solo lo que los especialistas, o profesionales del derecho, piensan en Chile acerca de la función del abogado. Por lo mismo, la hipótesis alude a cómo se ve la función del abogado por los propios abogados, como también por los jueces y profesores de derecho, y no a cómo se ve dicha profesión por el grueso de la sociedad. Este alcance metodológico lo consideramos importante, porque en la parte de su diagnóstico relativo a los abogados, el Documento Base, y la hipótesis que estamos comentando, se limitan a lo que acabo de explicar.

Por otro lado, también sabemos lo que la sociedad chilena, globalmente considerada, piensa acerca de los abogados, porque disponemos de estudios e investigaciones realizadas en tal sentido. Si ustedes recuerdan, el CEREN y el CIDU, de la Universidad Católica, realizaron investigaciones empíricas, sobre la base de encuestas, en la que se contenía una pregunta que inquiría acerca de cómo ve la sociedad chilena a los abogados. También encontramos respuestas semejantes en encuestas hechas actualmente, aunque hay que tener en cuenta la distorsión que significa hacer una encuesta bajo la permanencia de un régimen autoritario. Sin embargo, creo que no vale

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2005.

la pena traer a cuento tales respuestas, porque no constituyen la materia de nuestro análisis en este momento.

Con todo, habría que decir que la percepción de la sociedad respecto de la función del abogado, tanto ayer como hoy, no es favorable. Yo diría que Carabineros de Chile despierta mayor confianza que los abogados... Y esto último se puede percibir en respuestas directas, obtenidas en encuestas que han comprendido universos muy ilustrativos.

Pero ya hemos dicho anteriormente que en esta oportunidad nuestro objetivo de análisis es la cultura jurídica interna, o sea, cómo ven a los abogados los propios abogados que ejercen la profesión, como también los jueces, los profesores de derecho, los estudiantes.

La hipótesis propuesta en el documento antes mencionado señala cuál es el modo de pensar más compartido, acerca de la función del abogado, por parte de los propios abogados y de sus clientes.

De partida, habría que dejar establecido que la expresión “clientes” hay que entenderla aquí en un sentido amplio, esto es, relativa al particular que recurre a un abogado en relación con un negocio jurídico cualquiera, como asimismo al particular que se asiste de un abogado para ser defendido ante los tribunales o ante la Administración del Estado. Pero, además, son clientes del abogado la propia Administración del Estado -que es constantemente asesorada por abogados, lo mismo que el Gobierno-, como también las organizaciones sociales intermedias, tales como las empresas, los sindicatos, las corporaciones y fundaciones y otros tipos de personas jurídicas, que recurren habitualmente ante el abogado en condición de clientes.

El planteamiento de la hipótesis del Documento Base de este Seminario nos dice que la profesión jurídica de abogado, en sus manifestaciones principales de abogar, negociar, aconsejar y gestionar, tiene en nuestro medio una característica común, cual es la de que la figura del abogado es percibida como encarnación y representación

antes de los intereses de su parte -el particular, el gobierno, la Administración, la empresa, el sindicato, la persona jurídica, etc.,- que de los intereses que puedan concernir al sistema legal en su conjunto.

Tal es la hipótesis que se propone a vuestra consideración, aunque hay que establecer ahora qué entendemos por “sistema legal”, para lo cual podemos recurrir al modo como Lawrence Friedman emplea esta expresión en su trabajo “Cultura legal y desarrollo social”. Friedman entiende que el sistema legal está constituido por tres tipos de elementos -estructurales, culturales y sustantivos-, que son precisamente los que tenemos que tener en cuenta para analizar la hipótesis que hemos planteado anteriormente.

Respecto al elemento estructural, ¿qué somos los abogados dentro de la estructura del sistema legal? Desde luego, parece existir bastante unanimidad en considerar al abogado como un defensor de los intereses de cualquiera de las clases de clientes que mencionamos antes, aunque se trata de un defensor al que se ha dotado de un status especial que, en mi opinión tiene un triple aspecto.

En primer lugar, la función del abogado, ha sido elevada al rango de una función constitucional importante, cual es la de asegurar el derecho de defensa de los habitantes, personas o ciudadanos. Y a tal punto llega la percepción que se tiene de esa alta función del abogado, que la propia Constitución Política del año 1980, en su Artículo 19, número 3, consagra en forma explícita el derecho de defensa jurídica: “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale”, dice esta disposición constitucional. Y obsérvese ahora lo que ese mismo artículo agrega: “Ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiera sido requerida”. Sin embargo, hay enseguida una excepción: “Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos”.

Así, el principio general, reconocido constitucionalmente, es el derecho de defensa jurídica por el letrado; en consecuencia, la función del abogado es una función de autoridad de rango constitucional. Todavía más; se trata del único título profesional que es otorgado por un Poder del Estado, concretamente por la Corte Suprema, lo cual le otorga una segunda característica de importancia a la función del abogado.

Y una tercera característica importante de la función del abogado desde el punto de vista de los elementos estructurales del sistema legal, consiste, por su parte, en que el abogado, por regla general, goza de exclusividad en esta misma función, lo cual quiere decir que la tarea de defensa jurídica por parte de un letrado se reserva al abogado que ha sido investido como tal por la Corte Suprema.

Me parece importante tener en consideración estas características que hemos señalado, porque ellas tienen efectos y consecuencias de importancia. Sin embargo, en muchos de los elementos estructurales de nuestro sistema legal, lo que se dice de ellos no es siempre igual a lo que la realidad muestra. Y esto último acontece también con la función del abogado, según voy a intentar probar más adelante.

Quisiera traer a colación otro punto: comparto plenamente la afirmación hecha esta mañana en el presente Seminario por el Presidente de la Asociación de Magistrados, en el sentido de que la función de los jueces -como también la del abogado- deben ser analizadas en el contexto en que una y otra tienen lugar. Y si bien muchos de los factores que integran la cultura jurídica chilena son evidentemente anteriores al régimen autoritario iniciado el 11 de septiembre de 1973, resulta incuestionable que este régimen, así como el contexto político general del país, han encuadrado -por decirlo así- tanto las funciones del juez como las que corresponden al abogado, a lo menos en el sentido de que ambos han estado sujetos a un conjunto de presiones en el desempeño de sus respectivas labores.

De tal modo, uno de los elementos que hay que considerar para analizar tanto la función de los abogados como la de los magistrados, es el hecho de que hemos vivido catorce años bajo el imperio de un régimen autoritario. Y voy a ofrecer enseguida un ejemplo sobre el particular, aunque les ruego que me perdonen por referirme a una situación personal.

Frente a la situación producida respecto de los derechos humanos con posterioridad al 11 de Septiembre de 1973, los abogados que interveníamos en tal situación, defendiendo a personas que eran afectadas en sus derechos fundamentales, decidimos un día reunirnos para analizar qué podíamos hacer para mejorar esa misma situación. Como producto de esa reunión, nos dijimos que lo mejor era plantear derechamente la situación que estábamos conociendo con motivo de nuestro ejercicio profesional a las autoridades del país, y prescindiendo, dada la gravedad del asunto, de toda discusión acerca de los problemas de legitimidad de tales autoridades. Nuestra aspiración, por último, fue que el documento que entonces redactamos para las autoridades, pudiera llevar la firma de al menos unos cincuenta abogados de Santiago. Debo advertir que nos encontrábamos en el mes de noviembre de 1973 que lo único que nos proponíamos con nuestro documento era dar cuenta de la situación que percibíamos en materia de derechos humanos y ofrecer, por cierto, algunas posibles soluciones.

Y paso a narrar dos hechos, para que ustedes vean cómo encuadra y enmarca la presencia de un régimen autoritario.

Primero, solo conseguimos la firma de doce abogados, ¡doce!

Segundo, y en cuanto a la recepción que las autoridades dieron a nuestro documento -que dirigimos al Presidente de la Corte Suprema, al Presidente de la Corte Suprema, al Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, al Presidente del Colegio de Abogados, al Ministro de Justicia y a la propia Junta de Gobierno-, puedo referirles lo siguiente:

El Presidente de la Corte Suprema nos devolvió el documento, o sea, lo que dio por no recibido. De las otras autoridades unipersonales no obtuvimos respuesta. En cuanto a la Junta de Gobierno, nos citó a su despacho a los firmantes del documento. Sin embargo, a la hora de la citación llegó oportunamente solo uno de estos, el cual fue recibido de pie, increpando y acusado de no entender lo que estaba pasando en el país, y amenazado. La amenaza se cumplió porque dos de los firmantes fueron más tarde exiliados.

El episodio anterior que he traído a colación puede demostrar a ustedes cuánto afecta a la función del abogado el régimen político imperante.

Otro factor que influye también en el comportamiento profesional del abogado en la hora actual, además del contexto político, es el contexto económico-social, porque una función como la del abogado depende mucho de cuál sea el sistema económico y los valores y bases fundamentales de este mismo sistema.

El régimen económico que hemos tenido en estos últimos años considera que nuestra profesión es competitiva. El cliente la competencia, a quién elige para cumplir con alguna de las es el que determina entonces, libremente, sobre la base de funciones de la profesión. Y para facilitar esta situación, se procede a regular la profesión en dos aspectos fundamentales.

En primer término, el arancel libre, lo cual quiere decir que cada cliente conviene directamente con su abogado el honorario de este, sin sujetarse al arancel que existió sobre el particular, o sea, sin sujetarse a los mínimos exigibles para mantener, en mi opinión, el decoro y la responsabilidad en el ejercicio profesional.

Y en segundo lugar, se priva a los Colegios Profesionales de la facultad de ejercer jurisdicción disciplinaria sobre sus respectivos afiliados, entregándose esta jurisdicción a los tribunales ordinarios. Sin embargo, en la práctica, tal como sabemos todos los dirigentes de

Colegios Profesionales, son contados con los dedos de la mano los casos en que una persona afectada por el desempeño profesional de alguien ha recurrido a los tribunales ordinarios.

Por una circunstancia tal vez de mera tradición, el Colegio de Abogados continúa recibiendo reclamos y los abogados generalmente aceptan la jurisdicción disciplinaria del Colegio, voluntariamente, e incluso a pesar de no se, muchas veces, asociados. Pero, por otro lado, hay un número importante de abogados que no aceptan la jurisdicción disciplinaria del Colegio.

Por lo dicho antes, este contexto económico-social, en que se desarrolla la profesión está afectándola fuertemente, puesto que, por un lado, existe absoluta libertad para convenir honorarios y, por otro, no hay una jurisdicción disciplinaria obligatoria de parte del Colegio de Abogados que permita velar por la corrección ética de la profesión.

Yo preguntaría, incluso, ¿enseñan las Universidades, en sus Escuelas de Derecho, el Código de Ética Profesional? ¿Existe siquiera una asignatura de Ética Profesional?

Yo diría que con excepción de algunas Universidades, y de ciertos períodos, la asignatura de Ética Profesional, como tal, no se enseña actualmente en nuestras Escuelas de Derecho, o sea, no hay propiamente una formación de los futuros profesionales en materia de Ética de la profesión de abogado. Sin embargo, nos parece que la dimensión ética de esta profesión está muy arraigada en la cultura jurídica chilena, aunque a veces uno tiene la sensación de que esto ocurre más bien al nivel de lo que se dice antes que a lo que se hace realmente en la práctica.

El Colegio de Abogados, como se sabe, aprobó un Código de Ética Profesional, que lleva la firma de ilustres abogados chilenos. A mí me parece que la sola mención de estos nombres es expresiva de lo que significó para nuestra profesión la aprobación de un Colegio de esta naturaleza. Firman este Código don Oscar Dávila, don Carlos Estévez, don Arturo Alessandri, don Humberto Alvarez, don Luis Ba-

rria Errázuriz, don Guillermo Corres Fuenzalida, don Osvaldo Hevia, don Pablo Langlois, don Pedro Lira Urquieta, don Lindor Pérez, don Rafael Moreno, don Leopoldo Ortega, don Antonio Ramírez, don Germán Riesco, don Enrique Rossel, don Ernesto Silva, don Ignacio Ureta y don Raúl Varela.

Este Código de Ética vigente -porque la ley que privó a los Colegios Profesionales de facultades disciplinarias señaló que los estatutos en materia de Código de Ética continuarían como tales-, contiene una reafirmación de lo que hemos señalado antes en cuanto a describir la profesión de abogado como una función de defensa. Sin embargo, agrega algo que me parece decisivo: que el abogado es un servidor de la justicia y un colaborador en la administración de esta.

El Código Orgánico de Tribunales, como ustedes recuerdan, ha dicho que el abogado es la autoridad investida de la facultad de defender a las personas ante los tribunales. Y el Código de Ética nos dice, por su parte, que el abogado es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración, y que la esencia de su deber profesional es defender empeñosamente, con estricto apego a las normas jurídicas y morales, los derechos de su cliente. Obsérvese bien, en conservidor de la justicia y un colaborador en la administración secuencia: lo primero que se plantea es que el abogado es un de esta y que si la esencia de su deber profesional es defender a su cliente, ello ha de ser con estricto apego a las normas jurídicas y morales.

Lo anterior quiere decir que la concepción que el Código de Ética Profesional tiene del abogado va indudablemente más allá de la imagen actual que de este profesional se posee como un simple defensor de los intereses de su cliente, según lo propone la hipótesis que nos encontramos examinando. Repito que se considera al abogado como un servidor de la justicia, añadiéndose todavía algo muy importante: que el abogado debe proceder con apego a las normas jurídicas y morales.

Sin embargo, si se contrastan esas declaraciones con la realidad actual, puede comprobarse, según veremos a continuación, que

hoy los abogados aparecen antes defendiendo los intereses de sus clientes que los que dicen relación con el sistema legal en su conjunto.

Desde luego que los abogados tienen la obligación de combatir, por medios lícitos, la conducta moralmente censurable que puedan observar tanto los jueces como sus propios colegas. Y el Código dice que el abogado debe obrar con honradez y buena fé, que no ha de aconsejar actos fraudulentos, que no puede afirmar falsedades ni hacer citas inexactas o tendenciosas, ni realizar acto alguno que estorbe la buena y expedita administración de justicia.

¿Contrastemos lo anterior con la realidad?

Si lo hacemos, podremos comprobar, por ejemplo, como colegas nuestros reconocen a veces que el cliente de la parte contraria tiene la razón en derecho, pero, acto seguido, le amenazan con demorar diez años el juicio respectivo si no se allana a aceptar el 40% de lo que se le debe. Esto se puede ver claramente en el comportamiento habitual de los abogados que defienden los intereses de asociaciones de microbuseros en relación con los cobros de indemnizaciones por accidentes causados por sus asociados.

Pasando a otro asunto, cabría preguntarse ahora cómo ven los jueces a los abogados. ¿Nos ven realmente cómo colaboradores suyos en la administración de la justicia? ¿O nos ven, en cambio, como los grandes estorbos para la buena administración de justicia?

Quiero narrarles sobre el particular una experiencia personal. Yo, que me dedico más a la actividad académica que profesional, alego solo circunstancialmente ante los tribunales. Sin embargo, en una oportunidad, por tratarse de un asunto que estimé de mucha gravedad, acepté alegar ante la Corte Suprema un recurso de protección. Debíamos alegar tres abogados y a mí me correspondió hacerlo en primer lugar. El Presidente de la Sala interrumpió varias veces mi alegato, pidiéndome que fuera al fondo del asunto, que era, según creo, lo que yo justamente hacía, y así se lo dije al Presidente. Los

otros ministros no intervenían y solo se limitaron a mirar al Presidente de la Sala, quién exclamó en un momento: “Bueno, siga abogado”.

Lo anterior, claro está, no tendría mayor importancia, salvo que al momento de ir a informarnos sobre el fallo de la Corte, otro de los colegas en el mismo asunto me dijo lo siguiente: “El Presidente de la Sala te mandó este recado: digale al señor Cumplido que nosotros no tenemos tiempo para estudiar los complejos problemas constitucionales que nos plantea”.

Bueno, yo tenía la idea de que estaba colaborando con la Administración de Justicia en ese caso particular, lo cual me obligaba a hacerme cargo de toda la complejidad del asunto, pero aparecía ante el Presidente de la Sala respectiva como un abogado que lejos de ayudar estaba al parecer creando problemas...

Y un segundo caso, también personal: acabo de alegar un recurso de protección que afectaba a una Universidad respecto de la cual una Corte había ordenado que la fuerza pública estuviera permanentemente dentro de ella, a fin de asegurar la autonomía académica. Alegué la causa y mi colega contradictor afirmó en un momento que la Universidad había sido ocupada con violencia. Yo estimé necesario rectificar esta última afirmación, para ajustarme a la verdad de los hechos, y dije por mi parte que la Universidad había sido ocupada en efecto, aunque pacíficamente, esto es, sin violencia. Bueno, el hecho fue que se rectificó la sentencia por mayoría de votos, pero el único Ministro que votó en contra, me mandó decir que si él había votado así era porque yo había dicho que Universidad había sido ocupada pacíficamente. Esto último quiere decir, entonces, que si yo hubiera callado este hecho, faltando a la verdad, él habría votado a favor. Entonces me pregunto, ¿cómo nos ven los jueces?, ¿cómo colaboradores o cómo estorbos?

No quisiera traer a cuento a otros episodios semejantes, aunque tengo la intuición de que los abogados, en cuanto no colaboran con la justicia, en cuanto dilatan innecesariamente los asuntos y utilizan

recursos y medios que no corresponden, han ido favoreciendo una imagen desfavorable de sí mismos dentro de la administración de justicia. Pero, por otro lado, también desanima que a un abogado los jueces le manden recados como los que yo recibí en los casos anteriores, solamente porque uno ha tratado efectivamente de colaborar y de estudiar más el asunto controvertido.

Contrastemos ahora, aunque no quiero cansarlos, otra de las declaraciones del Código de Ética con la realidad. Dice el Código: “el abogado que en el ejercicio de su profesión cohecha a un empleado o funcionario público, falta gravemente al honor y a la ética profesionales”. Y agrega que “el abogado que se entera de un hecho de esta naturaleza realizado por un colega, está facultado para denunciarlo a quién corresponda”.

Sin embargo, todos hemos escuchado lo que ocurre en este respecto en materia penal, puesto que a veces se paga por acceder al conocimiento del sumario, o bien piezas de un sumario aparecen publicadas en la prensa antes de que se haya dado acceso a las partes a su conocimiento. ¿Y esto se debe a qué? Yo pienso que, en primer lugar, al contexto a que aludíamos antes; segundo, a que los abogados no están hoy sujetos a un control efectivo en su ejercicio profesional, y, tercero, a que al no haber un arancel y al estar los abogados dispuestos a defender a su cliente a toda costa, recurren a veces a procedimientos reñidos con las normas jurídicas y con los principios éticos que regulan la actividad profesional. Por otra parte, está también el problema de las remuneraciones de los funcionarios judiciales, que no son compatibles con la dignidad y responsabilidad de sus funciones. Entonces, como se ve, se produce una situación que en verdad es muy compleja.

Por último, quisiera referirme a la frecuencia con que se escucha decir a los abogados que no asumirán determinada defensa, o que la dejarán después de haberla asumido, sencillamente porque otro colega se encuentra en mejor situación que ellos, en punto a sus relaciones, para tener éxito en el asunto de que se trate.

Lo anterior ilumina acerca de que, a veces, el éxito de una gestión no depende de la validez de los conocimientos del abogado ni de los principios en juego, sino, simplemente, de las relaciones con que se cuente. En verdad, no es posible que la gente deba buscar abogados “muy bien relacionados” como garantía de que solo así obtendrá lo que pretende de la Administración del Estado o de a propia Administración de Justicia.

Otro aspecto de los problemas de obstrucción de la defensa que los abogados llevan a cabo, se relaciona con los juicios que afectan a los derechos humanos.

El Colegio de Abogados acaba de pronunciarse sobre el reiterado procedimiento empleado por algunos jueces militares y fiscales en orden a recurrir directamente a la Superintendencia de Bancos para obtener informaciones relacionadas con cuentas corrientes y depósitos bancarios, en circunstancias de que la Constitución Política vigente, en su Artículo 19, número 4, establece, como principio general, el derecho a la intimidad y el respeto y protección de la vida privada y pública. De este modo, y en atención a la existencia de normas legales explícitas sobre la materia, es preciso que alguien tenga determinada situación procesal para que un juez, sea ordinario o militar, pueda pedir informes sobre su cuenta corriente bancaria. Entonces, cuando esa situación no se da, algunos jueces militares recurren a la Superintendencia de Bancos, la cual, como entidad fiscalizadora, ordena a los Bancos, la cual, como entidad fiscalizadora, ordena a los bancos proporcionar dicha información, y, por cierto, solo los fiscales de banco dotados de mucha entereza han sido capaces de negar la procedencia de una información semejante.

El Colegio de Abogados tiene sobre dicha materia un antiguo fallo de don Arturo Alessandri Rodríguez, que recae, precisamente, sobre la relación entre el secreto profesional y el secreto bancario. El Colegio ha invocado este fallo amparado a los abogados, basándose en ese mismo fallo. Pero es difícil pensar que los bancos van a respaldar a los fiscales que han sido capaces de aferrarse a la buena doc-

trina, porque lo más probable es que cedan ante la presión de la entidad fiscalizadora, aunque esta actúe en este caso desviándose de sus fines y objetivos específicos.

Por último, y en otro orden de cosas, cabría preguntarse también si algún asesor jurídico del gobierno o de la administración representa efectivamente a los gobernantes los efectos jurídicos que pueden seguirse de toda la grave distorsión que significa el traspaso de competencia en determinados asuntos a la justicia Militar, o si hay un asesoramiento efectivo cuando se dictan leyes que establecen, por ejemplo, que un juez ordinario no puede practicar un allanamiento a un local policial si no es actuando a través de esa misma Justicia Militar.

Es evidente que en tales casos los abogados respectivos han tenido en cuenta antes el interés de su cliente -en este caso, el Gobierno- que los principios de justicia a los que deben servir, porque han aceptado que la ley se emplea nada más que como un instrumento del poder, como un simple medio para legitimar los actos de la autoridad.

Por tales razones y antecedentes, entre otros, es que hemos estimado que constituye un rasgo de la cultura jurídica interna en nuestro país la convicción acerca de que las funciones del abogado fundamentalmente dirigidas están a la defensa del interés de su cliente y de su parte, y solo por excepción relacionadas con el sistema jurídico general.

Muchas gracias.



La necesidad de la modificación de la Ley 1376/88 de Honorarios de Abogados y Procuradores, en procesos o causas penales

Arnulfo Arias¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2010.pdf. (Pág. 41)



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2010.
Miembro del Tribunal de Apelación en lo Criminal. Cuarta Sala. Capital.

Aportes del Derecho Latinoamericano al Derecho Internacional

Elodia Almirón Prujel¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2010.pdf (pág. 45).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2010.

Profesora Adjunta por Concurso de Méritos y Aptitudes. Catedra de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

La incompatibilidad para el ejercicio de la abogacía o los parlamentarios litigantes

Arnaldo Martínez Prieto¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2011.pdf. (pág. 43).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1 – 2011.
Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Tercera Sala.
Capital.

El derecho a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado como estándar de interpretación conforme y convencional

Horacio Antonio Pettit¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2013.pdf. (pág. 27).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2013.

Abogado por la Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Derecho Ambiental y Doctorando en Derecho. Despachante de Aduanas. Maestro Mayor de Obras. Exjuez sumariante. Docente de universidades privadas y auxiliar en la Universidad Nacional de Asunción. Consultor y asesor de diversos organismos del Estado (IBR-Indert, Conam, Ministerio de Agricultura y Ganadería, Hon. Cámara de Senadores, Vicepresidencia de la República) y de entidades privadas (Asociación Rural del Paraguay, IICA, FAO-Py, FIDA Mercosur, Arzobispado de Asunción, Colegio de Contadores del Paraguay, entre otras). Asesor editorial. Socio fundador de la Sociedad Paraguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Director Ejecutivo de la Fundación “Vivir Mejor”. Asesor de la Cámara de Pequeñas y Medianas Empresas de Formosa. Presidente de la Comisión de Capacitación Jurídica de la ONG Ciudadanos Siglo XXI. Tiene publicadas más de veinte obras entre compilaciones, colaboraciones, actualizaciones y textos de estudio.

Análisis Jurídico-Objetivo sobre los adultos mayores en la legislación nacional y comparada. Reflexiones y propuestas

Dra. Mirtha Beatriz González de Caballero¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2013.pdf. (pág. 23).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2013.

Miembro del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia. Miembro interina del Tribunal de Apelación Penal, Tercera Sala. Abogada, Notaria y Escribana Pública; Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Pilar. Magister en Planificación y Conducción Estratégica Nacional, por el Instituto de Altos Estudios Estratégicos –Promoción XLIII/11. Especialista en Niñez y Adolescencia, con Énfasis en Políticas Públicas, por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Instructora en Derechos Humanos, del Instituto de Capacitación en Dd.Hh. de la Defensoría del Pueblo. Diplomada en Pedagogía y Didáctica Superior Universitaria, por la Universidad Iberoamericana. Diplomada en Derecho Penal Juvenil, de La Escuela Nacional de La Judicatura - República Dominicana. Periodo Julio/ Noviembre - Año 2007. Maestría en Derecho Penal (Parte General), Metodología del Derecho y Técnica Jurídica, dictado por el Prof. Dr. Jur. Wolfgang Schöne, febrero/diciembre del año 2006.- Docente del Curso de Postgrado, de Maestría y Doctorado, desarrollado por la Universidad Nacional de Pilar. Titular de la Cátedra de Derecho de La Niñez y la Adolescencia (Universidad Autónoma de Asunción), de la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones (Universidad Autónoma de Asunción).

Orígenes de la doctrina del Disregard of the Legal Entity en los Estados Unidos

Pablo Costantini¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2016.pdf. (pág. 21).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2016.

La Doctrina del Disregard of The Legal Entity en el Derecho Inglés

Pablo Costantini¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2016.pdf. (pág. 33).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2016.

Enemistad, Odio o Resentimiento vs. Imparcialidad

Marcela Gómez Navarro¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2016.pdf. (pág. 19).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2016.

DERECHO Y SU RELACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS

Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Visión crítica de la justiciabilidad de los mismos

María Elodia Almirón Prujel¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_4_2017.pdf. (pág. 19).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-2017.

Doctora en Ciencias Jurídicas, UNA (2004). Beca postdoctoral, Fundación Carolina/UNA/Universitat Pompeu Fabra (2009). Magistrada de Alzada, Segunda Sala, Civ. y Com. Circuns. de Central.

DERECHO Y SU RELACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS

De la crisis a la institucionalización del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados

Cristian Daniel Kriskovich¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_4_2018.pdf. (pág. 19).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-2018.

Abogado. Profesor de Derecho Civil V — Sucesiones, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Sede Regional Asunción. Profesor de Legislación Laboral y Seguridad Social en la Facultad de Ciencias Contables y Administrativas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Sede Regional Asunción. Miembro titular del Consejo de la Magistratura. Miembro titular del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Presidente del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, período 2017-2018.

La Jubilación de los Magistrados, Defensores Públicos, Actuarios, Fiscales y empleados del Poder Judicial

Prof. Carlos Sosa Jovellanos¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2020.pdf. (pág. 17).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2020.

Abogado de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor de Introducción al estudio de las Ciencias Jurídicas y de Derecho Tributario (ambos de la Universidad Nacional de Asunción). Vice Ministro de la Subsecretaría de Estado de Tributación (1989-1990, 1993-1994). Co-redactor de la Ley 125/91 “Establece el Nuevo Régimen Tributario” y de la Ley 2421/04 “Reordenamiento Administrativo y Adecuación Fiscal”.

¿Qué es el Ciberdelito?

Rocío Carolina Pérez Tenace¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_1_2021.pdf. (pág. 23).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2021.

Abogada Universidad Nacional de Asunción (cuadro de honor año promoción 2000). Escuela Judicial – Consejo de la Magistratura (promoción 2001). Metodología del Derecho y Técnica Jurídica – Prof. Dr. Wolfgang Schone (año 2005). Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal – Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (año 2007). Posgrado Intensivo Sistema Penal Cuestiones Fundamentales – Universidad de Buenos Aires Argentina (julio/agosto 2008). Curso sobre Daños de la Escuela Complutense – Universidad Complutense de Madrid – España (julio 2011). Curso sobre Derechos de Autor en el siglo XXI de la Escuela Complutense – Universidad Complutense de Madrid – España (julio 2012). Posgrado Cuestiones actuales de la Responsabilidad Civil – Escuela Complutense Latinoamericana – Universidad de Buenos Aires Argentina (febrero - marzo 2013). Curso de Formación Continua y Actualización en Derecho Penal y Procesal Penal - Escuela Judicial – Consejo de la Magistratura (año 2013). Curso Economía Circular: Consumiendo Sustentablemente – modalidad virtual – organizado por la Escuela Argentina de Educación al Consumo carga horaria de 20 horas cátedra (Marzo/Abril 2020). Curso La Protección de los Consumidores frente al Coronavirus – modalidad virtual - organizado por la Escuela Argentina de Educación al Consumo (Junio/Julio 2020). Curso de Ciberdelito y Prueba Digital en Paraguay – La Ley Paraguaya – carga horaria de 40 horas cátedra (octubre/diciembre 2020). Colaboradora en el capítulo denominado Crónicas de Actualidad – país Paraguay – del Anuario de la Propiedad Intelectual correspondientes a los años 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019 – Director Eduardo Serrano Gómez – Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid – Editorial Reus – Madrid España.

La aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. (TRHA). La fecundación in vitro (FIV). El consentimiento informado. Derecho a la identidad e información.

Carmen Edith Ecurra Páez¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_3_2021.pdf. (pág. 19).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 3-2021.

Abogada. Egresada de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, con Mención de honor, de la Promoción 2003. Posgraduada de la Escuela Judicial (Promoción XIII). Especialista en Didáctica Universitaria (2014). Especialista en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia (2017). Magister en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia, Especialista en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia (2018). Doctorando en Ciencias Jurídicas. Ejerce la profesión en el Estudio Jurídico Ecurra Paéz & Asoc. Áreas de Práctica: Derecho Civil; Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia, Penal Adolescente. Derecho Societario; Licitaciones Públicas; Marcas; Patentes; Derecho de las Comunicaciones; Leasing; Derecho Laboral.

El fortalecimiento institucional del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados

Fernando Silva Facetti¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_4_2021.pdf. (pág. 23).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-2021.

Análisis jurídico y jurisprudencial de la protección de la Marca Notoria en Paraguay

María Gabriela Talavera García¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_2_2022.pdf. (pág. 17).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2022.

Abogada (Universidad Nacional de Asunción), Especialista en Didáctica Superior Universitaria (UNIBE), Magister en Propiedad Intelectual (Programa conjunto de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Universidad de Turín), Diplomado en Propiedad Intelectual (Universidad Austral de Buenos Aires), ex becaria de la OEA en el Programa “Licensing Academy in Intellectual Property and Technology Commercialization” (Universidad de California). Actualmente se desempeña como Directora de la Dirección de los Derechos de la propiedad intelectual de la Corte Suprema de Justicia. Correo: m_talavera@pj.gov.py

Monografías

Los Nfts y el derecho de Propiedad Intelectual Paraguayo

Pedro Lacasa¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_4_2022.pdf. (pág. 15).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-2022.

La mala fe como causal de nulidad

Rebeca Salemma¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_4_2022.pdf. (pág. 25).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-2022.

La problemática del quantum indemnizatorio en los derechos de Propiedad Intelectual

Alejandro Morra¹

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_4_2022.pdf. (pág. 38).



¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 4-2022.

