

EL MITO DEL MANDATO

*Manuel Riera Domínguez*¹

SUMARIO

En la tarea diaria, cada quien hace de su tiempo lo que quiere. Todos tenemos todos los días 24 horas para utilizarlas como mejor nos parezca. En esta oportunidad, propongo utilizar nuestro tiempo para repensar algunas cosas. Cada quien, sin conciencia, acostumbra y tiene el hábito de dar por sentadas muchas cosas. De hecho, es necesario que así sea, pues la estabilidad es la base para construir nuevas cosas. Aquí, sin embargo, pretendo revisar una de esas cosas. La relación de mandato de los ciudadanos con sus gobernantes.

En nuestras relaciones diarias, los abogados hacemos uso cotidiano de vocabulario común como cualquier persona profana al Derecho. Pero también hacemos uso de un lenguaje técnico como cualquier otro profesional. La técnica del lenguaje no es otra cosa que una herramienta que pretende evitar y reducir al máximo posible la ambigüedad de los fenómenos que describimos cuando hablamos, reduciendo su polisemia y unificando los conceptos a los que referimos cuando trabajamos. Este fenómeno de describir con la misma palabra varios fenómenos puede aceptarse en la jerga, no así en la técnica profesional. Más aún si ésta pretende o aspirar en convertirse en ciencia.

1. Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (UNA). Magíster en Derecho Procesal por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Rosario (UNR).

Aquí propongo repensar el significado que damos a la relación de los ciudadanos con sus gobernantes. Si revisamos la naturaleza jurídica de esta relación y, con ella, delimitamos correctamente su esencia, fijar sus efectos jurídicos y la trascendencia de sus consecuencias será más fácil y asequible, pues habremos mejorado con ello el diálogo y la discusión jurídico política que tenemos día a día, sobre cómo debe ser y qué se debe hacer para mejorar dichas relaciones. Este artículo busca eso. No pretende dar una solución, sino –por el contrario– facilitar el diálogo y la discusión, ofreciendo una manera para ponernos primero de acuerdo en lo que hablamos.

ABSTRACT

In daily life, everyone does what they please with their own time. We all have 24 hours every day to use them as we deem best. On this occasion, I propose to use our time to rethink certain things. Each person, unaware of it, assumes and takes a number of things for granted. In fact, this is necessary, because stability is the basis to build new things on. Here, however, I intend to revise one of these things; the mandate from the citizens to the authorities.

In our daily relations, lawyers make daily use of common vocabulary such as any person unfamiliar with the law. But, at the same time we make use of a technical vocabulary as any other professional. The technique of language is nothing but a tool that intends to prevent and reduce ambiguity of the phenomenon we describe when talking to the greatest extent possible, reducing polysemy and unifying concepts we refer to when working. This phenomenon of describing a number of phenomena with the same concept may be accepted in jargon but not in professional technical. Even more so if it is intended to become a science.

I propose a rethinking of the meaning we give to the relation among citizens and the authorities. If we revise the legal nature of this relation and, thus, determine its essence, fix its legal effects and the significance of its consequence it would be easier and we would have improved dialog

and legal-political everyday discussion, on how and what to do to improve these relations. This paper does not aim at that. It does not intend to provide for a solution, but –on the contrary– promote dialog and debate, offering a way to be in agreement on what we are discussing in the first place.

Desde que tengo uso consciente de la memoria, me hablaron del *mandato*. Fui a la Universidad, a las clases de Derecho Civil, de Derecho Político, de Derecho Constitucional y me hablaron del presidente, el “*Primer Mandatario*”. Voy a las tertulias, a los círculos que discuten temas políticos; escucho las noticias o los discursos parlamentarios y oigo que quienes ocupan el Gobierno “*son nuestros mandatarios*”, porque nosotros –el Pueblo– “*somos sus mandantes*”. ¿Qué pasaría si les dijere que tal “mandato” no existe jurídicamente en las relaciones de los gobernantes y sus ciudadanos? Que lo que nos enseñaron y lo que leemos o escuchamos es una simple repetición inconsciente e infundada de una figura jurídica hoy superada. Un mito.

Empezaré por el lenguaje común, el de la jerga. El *mandato* en el lenguaje común significa orden o precepto que el superior da a los súbditos (1); orden dada a un aparato para que realice una determinada operación (2); título dado en otro tiempo al rito de la liturgia católica que se celebra en la misa vespertina del Jueves Santo y en el que se lavan los pies a doce varones, en memoria de lo que hizo Jesucristo con los doce apóstoles en la última cena (3); sermón que con este motivo se predica (4); encargo o representación que por la elección se confiere a los diputados, concejales, etc. (5); período en que alguien actúa como mandatario de alto rango (6); contrato consensual por el que una de las partes confía su representación personal, o la gestión o desempeño de uno o más negocios, a la otra, que lo toma a su cargo (7).

Como aquí no hablo de aparatos, de liturgias ni de sermones, dejaré de lado las acepciones #2, #3 y #4. Por el contrario, me centraré en las demás. ¿Pueden los gobernantes ser las personas a quienes damos órdenes, encargos, representación; quienes cumplen con un período o con

quienes firmamos algún contrato consensual? ¿Existen estas órdenes en el día a día? ¿Cuál es el encargo que dieron los ciudadanos que votaron al otro candidato con respecto al presidente que salió electo? ¿Representa el presidente al ciudadano que votó en blanco, que anuló su voto, que no votó o que votó desde el exterior? ¿Dónde están guardados los contratos que firmamos con los gobernantes? ¿Hay 7.000.000 de contratos para cada miembro de nuestra población?

Cualquiera que haya tenido una infancia de barrio, de jugar en la calle, recordará haber hecho algún “mandado”. Más de una vez nos “mandaron” a la despensa a comprar pan, leche, Coca Cola. Más de una vez nos presentamos en una oficina, ante alguien, porque “nos manda” fulano, zutano o perengano. ¿Qué es este *mandato*? En principio, si continuara hasta el absurdo con las preguntas del párrafo anterior, la acepción y la figura del *contrato consensual* carecerían de sentido. En una elucubración más elaborada, podría –quizá– mantenerse como un contrato tácito, implícito, lógico u abstracto; ¿figurado?, que explica o funda nuestra relación con los gobernantes. Pero veamos cómo se discute esto en lo jurídico.

El mandato puede encontrarse en la Constitución. De hecho, puede encontrarse una decena de veces. Quien la lea con detenimiento encontrará su mención expresa en el art. 12, numeral 3) de la detención y el arresto: “*incomunicación por mandato judicial competente*”; en el art. 13 de la no privación de libertad por deudas: “*salvo mandato de autoridad judicial competente*”; en el art. 175 de la Policía Nacional: “*ejecutar los mandatos de autoridad judicial competente*”; en el art. 187 de la elección y duración: “*Los legisladores durarán cinco años en su mandato*”; en el art. 201, de la pérdida de la investidura: “*Los legisladores no están sujetos a mandato imperativo*”; en el art. 229 de la duración del mandato (del Presidente); en el art. 257 de la obligación de colaborar con la justicia: “*obligación a las autoridades de la administración de justicia para el cumplimiento de sus mandatos*”; en el art. 278 de las incompatibilidades (del Defensor del Pueblo): “*Durante su mandato no podrá formar parte de ningún poder del Estado*”; en el art. 281 de la duración (de la Contralo-

ría): “Durarán cinco años en sus funciones, los que no serán coincidentes con los del mandato presidencial”; en el art. 290 de la Enmienda: “Se usará la reforma para modificar la duración de los mandatos”; y en el art. 291 de la Potestad de la Convención Constituyente: “No podrá sustituir a quienes se hallen en el ejercicio de los poderes del Estado ni acortar ni ampliar sus mandatos”.

En todas estas menciones, el mandato se utiliza como sinónimo de *orden judicial* (arts. 12, 13, 175, 257), de *período de gobierno* (arts. 187, 229, 278, 281, 290) y de *representación* (art. 291). El único caso en que se utiliza como *orden* es en el art. 201. Pero la redacción del artículo es *negativa*, en tanto prohíbe que exista tal orden. En ese sentido, constitucionalmente, las únicas acepciones existentes y positivas son la orden judicial, el período de gobierno y la representación constituyente. Si conjugamos esto con el lenguaje común, las acepciones #1 de la orden y #7 del contrato consensual desaparecen.

De la misma manera pero en un nivel inferior, el mandato se define jurídicamente en el Código Civil. Es un contrato en el que una persona acepta de otro poder para representarla en el manejo de sus intereses o en la ejecución de ciertos actos. El mandato *tácito* solo puede resultar de hechos inequívocos del mandante, de su inacción o silencio, o cuando en conocimiento de que alguien gestiona sus negocios o invoca su representación no lo impidiere, pudiendo hacerlo (art. 880). Esta norma tiene antecedentes en el art. 1101 del Proyecto Argentino de 1936; en el art. 1789 del Anteproyecto de BIBILONI; en el art. 1444 del Anteproyecto DE GÁSPERI; en el art. 1869 del Código Civil de VÉLEZ; y todas recogen el mismo sentido. El mandato es, civilmente, un contrato.

Si se sostiene la tesis civil del contrato, el Presidente, los parlamentarios y las demás personas que integran el gobierno, aceptaron de los ciudadanos un poder para representar sus intereses o la ejecución de ciertos actos. Pero esta tesis, de nuevo, colisiona con el absurdo: ¿dónde están dichos contratos? ¿Dónde están esos poderes? De insistirse en el sentido *tácito*, ¿dónde están los hechos inequívocos del ciudadano mandante, o los de su inacción o silencio? ¿Qué ocurriría o cómo debería

actuar el gobernante cuando estos poderes o actos inequívocos se contradicen? ¿Cómo puede el mismo gobernante gestionar los negocios o invocar la representación de todos los ciudadanos si los negocios contraponen, en materia de obligaciones, siempre a dos partes enfrentadas? ¿Cómo se resuelve la contrariedad, por no decir, la contradicción de intereses? Si se insistiere en ello, se podría además llegar al siguiente absurdo. Para el Código Civil, el mandato se extingue: a) por cumplimiento del negocio para el que fuere constituido; b) por vencimiento del plazo determinado o indeterminado impuesto a su duración; c) por revocación del mandante; d) por renuncia del mandatario; e) por muerte de cualquiera de las partes; f) por incapacidad sobreviniente a uno de los contratantes, entre otros (art. 909). ¿Dejaría de ser el Presidente el “*Primer Mandatario*” si yo ciudadano le revoco el mandato y, por ende, extingo el contrato? ¿Cómo pueden las autoridades cumplir con los mandatos de quienes ya fallecieron? Si mi negocio cumplió su finalidad a través de los actos administrativos de una autoridad, extinguido el mandato ¿dejó de ser esa autoridad (mandataria) una autoridad respecto de mí? Como se puede apreciar, basta someter la tesis contractual (acepción común #7) al test del absurdo y ésta cae por su propio peso. No puede aceptarse que la relación de las autoridades con sus ciudadanos sea –civil ni jurídicamente– de *mandato*, pues no existe contrato alguno, ni expreso ni tácito que la justifique. Esta tesis contractual, de poder de representación otorgado, no sólo la recoge el Código Civil en materia de contratos de mandato, sino en las sociedades (art. 1111), en la letra de cambio (art. 1308), en el juego y la apuesta (art. 1455), en los títulos a la orden (art. 1527), en el seguro por cuenta ajena (art. 1567), en la transmisión del cheque (art. 1720) y en la gestión de los negocios ajenos (art. 1814). En todas ellas se podrá hablar de contratos, pero ninguna de estas figuras puede –si quiera por analogía– justificar ni fundar nuestras relaciones con las autoridades del gobierno.

El mandato también se establece en la Ley 1634/00 de Confirmación de magistrados, en la cual es sinónimo de *período de gobierno*, de duración de funciones (art. 2). Se establece en la Ley 834/96 del Código Electoral (arts. 157, 187 y 257, modificado por Ley 5376/14), como sinónimo

de *contrato de representación* o *período de gobierno*. El mandato se establece en la Ley 861/96 de Bancos (arts. 38, 40, 108), como sinónimo de *contratos de representación* u *órdenes de autoridades*. El mandato se establece en la Ley 1626/00 de la Función Pública (art. 94) como sinónimo de *período de gobierno*. El mandato se establece en la Ley 1/89 del Pacto San José de Costa Rica (arts. 7, 37, 38, 41, 54, 70), como sinónimo de *órdenes judiciales*, de *autoridades* y de *período de gobierno*. En todas estas normas, que no son las únicas, pero que sirven para dar ejemplos, se muestra que la política legislativa nacional ha venido dando a lo largo de los años, desde la Constitución hasta las leyes reglamentarias, un significado múltiple. Es decir, el mandato es jurídicamente *polisémico*. Y, como tal, no puede apartarse de los contextos en los que es utilizado. Cualquiera sea el caso, son tres las principales acepciones que marcan su significado esencial: a) el tiempo o duración del ejercicio de funciones del gobernante, b) el contrato de representación, y c) la orden judicial.

Como se puede notar, no es cierto que los gobernantes de este país tengan relaciones de *mandato* con sus ciudadanos. Pues, en el uso correcto y técnico del término, por polisémico que fuere, las relaciones reales de gobierno no se explican jurídica ni normativamente desde las concepciones de tiempo o duración del ejercicio de funciones, desde la tesis civil del contrato de representación o de la orden judicial como precepto, pues no todos son jueces. El recorrido de la terminología constitucional a través del Código Civil y las demás normas citadas, muestran, cabalmente, que el ejercicio de las funciones públicas de las personas que ocupan cargos en el gobierno, no se realiza bajo las normas del mandato. Por lo tanto, referirse al Presidente como el "*Primer Mandatario*" o a los parlamentarios como "*mandatarios del Pueblo*", entre otras frases similares, no son más que formas comunes de referencia, pero jamás términos técnicos y jurídicos correctos. Son jergas aceptadas, pero mitos jurídicos que los abogados no pueden admitir.

Ahora bien, si no son mandatarios, ¿qué son?

Las autoridades son *órganos*. De la misma manera que el vocablo mandato, el *órgano* tiene un lenguaje común y otro técnico. En el prime-

ro, a su vez, tiene varias acepciones. Puede ser un instrumento musical de viento (1); cierto aparato antiguo de refrigeración (2); cada una de las partes del cuerpo animal o vegetal que ejercen una función (3); la publicación periódica que expresa la posición y directrices ideológicas de un partido u organización (4); el medio o conducto que pone en comunicación dos cosas (5); la persona o cosa que sirve para la ejecución de un acto o un designio (6); la persona o conjunto de personas que actúan en representación de una organización o persona jurídica en un ámbito de competencia determinado (7), entre otras cosas.

Como aquí no hablo de instrumentos, de aparatos, de partes del cuerpo, de publicaciones ni de medios de comunicación, las acepciones #1, #2, #3, #4 y #5 las dejaré de lado. Por su parte, me centraré en las demás y me pregunto: ¿pueden los gobernantes ser las personas que sirven para ejecutar actos o designios o aquellas que actúan en representación de una persona jurídica? Las preguntas, *a priori*, tienen mucho más sentido que en el caso del mandato. Lo que llamaré la *teoría del órgano* puede interpolarse, a su vez, en el texto constitucional.

En la Constitución, la palabra “órgano” puede encontrarse también una decena de veces. Quien la lea con detenimiento la encontrará en el art. 96 de la Libertad sindical: “*inscripción en el órgano administrativo correspondiente*”; en el art. 134 del Amparo: “*no podrá promoverse contra actos de órganos judiciales*”; en el art. 166 de los Municipios: “*son los órganos de gobierno local*”; en el art. 175 de la Policía Nacional: “*en dependencia jerárquica del órgano del Poder Ejecutivo*”; en el art. 185 de las Sesiones conjuntas (del Congreso): “*régimen aplicable a órganos colegiados*”; en el art. 202, numeral 17) de los Deberes Congreso: “*designación de representantes del Congreso en otros órganos del Estado*”; en el art. 257 de la Obligación de colaborar: “*Los órganos del Estado se subordinan al dictado de la ley*”; en el art. 266 del Ministerio Público: “*El Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado*”; en el art. 279 de los Deberes (del Defensor Público): “*requerir a autoridades policiales, incluyendo los de los órganos policiales y los de seguridad en general*”; en el art. 281 de la Contraloría: “*órgano de con-*

tol"; en el art. 283, numeral 7) de los Deberes (de la Contraloría): "*denunciar a los órganos sometidos a su control*"; y en el art. 288 del Estado de Excepción: "*el funcionamiento regular de los órganos creados por ella*". En todos estos casos, absolutamente en todos, el órgano es la persona o el conjunto de personas (colegiado) que actúa en representación de una organización o persona jurídica en un ámbito de competencia determinado. Es decir, no existe polisemia alguna.

En el Código Civil ocurre algo parecido. Las personas jurídicas poseen, para los fines de su institución, la misma capacidad de derecho que las personas físicas para adquirir bienes o contraer obligaciones, por intermedio de los *órganos* establecidos en sus estatutos. Dentro de éstos límites podrán ejercer acciones civiles y criminales y responder a las que se entablen contra ellos (art. 96). Esta disposición tiene sus antecedentes en los arts. 92 y 88 del Anteproyecto DE GÁSPERI; en los arts. 35, 41 y 42 del Código Civil de VÉLEZ; en el art. 185 del Anteproyecto de BIBILONI; y en el art. 79 del Proyecto Argentino de 1936. Para nuestro Código, se reputan actos de las personas jurídicas los de sus *órganos* (art. 97). Las personas jurídicas responden del daño que los actos de sus *órganos* hayan causado a terceros, tratándose de una acción u omisión y aunque sea delito, cuando los hechos han sido ejecutados en el ejercicio de sus funciones y en beneficio de la entidad. Dichos actos responsabilizan personalmente a sus autores con relación a las personas jurídicas (art. 98). El principio de representar a la persona jurídica también se encuentra en las fundaciones. El acto de fundación establecerá los *órganos* de dirección y administración y las normas para su funcionamiento (art. 129).

Tanto la Constitución como el Código Civil establecen al *órgano* como la persona que representa, dirige, administra, funda y se responsabiliza a y ante la persona jurídica. Es, en esencia, quien realiza sus actos, los desempeña y los cumple, dentro de las funciones y competencias que le son propias, conforme el estatuto o las demás normas que las regulan. Es, pues, mucho más elocuente la figura del *órgano* para describir y fundar jurídicamente el actuar de las personas físicas que representan a las personas jurídicas por quienes actúan. En el caso particular que aquí

analizamos, los gobernantes ocupan los cargos en los poderes del Estado. El Estado es una persona jurídica (art. 91 del Código Civil, modificado por Ley 388/94).

Una mayor explicación puede encontrarse en el capítulo de la *Unidad de las personas jurídicas*² escrito por MANUEL RIERA ESCUDERO en su libro de comentarios a la legislación bancaria. En él se explica que, para la ley paraguaya, son personas jurídicas las constituidas en el extranjero (art. 92, Código Civil), cuya existencia y capacidad se rige por las leyes del país de su domicilio, quedando habilitadas plenamente para ejercer en el Paraguay las acciones y derechos que les corresponda (art. 1196, Código Civil). Esto quiere decir, que las sociedades constituidas en el extranjero pueden realizar actos jurídicos en el Paraguay, siempre que estos no sean habituales (art. 101, Código Civil). Sin embargo, para realizar actos jurídicos propios de su objeto social, en forma habitual, deben establecer una representación con domicilio en el país, cumpliendo con las formalidades establecidas en el art. 1197 del Código Civil. Estas normas demuestran que la persona jurídica *es una*; o sea, para el régimen legal paraguayo, las sociedades constituidas en el extranjero, independientemente de las sucursales que tengan instaladas en el país, son –repito– una persona jurídica, constituida y regida por las leyes de su domicilio (país extranjero) en cuanto a su *existencia y capacidad*, con facultad para adquirir derechos y obligaciones en Paraguay, sujeto a las leyes de nuestro país. Por lo mismo, cuando una institución financiera constituida en el extranjero instala una sucursal en el país, no existen dos sociedades, una constituida en el extranjero y otra en Paraguay; y mucho menos, tantas personas jurídicas como sucursales tenga la sociedad en el mundo. Para el derecho positivo paraguayo sólo existe una persona jurídica, con abstracción de la cantidad de sucursales que posea en el país o en el mundo.

Esta conclusión lleva la discusión al terreno del *Derecho Objetivo* y del *Derecho Subjetivo*, negados por algunos autores (DUGUIT, KELSEN, entre

2. RIERA ESCUDERO, MANUEL “*Legislación Bancaria – Ley N° 861/96 y Ley 2334/03 comentadas y anotadas*”. Asunción, Paraguay, Editorial La Ley, 2013. Página 12.

otros³). Sin embargo, nadie discute el concepto “*Persona*”, aceptando que “sea física o jurídica, es sólo la expresión *unitaria* personificadora de un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, de un complejo de normas. Es por ello que, en definitiva, debe aceptarse la construcción *Kelseniana*, según la cual la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones atribuida por el derecho objetivo a una persona, hace que deba reconocerse en la “persona jurídica” *una unidad* de una pluralidad de normas que estatuyen esos derechos y deberes.

Esta tesis se ve confirmada con la adhesión del Código Civil paraguayo a la *Teoría Organicista* de GUIERKE, quien combate la doctrina de la “ficción jurídica”, sosteniendo —por el contrario— que las sociedades son organismos dotados de *voluntad*, capaces *naturalmente* de ser sujetos de derecho, con vida propia, independientes de las personas físicas que las crean, al decir que las corporaciones están *sobre*, pero no *fuera* de la colectividad de personas que las forman, por lo que sus *deseos* se expresan organizadamente a través de sus administradores, que no son sus *representantes*, sino *órganos* de ellas (arts. 94, 96, 97 y 98 del Código Civil).

Aceptando los conceptos *kelsenianos* y la teoría *organicista* de GUIERKE, que aquí llamamos *teoría del órgano* para continuar con la terminología, puede notarse más claramente que las personas jurídicas como el Estado funcionan a través de órganos y, como tales, estos cumplen las funciones para las cuales fueron designados. Estos criterios fueron adoptados por nuestra regulación. Más allá del lenguaje común y de la jerga que nos tiene acostumbrados, es incorrecto hablar de mandatos, mandantes y mandatarios para describir jurídicamente los actos de las autoridades. Lo correcto es hablar de órganos. Por lo tanto, deslindar y clarificar correctamente su naturaleza jurídica, permite también aclarar su competencia, su responsabilidad y todo otro tipo de efecto jurídico que

3. BORDA, GUILLERMO A. “*Tratado de Derecho Civil. Parte General*”. Buenos Aires, Argentina, Edit. Perrot, 1987, Tomo I, pág. 554, § 616/7.

pueda sobrevenir de la correcta imputación de sus actividades y funciones, no ya confundidas sobre la hoy superada –y abandonada– tesis del mandato. Creo que este artículo ayuda a develar la realidad de la naturaleza jurídica de quienes nos gobiernan. Sólo resta desechar el viejo mito.

Palabras claves: relación, gobernantes, ciudadanos, mandato

Keywords: *relation, authorities, citizens, mandate*