

REVISTA JURÍDICA

REVISTA JURÍDICA

EDICIÓN Nº 2



Asunción, Paraguay
2016

Revista Jurídica UNIBE

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

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

Derechos Intelectuales en trámite
Tirada: 200 ejemplares.

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

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

ÍNDICE

Consejo Directivo de la Universidad Iberoamericana	11
Presentación (<i>Dra. Sanie Romero de Velázquez, Rectora</i>)	13
Una ventana expandida (<i>José Pérez Reyes</i>)	15

MONOGRAFÍAS

- Reproducción asistida con semen de donante	19
<i>Josefina Sapena</i>	
- El <i>Empowerment</i> en la mediación	41
<i>Karina Giménez Harika</i>	
- La detección de casos de maltrato y abuso sexual en niñas, niños y adolescentes en el ámbito de salud y la ruta de intervención	47
<i>Isaac Ravetllat Ballesté / Claudia Patricia Sanabria</i>	
- Empresas familiares: el desafío de prevenir y gestionar los conflictos para cumplir el propósito empresarial y favorecer vínculos familiares saludables	61
<i>Silvina Alejandra Francezón</i>	
- El derecho al juego en la vida de niños y niñas: <i>Un derecho que debe tomarse muy en serio</i>	73
<i>Nora E. Lezcano</i>	

ÍNDICE

- **Breve reseña del ejercicio del poder en la República del Paraguay** 83
Melissa Analía Duré Arias

- **La piratería, un delito impune** 105
Nélida Beatriz Angelotti

- **Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Un carácter universal de este derecho en el sistema jurídico paraguayo** 109
Fabrizio Calabró

- **La protección de las creaciones culinarias como derechos de propiedad intelectual** 141
María Gabriela Talavera García

- **Fuente de las obligaciones garantizadas con hipotecas y título ejecutivo en la ejecución hipotecaria, los pagarés hipotecarios y su circulación** 147
Ángel Francisco Alfonso Pérez

- **Implementación del sistema progresivo en nuestra nueva Ley de Ejecución Penal. La redención** 171
Cinthia Fleitas Ibarra

- **Aspectos fundamentales de la prevención y represión del lavado de dinero** 185
Rocío Vallejo Ávalos

ÍNDICE

– Derechos inherentes al ser humano: propiedad, trabajo, libertad de empresa. ¿Son limitantes entre sí?	203
<i>Zully Almirón</i>	
Anexo:	
PROGRAMA “SIGUIENDO LAS HUELLAS DEL MAESTRO	219



AÑO 2016

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

RECTORADO:

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

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

CONSEJO EDITORIAL:

Abog. JOSÉ PÉREZ REYES
Abog. EDUARDO VELÁZQUEZ ROMERO
Lic. ANDREA FERNÁNDEZ

PRESENTACIÓN

Con la premisa clara de brindar siempre una educación superior de calidad, coherente con las exigencias actuales y con la proyección a un futuro que nos llega a pasos agigantados, la Universidad Iberoamericana (UNIBE) tiene el honor y el agrado de presentar este segundo número de la Revista Jurídica que sintetiza temas de notable actualidad en el ámbito del Derecho.

Tanto la Revista Jurídica como la Revista Científica de la UNIBE son dos plataformas que nos permiten ofrecer una gran parte de los numerosos proyectos que, como Universidad, hemos llevado adelante, así como también los resultados de investigaciones que seguirán abriendo caminos que necesariamente serán transitados en vías a lograr una sociedad mejor.

Ambas revistas constituyen una muestra ilustrativa de un alto porcentaje de las actividades académicas y de investigación que fueran plasmadas en el presente año, actividades a las que hay que sumar las del programa de extensión universitaria que nuestro *Consultorio Jurídico Serafina Dávalos* realiza habitualmente con un alto sentido de responsabilidad social.

Así pues, llega a todo el público este nuevo ejemplar de la Revista Jurídica, con la satisfacción y el orgullo de haber logrado, en la primera convocatoria, la acreditación de la carrera de Derecho ante la Agencia Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior (ANEAES) en una inédita primera convocatoria, conforme certificación expedida en noviembre del 2014, todo lo cual habla a las claras de las metas que se están cumpliendo en nuestra Universidad.

Con este cúmulo de evidencias y de logros, la UNIBE, ante las generaciones de profesionales y en su constante gestión en pos de una educación superior de calidad, afirma su compromiso de formar una mentalidad nueva para un mundo mejor.

Dra. Sanie Romero de Velázquez
RECTORA

UNA VENTANA EXPANDIDA

José Pérez Reyes *

Este número conjuga con la satisfacción por las metas alcanzadas, entre las cuales, destaca la obtención, en histórica ocasión, de la acreditación de la carrera de Derecho de la Universidad Iberoamericana (UNIBE) al aprobar la evaluación realizada por evaluadores nacionales y extranjeros de la Agencia Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior (ANEAES). Esta acreditación nos posiciona, más aún por tratarse de un logro obtenido ya en la primera convocatoria, como una institución donde se cumplen todos los requisitos para alcanzar la excelencia.

Entre las satisfacciones de las metas alcanzadas en este periodo de la dirección a mi cargo, no se puede dejar de sumar a la mencionada acreditación, la publicación de la Revista Jurídica auspiciada por la UNIBE, pues son estas constancias eminentes las que dan muestra del pulso vital del estudio e investigación de áreas del Derecho.

Una revista que llega hoy con más páginas, manteniendo el cauce de pensamiento y lugar de encuentro intelectual que toda publicación universitaria busca generar. Sin lugar a dudas, circulan en ese cauce estos artículos elaborados por nuestros docentes de la Facultad de

* Abogado egresado de la Universidad Nacional de Asunción. Escritor. Es autor de varias obras publicadas en Paraguay, Colombia, México, Argentina, Chile, España y Portugal. Es director de la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Iberoamericana.

Ciencias Sociales y Jurídicas así como también del área de Postgrado de Derecho.

Son las publicaciones las que jalonan un sendero de crecimiento, señalizan los hitos logrados. En tal sentido, esta publicación reúne trabajos de destacados docentes de nuestra casa de estudios así como también de invitados especiales del extranjero. La comunidad académica de la UNIBE brinda una selecta colección de textos que plantean interrogantes en la compleja relación jurídica de nuestro tiempo, con sus inquietudes, sus nuevas figuras procesales y la evolución constante.

La ventana que fuera abierta con la primera edición de nuestra Revista Jurídica permanece vigente, y continuará progresando, con muchas páginas, en la convicción de que sumará más proyectos como parte integral del entorno que seguimos forjando en este proceso de crecimiento y consolidación universitaria.

José Pérez Reyes
Director de la Carrera de Derecho

Monografías

REPRODUCCIÓN ASISTIDA CON SEMEN DE DONANTE

*Josefina Sapena **

1. Introducción

La reproducción asistida ha abierto la posibilidad de que muchas mujeres que no podían tener hijos lo hagan, independientemente de su estado civil. Hay mujeres casadas cuyos maridos son estériles y que necesitan de otro material genético para quedar encintas, y hay mujeres no acompañadas, o sea solteras, que no quieren recurrir a tener una relación sexual con un hombre para hacerlo.

Para todas ellas, la utilización de semen de un donante anónimo es la mejor y única otra alternativa. Pero esto es fuente de cuestiona-

* Nació en Asunción, Paraguay. Realizó sus estudios universitarios en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, recibiendo de abogada en el año 1990 y obteniendo el doctorado en Ciencias Jurídicas en dicha casa de estudios en el año 1997, por su tesis “La filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida”, por la cual obtuvo calificación de *suma cum laude*. Ha realizado estudios de posgrado en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), de donde ha obtenido el título de Diploma Superior en Biotécnica en el año 2014, y culminando otros módulos de la especialización en Bioética, tales como el curso Bioética Aplicada (2014), el curso Problemas Particulares de la Bioética (2015) y el curso Bioética Hoy (2016). Miembro titular ad-honorem de la Comisión Nacional de Bioética del Paraguay. Es mediadora y árbitro reconocida por la Cámara de Comercio y Bolsa Paraguaya. Fundadora y vicepresidente del Instituto Paraguayo de la Empresa Familiar, asociación sin fines de lucro, fundada en el año 2014, cuyo fin principal es el fortalecimiento de la empresa familiar.

miento éticos por parte de muchas personas y también fuente de conflictos jurídicos, como lo veremos a continuación.

2. Cuestionamientos éticos

Preliminarmente cabe aclarar que consideramos que, para valorar éticamente a un hecho, se debe tomar como guía el principio que dice que “la persona es el fundamento de la ética”, según el cual, básicamente, si hay daño para la persona, la acción en cuestión es antiética, si no lo hay, la acción no es antiética.

Veamos cuáles son algunas de las objeciones éticas que se han documentado al respecto de la inseminación artificial con semen de un donante.

En el caso de las mujeres casadas, lo que se teme es que la entrada de un elemento externo a la pareja pueda ser fuente de conflictos entre ellos y además que la falta de vínculo genético con su padre (social), podría traer problemas de relacionamiento entre padre e hijo/a.

Sin embargo, numerosos estudios científicos han demostrado que el no contarles la verdad a los niños/as así nacidos acerca de su origen biológico puede traer más problemas de relacionamiento entre padres-hijos que la falta de vínculo genético entre ambos. Por ejemplo, la opinión doctrinaria siguiente: *“Crecen las investigaciones sobre este tipo de familias y aunque se sabe poco sobre las familias no tradicionales formadas mediante la donación reproductiva, las inquietudes sobre posibles consecuencias adversas para la crianza y desarrollo infantil son infundadas. Las dificultades que se han identificado parecen estar relacionadas con factores asociados a la concepción del niño, como mantener en secreto sus orígenes biológicos, y no con el método de concepción mismo. En general, los resultados indican que procesos familiares como un estilo de crianza positivo y una comunicación abierta sobre los orígenes biológicos de un hijo son más importantes para la*

*adaptación infantil que la presencia de un vínculo genético o gestacional entre los padres y el niño”.*¹

Otro estudio que se realizó con el objeto de ayudar a los padres/madres de estos niños/as a encarar el tema de la manera más positiva sobre estos últimos, concluyó lo siguiente: *Una conclusión que puede resultar tranquilizadora para los padres es que la idea de que revelar esta información podría perjudicar la relación padre-hijo no se verifica en la práctica. Los adolescentes en este estudio podían entender y evaluar la diferencia entre la paternidad biológica y social, y rescataban la importancia de esta última a la hora de definir la relación padre-hijo.*²

En el caso de las mujeres solas que acceden a la maternidad mediante la utilización de semen de un donante, no es difícil adivinar cuál es la objeción ética que se les imputa. El niño/a que así nazca no tendrá padre, lo cual atenta contra su derecho de conocer y ser criado por ambos progenitores. A ello se suman los numerosos estudios estadísticos que revelan que las familias monoparentales son más propicias a sufrir los embates de la discriminación y la pobreza. *“(..). Se ha descubierto que los niños de familias monoparentales muestran una mayor probabilidad de tener problemas cognitivos, emocionales y conductuales que los niños que viven con padres casados”.*³

Sin embargo, estos argumentos pueden ser rebatidos en parte. En primer lugar, la experiencia ha demostrado que no es cierto que solo un niño/a con padre tiene la oportunidad de ser feliz, o de tener una familia estable y un ambiente propicio para su crecimiento. Infi-

-
1. Susan Golombok. “Bioética, reproducción y familia”. Universidad Diego Portales. Fernando Zegers H. y Sofía P Salas Editores. Santiago de Chile, año 2014. Pág. 215.
 2. Tabitha Greeman. “Bioética, reproducción y familia”. Universidad Diego Portales. Fernando Zegers H. y Sofía P Salas Editores. Santiago de Chile, año 2014. Pág. 245.
 3. Susana Graham. “Bioética, reproducción y familia”. Universidad Diego Portales. Fernando Zegers H. y Sofía P. Salas Editores. Santiago de Chile, año 2014. Pág. 289.

nidad de niños huérfanos o adoptados por mujeres/hombres solos han resultado ser personas completas, sin traumas, útiles a la sociedad y a sí mismos.

En segundo lugar, aún no se sabe mucho acerca de los efectos sobre el equilibrio emocional, la adecuación social y el rendimiento académico de los niños/as que nacen en mujeres solas por T.R.A. Según estudios preliminares, *...las mujeres solas que conciben por inseminación con semen de donante parecen estar bien adaptadas psicológica y socialmente. Sus razones para elegir esta forma de buscar la maternidad no parecen ser resultado de problemas psicológicos o emocionales, es que no tienen una pareja al momento de desear iniciar una familia. (...) parece que este tipo de familia monoparental puede diferir considerablemente de las familias monoparentales formadas como resultado de otras circunstancias, por ejemplo, una ruptura matrimonial. (...) Todavía no está claro cómo se sentirán los hijos de madres solas que concibieron mediante semen de donante a medida que crezcan, cuando surjan los conflictos de identidad; por lo tanto, se deben realizar más estudios orientados en esa dirección.*⁴

Cabe aclarar que el perfil de las mujeres solas que acceden a la maternidad por reproducción asistida difiere del perfil de las mujeres que crían solas a sus hijos por viudez o abandono del progenitor de sus hijos/as. Estas mujeres son madres solteras por elección. Según numerosos estudios al respecto de sus características, la conclusión es que: *(...) las mujeres solas son predominantemente blancas, con buena educación, estables financieramente y mayores de 35 años* (Jadva y otros, 2009; Murray y Golombok, 2005).⁵

4. Sophie Zadeh. "Bioética, reproducción y familia". Universidad Diego Portales. Fernando Zegers H. y Sofia P Salas Editores. Santiago de Chile, año 2014. Págs. 308/309.

5. Citado por Susana Graham. "Bioética, reproducción y familia". Universidad Diego Portales. Fernando Zegers H. y Sofia P. Salas Editores. Santiago de Chile, año 2014. Pág. 287.

Muchas de estas mujeres solas que conciben mediante reproducción asistida y con semen de un donante son lesbianas, quienes viven en compañía de otra mujer, que puede ser su esposa o no, dependiendo de si en el país de su residencia se permite el matrimonio de parejas homoafectivas o no.

En estos casos, se pueden sumar a los ya antedichos, otros reparos morales. La conveniencia de reconocer o no reconocer el derecho de los homosexuales de ser usuarios de las T.R.A. es debatida por psicólogos, abogados, moralistas, educadores y religiosos, en todo el mundo actualmente.

La preocupación principal que manifiestan los analistas es el que hace relación con la salud mental y emocional de sus hijos/as. Es decir, ¿podrá el niño crecer armónicamente en ese entorno, desarrollar su personalidad sin obstáculos, se sentirá seguro, vivirá tranquilo y adaptado a la sociedad? O por el contrario, ¿influenciará en la definición de su propia sexualidad el hecho de vivir con una pareja de homosexuales?; ¿sufrirá discriminaciones por parte de sus amigos/as?; ¿se sentirá incómodo por su distinta situación familiar, insatisfecho con su situación, inseguro?

Existen estudios disímiles en cuanto la respuesta a esas preguntas. Unos sostienen que no se han observado efectos negativos en la personalidad de los niños/as criados con parejas homosexuales, y otros sostienen lo contrario.

Susan Golombok se encuentra entre los primeros, dice así: “*Los primeros estudios sobre estas familias comenzaron a aparecer a mediados de la década de 1990, y mostraron que los hijos de madres lesbianas mediante inseminación por medio de un donante, no difieren de los hijos de familias heterosexuales con respecto al desarrollo de género, las relaciones con sus pares, su bienestar psicológico o su orientación sexual durante la infancia o adolescencia*”.⁶

6. Susan Golombok. “Bioética, reproducción y familia”. 1ª Edición. Editorial Universidad Diego Portales. Santiago de Chile, año 2014, pág. 212.

Estos estudios son un marco importante para la encuadrar la eticidad de estos procedimientos pues, si como lo hemos afirmado más arriba la persona es el fundamento de la ética, si se demuestra que la reproducción asistida en parejas homoafectivas no causará ningún daño a su descendencia, no habría razón para reprobar éticamente a dicha situación. Sin embargo, estos estudios son preliminares e incipientes, y por tanto, son insuficientes para aseverar que no existe tal daño, recordemos también que según la ética kantiana la persona siempre debe ser considerada como un fin, nunca como un medio, y de ello se sigue que cualquier instrumentalización de la persona humana supone una violación a su dignidad humana, derecho reconocido por nuestro ordenamiento jurídico como un sustento de todos los demás derechos humanos.

Independientemente de ese debate, en el mundo nacen anualmente miles de niños de mujeres solas, principalmente en España (Ley N° 14/2006), Estados Unidos e Inglaterra (Ley de Fertilización y Embriología, 1990) y Argentina (Ley N° 26.862/2013), pues en estos países sólo se exige el consentimiento y la mayoría de edad como requisitos para que una mujer pueda ser usuaria de técnicas de reproducción asistida, es decir que puede serlo cualquier mujer, con independencia de su estado civil u orientación sexual, siempre que sea mayor de edad y haya prestado un consentimiento válido e informado.

Algunos países, sin embargo, han prohibido la inseminación artificial en mujeres solas, con fundamento en el derecho de los hijos/as de conocer y ser criado por ambos progenitores, y también en la preocupación de que el niño/a se vea sumido en situaciones desventajosas para sus derechos por el hecho de tener un solo progenitor, aunque este, en principio sea solvente económicamente. Es que, en primer lugar es posible que la mujer deje de ser solvente económicamente por circunstancias imprevisibles, como una enfermedad o la pérdida del empleo, y en segundo lugar, que los niños/as tienen otras necesidades

además de las físicas, tienen también necesidad de amor, respeto, formación en valores, compañía, disciplina, etc. Por ejemplo: Alemania (Ley de Protección al Embrión, 1991), Noruega (Ley sobre Fertilización Artificial, 1987), Suecia (Ley sobre Fecundación In-Vitro, 1988), Costa Rica (Decreto de la Reproducción Asistida N° 24.029/95), Italia (Ley 40/2004) y Francia (Ley de Bioética, 1994).

En cuanto al derecho a ser usuarias de técnicas de reproducción asistida de las parejas homosexuales, ellas pueden hacerlo en primer lugar, en todos los países que solo exigen para ser usuaria de estos procedimientos, el ser mujer mayor de edad y haber dado un consentimiento informado, es decir EE.UU, Inglaterra, España y Argentina (ver individualización más arriba).

Y además, en todos los países que les hayan concedido dicho derecho en forma expresa, como lo son Holanda, desde el año 2001, pero solamente si la pareja está casada; Suecia desde el 2005, para parejas casadas o unidas de hecho; Dinamarca, desde el 2006, para parejas casadas o uniones de hecho; y Noruega, desde el 2009, para parejas casadas.

3. Filiación de los nacidos con semen de donante

La reproducción asistida ha hecho necesario un cambio de paradigmas en la regulación de la filiación de los así nacidos, pues apegarnos a las pautas que dirigen la regulación de la filiación que surge por reproducción natural, no favorece a los niños/as así nacidos.

A continuación veremos cuáles son las recomendaciones mayoritarias de la doctrina y cuáles las soluciones de derecho comparado en la regulación de la filiación que surge por técnicas de reproducción asistida. Cabe aclarar que nuestro país no tiene una regulación especial al respecto, por lo cual se le aplican las leyes vigentes en la materia, que no son aptas para regular estas situaciones.

La utilización de semen de donante para fecundar a mujeres solas o casadas trajo consigo una revolución en el derecho de filiación. Fue como tirar una bomba sobre la regulación legal de las fuentes de filiación, ya que la espina dorsal del derecho filiatorio siempre ha sido el vínculo genético como fuente de filiación, el cual, en estos casos, no conviene mantener incólume.

El donante, por lo general, no tiene ni la intención de tener un hijo/a ni las condiciones económicas y sociales para hacerlo, por lo que imponerle a éste las responsabilidades parentales no es la mejor opción para el niño/a. Debido a ello, para la filiación que proviene de la puesta en práctica de técnicas de reproducción asistida la doctrina recomienda acoger a la voluntad procreacional como la fuente de filiación primigenia en sustitución del vínculo genético. Y el derecho comparado demuestra, como lo veremos más adelante, que esta es la posición mayoritaria.

El nuevo Código Civil Argentino es un buen ejemplo de ello, en el art. 562 establece cuanto sigue: *Voluntad Procreacional: Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.*

Cuando la mujer es casada, ello supone que su marido será considerado el padre legal del niño/a que nazca durante el matrimonio, siempre que haya dado un consentimiento informado y escrito para la realización del procedimiento y para la utilización del semen de un donante. Es necesario que la ley exija a los centros de reproducción asistida que inexorablemente obtengan el consentimiento informado por escrito del marido, en los casos en que la mujer es casada, para que este vínculo quede formalmente establecido.

Su paternidad legal quedará determinada por presunción de la ley, al igual que en los casos de reproducción natural. Pero para poder impugnar su paternidad no podrá argumentar la falta de acceso carnal con su esposa, ni la ausencia de un vínculo biológico con el niño/a, sino que la falta de un consentimiento informado. Para dejarlo bien claro, solamente tendrá acción de impugnación de su paternidad si no hubiera prestado su consentimiento informado a la realización del procedimiento y a la utilización del semen de un donante. Como lógico corolario, el donante no tiene acción para reconocer al niño/a nacido con su semen en estos casos.

El derecho comparado demuestra que esta opinión doctrinaria es la posición mayoritaria entre los países que han dictado leyes especiales sobre la materia. En todos estos países citados a continuación se niega acción para impugnar la filiación del niño/a nacido de su esposa, al esposo que hubiera prestado un consentimiento previo e informado para la realización del procedimiento y para la utilización del semen de un donante: A saber: España (Ley 14/2006), Suecia (Ley de Inseminación Artificial del 1984) Inglaterra (Ley sobre fertilización humana y embriología), Noruega (Ley sobre fertilización artificial 1987), Dinamarca (Ley sobre el establecimiento de un Consejo ético y regulación de experimentos biomédicos, 1987), Alemania (Ley sobre protección del embrión humano 1991), Bulgaria (orden legal de mayo 1987, del Ministerio de Salud, sobre fertilización asistida), Checoslovaquia (Instrucción del Ministerio de Sanidad sobre la I.A. del 1982), Grecia (Enmienda al Código Civil, febrero de 1983), Hungría (Ley sobre el Matrimonio y la Familia, de 1974), Luxemburgo (Enmienda al Código Civil abril de 1979), Holanda (Código Civil, 2001), Portugal (Enmienda por Decreto Ley de noviembre de 1977), Costa Rica (Código de Familia, Ley 5476/73, art. 72), Bolivia (Código de Familia, art. 187), Chile, (Ley 19585/99), Argentina (Ley 26.994/14, Art. 577).

Cuando la mujer es soltera, el niño/a tendrá solo un vínculo parental, el de su madre. Esto puede ser una desventaja para el hijo/a

desde varios puntos de vista: el hecho de no poder conocer y ser criado por un padre y una madre responsables puede venir acompañado de carencias económicas y afectivas. Si además no tiene acceso a los datos de identificación de su padre biológico tampoco podrá ejercer su derecho a la identidad.

En este punto cabe recordar lo dicho más arriba acerca del perfil de las mujeres solas que acceden a la maternidad por reproducción asistida: (...) *las mujeres solas son predominantemente blancas, con buena educación, estables financieramente y mayores de 35 años (Jadva y otros, 2009; Murray y Golombok, 2005).*⁷

Entonces, en principio, estas son mujeres que no creen necesitar ni quieren ayuda para criar a su descendencia, y por ende no reclamarán la ayuda del donante para hacerlo pues no la necesitan. El niño/a se criará con su madre, y será lo mismo que si fuera una madre soltera cualquiera, solo que en este caso no es una mujer abandonada ni viuda, sino una madre soltera por voluntad propia. Sabemos que puede ser difícil pero que es posible que una persona sola críe a una criatura sin que ésta sufra de carencias económicas o afectivas que le causen daños psicológicos.

La doctrina es conteste en afirmar que si el donante ha renunciado a su paternidad al momento de realizar la donación de semen, la ley no debería endilgarle las responsabilidades parentales. El perfil del donante de semen, como ya lo habíamos afirmado, es el de un hombre que no quiere tener hijos/as en ese momento en que dona su semen, o que no quiere tener más hijos/as, y que no tiene las condiciones para traer a un hijo al mundo y criarlo, pues si las tuviera, y quisiera tenerlos, no estaría donando su semen.

7. Citado por Susana “Graham. Bioética, reproducción y familia”. Universidad Diego Portales. Fernando Zegers H. y Sofía P. Salas Editores. Santiago de Chile, año 2014. Pág. 287.

En conclusión, el niño/a nacido por reproducción asistida de mujer soltera es solamente hijo de ésta, y a cargo de ella está toda la responsabilidad parental.

4. Derecho a la identidad de los nacidos con semen de donante

El derecho a la identidad ha sido reconocido por todas las declaraciones de derechos humanos como el sustento para el normal desenvolvimiento de la personalidad humana. Este derecho está conformado una faz estática y una faz dinámica. “*La faz estática comprende aspectos de la personalidad tales como el origen, el sexo, el estado civil, la filiación, la imagen, etc.; mientras que la faz dinámica engloba aquellos aspectos que definen la personalidad proyectada hacia el exterior, tales como el bagaje intelectual, político, social, cultural, profesional, etc.*”⁸ Según la doctrina, ambos aspectos son inseparables, y *no es posible la proyección histórico-existencial del hombre (aspecto dinámico), sin que encuentren debido resguardo los iniciales elementos de la primera identidad (aspecto estático)*.⁹

El acceso a los datos de identificación genética del donante por parte de las personas que hayan nacido con semen de donantes ha sido objeto de grandes debates en el derecho comparado y ha sufrido una evolución. En los primeros tiempos, la mayoría de los países que tenían leyes sobre la materia prohibían sin excepciones la investigación de los datos de identidad del donante, consagrando así el anonimato absoluto de éstos. Luego de algunos años, en atención a que la prohibición del acceso a dichos datos puede significar para las personas así

8. El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional. Nora Lloveras-Marcelo Salomón. Editorial Universidad. Buenos Aires. Año 2009. Pág. 143.

9. El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional. Obra citada. Pág. 141.

nacidas un problema de salud, se empezó a abrir las puertas para que estos tengan acceso a los datos genéticos de éstos, y esa es la tendencia mayoritaria hoy en día. En efecto, pudiera ser que las personas así nacidas necesiten de los datos genéticos del donante para poder prevenir o curar alguna enfermedad de origen genético que les afecta o pudiera afectarles.

Actualmente esta es la tendencia mayoritaria en derecho comparado. Ejemplo: Suecia (Ley 1140/84) y Austria (Ley del 1º de julio de 1992) reconocen al niño el derecho a conocer la identidad de su padre biológico, a partir de los 14 años. En Suiza, (por Plebiscito, en la Constitución Federal) se garantiza el acceso de una persona a los datos relativos a su ascendencia. Alemania (Comisión Benda) aconseja conservar la información relativa al donante a fin de que el niño, una vez cumplidos los 16 años, pueda conocer sus orígenes. El 1º de abril del 2005, Inglaterra modificó su legislación anterior, y consagró el derecho a la identidad de los nacidos mediante FIV (fecundación in-vitro) o IA (inseminación artificial) con semen de donante, permitiéndoles investigar sus orígenes genéticos, pero recién después de los 18 años. Argentina permite a los así nacidos obtener datos médicos del donante cuando es relevante para su salud y conocer la identidad del mismo por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial (art. 564 CCA).

Pero el tener acceso a la información genética del donante no implica que éste sea el responsable legal del niño/a nacido con su semen. Esto puede sonar extraño, si tenemos en cuenta que en el caso de los niños/as nacidos por reproducción natural, el principio general es que el vínculo biológico está unido a una responsabilidad parental, salvo que el niño/a haya sido dado en adopción u otras circunstancias extraordinarias. O sea que cualquier niño/a que tenga acceso a los datos de identidad de su progenitor biológico puede reclamarle el cumplimiento de las obligaciones parentales correspondientes a través de su representante legal.

Sin embargo, cuando el niño/a ha sido concebido por técnicas de reproducción asistida mediante la utilización de semen de donante, el derecho a conocer los datos de identificación del donante y el derecho de reclamar el cumplimiento de las obligaciones parentales se consideran independientes, es decir, que se puede permitir el acceso a los datos de identificación del donante a sus descendientes biológicos sin que ello implique que el donante deberá hacerse responsable de su manutención. Esto se debe a que en la reproducción asistida la voluntad es la fuente de filiación primaria y no el vínculo biológico. Las razones ya las hemos desarrollado.

El estudio del derecho comparado marca que esta es la tendencia mayoritaria al respecto de la responsabilidad parental de los donantes hoy en día. En todo el listado de países que hemos citado previamente, que permiten el acceso a los datos genéticos de los donantes a su descendencia biológica, éstos son liberados de las obligaciones parentales correspondientes. Es decir que aún en el caso de que el niño/a tenga derecho de investigar la identidad del donante, no podrá reclamarle alimento, ni tendrá derecho a usar su apellido, ni derecho a heredarlo, etc.

Con estas respuestas, pudiera parecer que ya se han solucionado todos los conflictos legales que trae aparejada la reproducción asistida con semen de un donante, pero no es así, en absoluto. Hay muchas lagunas legales aún, es decir, problemas jurídicos que no tienen solución legal, como por ejemplo el que mencionamos a continuación.

Según datos estadísticos recientes muchas personas nacidas por reproducción asistida con semen de donante –niños/as y/o adultos– manifiestan su deseo e incluso su necesidad de conocer al donador. Lo quieren conocer aun sabiendo que no pueden reclamarle dinero para sus gastos de alimento, educación, vestido y vivienda, quieren saber cómo es su aspecto físico, qué piensa de la vida, cuáles son sus valores, cómo fue su vida y la de sus demás antepasados, etc. Lo quieren “co-

nocer” personalmente pues el no poder hacerlo impide el normal desenvolvimiento de su personalidad. Es decir, independientemente de que sus necesidades materiales sean satisfechas por su madre y que su derecho a la salud esté cubierto por el acceso a los datos genéticos de su progenitor biológico, la persona así nacida quiere también conocer a su progenitor a fin de completar su identidad.

Y yo me pregunto: ¿Es razonable negar a las personas así nacidas la posibilidad de conocer a su progenitor, lo cual les dará una perspectiva más definida de su identidad estática, teniendo en cuenta que ello puede ser favorable al desarrollo armónico de su personalidad?

La respuesta no es simple, como no lo son la mayoría de estas cuestiones originadas con la reproducción asistida. Para responder a dicha pregunta, en primer lugar debemos recordar que el derecho a la identidad personal comprende una faz estática y una faz dinámica. Entonces, el derecho a conocer al donante podría ayudar a los así nacidos a formar su identidad estática. No sería por ende, un reclamo injusto por parte de una persona así nacida el intentar conocer a quien donó su semen para que el/ella naciera.

Como lo hemos afirmado, hoy por hoy, las personas nacidas con semen de donante tienen reconocido el derecho al acceso de los datos genéticos de los mismos, a fin de prevenir o curar problemas de salud, o a fin de saber sus “orígenes”, pero el derecho no ha llegado al punto de reconocerles un derecho a la comunicación entre donantes y su descendencia. Y hay países que aún prohíben la investigación de la identidad del donante en cualquier caso, es decir, sin excepciones. Por ejemplo, Costa Rica.

Sin desconocer que para los donantes puede significar una complicación que sus descendientes conozcan su identidad, y que pretendan conocerlo personalmente e incluso entrar en su vida, hay que reconocer también que el impedir a los niños/as nacidos por reproducción asistida con semen de donante el acceso a los datos identificato-

rios de éstos es una restricción al ejercicio de su derecho de identidad, el cual es fundamental para el desarrollo armónico de su personalidad.

Como justificación para dicha restricción se arguyen variados argumentos, como por ejemplo que tal circunstancia traería aparejada la desaparición de donadores de semen, en perjuicio de las miles de personas que necesitan de dicho material para poder tener descendencia. Sin embargo, la experiencia en otros países ha demostrado que tal hipótesis puede ser exagerada. Según Florencia Luna: *“Este argumento no es sólido ni es válido, en cuanto a las implicancias prácticas. Es cierto que cuando se implementó el no anonimato en algunos países hubo una baja inicial de donantes, pero esto se fue revirtiendo con el tiempo. Por ejemplo, en Suecia, cuando entró en vigencia la ley de 1985 que requería la identificación del donante, hubo miedo por la declinación de donantes, pero actualmente parece haber un aumento de los mismos. Algo semejante ocurrió en Inglaterra con el cambio de ley en el 2005. El número de donantes cayó en los primeros años, pero está incrementándose de manera sostenida y actualmente hay solo un 10% menos de donantes que en el momento del cambio de ley. En este sentido, si bien es cierto que puede haber un impacto inicial, a mediano plazo esto se modifica y los miedos resultan exagerados. Surgen, en cambio, estrategias de reclutamiento diferentes (por ejemplo, no apuntar a estudiantes como posibles donantes sino a hombre involucrados en relaciones estables, que tengan hijos propios)”*.¹⁰

La realidad es que el permitir el acceso a los datos de identidad de los donantes a sus descendientes si bien es complicado no es imposible. Algunas de estas restricciones se originan un poco en la comodi-

10. Florencia Luna. Postgrado de Flacso (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales). Curso Bioética Hoy. Año 2016, clase 5.

dad de las partes involucradas y no en el mejor interés de las personas así nacidas. Es que, en efecto, el poder revelar la información relativa a los donantes a sus descendientes biológicos implica un mayor esfuerzo administrativo e integral. Según Florencia Luna, *..el enfoque basado en el anonimato pone más atención en el deseo del paciente/cliente y en la clínica (en el discurso médico que rodea todas estas tecnologías) y no en el bienestar del niño que va a ser concebido en estas condiciones, las cuales si están bien reguladas, pueden revertirse de manera sumamente positiva.*¹¹

También dice la misma: *...Así pues, la revelación o la no confidencialidad no implica un impedimento insalvable, tal como sostienen quienes promueven el anonimato. Implica sí, mayores esfuerzos (por ejemplo, un registro de donantes de gametos y material biológico y una trazabilidad de su uso). Involucra un asesoramiento y apoyo a los padres para llevar a cabo este proceso de una manera adecuada. Implica también la toma de conciencia de la acción en la que se está envuelto y la posibilidad de revelar esta situación a los hijos nacidos mediante donante, en lugar del secreto, supuestamente fácil de sostener.*¹²

Pero aún si el derecho abriera las puertas de los datos de identidad de los donantes de par en par para las personas nacidas con el semen de éstos, a fin de que puedan ponerse en contacto con ellos y conocerlos personalmente, y preguntarles todo lo que desean saber, aun así no podemos garantizar que le estamos haciendo un favor a las personas así nacidas, pues pudiera ser que el donante no esté abierto a dicho encuentro y a dichas preguntas.

11. Florencia Luna, Postgrado Flacso (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Curso Bioética Hoy, año 2016, clase 5.

12. Florencia Luna, Postgrado Flacso (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales). Curso Bioética Hoy, año 2016, clase 5.

Hay que considerar que el donante se apuntó para donador y no para cualquier otra cosa, y pudiera ser que él no desee conocer a su descendencia. Y en esos casos, de que serviría a una persona que nació con su semen acercarse a él si no conseguirá lo que necesita y está buscando? Si el derecho a conocer la identidad del donante no está vinculado al surgimiento de responsabilidad parental para éste –lo cual descarta un motivo económico de parte del hijo/a–, y el donante no quiere conocer a su descendencia biológica es mejor que esta persona lo sepa de antemano, en lugar de crearse falsas expectativas referentes a una futura relación interpersonal con el mismo.

Como lo dije antes, no se trata de problemas de fácil solución, y hasta se puede decir que las soluciones perfectas no existen. Pero no por eso se debe simplemente prohibir el acercamiento de estas personas a sus ascendientes biológicos en todos los casos. Como lo ha dicho la profesora Florencia Luna, “...*si nos vamos a hacer cargo de estas nuevas tecnologías debemos hacerlo contemplando sus implicancias y consecuencias...*”¹³.

Hay que buscar soluciones alternativas, respetando las diferencias entre situaciones diferentes a fin de ayudar a los afectados de la mejor manera posible. Por ejemplo, se podría condicionar el acceso a los datos de ubicación del donante (domicilio, teléfono, etc.) a la circunstancia de que éste lo acepte. Pues por qué poner a todos los donantes en la misma bolsa, si la realidad es que no todos los donantes son iguales, y mientras que algunos pueden ser absolutamente reacios a conocer a su descendencia, otros pueden estar dispuestos a hacerlo.

En conclusión, no podemos ignorar que la reproducción asistida con semen de donante conlleva a algunos problemas propios que son nuevos y que necesitan de una regulación especial. Y debido a que son

13. Florencia Luna, Postgrado Flacso (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales). Curso Bioética Hoy, año 2016, clase 5.

nuevos no podemos usar las leyes de la experiencia para solucionarlos.

5. Otras lagunas legales

A medida que se desarrolla la vida de estas personas y a medida que aumentan las mujeres solas que recurren a semen de donante van apareciendo nuevas situaciones sin respuestas legales. A saber:

a) Primer caso: El caso de la mujer sola que decidió tener un hijo/a por reproducción asistida con semen de un donante. Ella era perfectamente sana y solvente al momento de decidir por lo que pensó que no iba a tener problemas para mantener y criar a un niño/a sola. Sin embargo, poco después de nacido su hijo/a se quedó sin trabajo o enfermó y no tiene a nadie a quien recurrir para ayudarla con el mantenimiento económico del mismo. El donante ha renunciado a su paternidad al hacer la donación, y la mujer vive en un país en donde se ha reconocido por ley que el donante no tiene responsabilidad paternal por los niños/as nacidos con su semen.

¿Qué será de ese niño/a? No hay soluciones legales en derecho comparado para estas situaciones, lo cual contradice el principio del interés superior del niño/a adolescentes, consagrado por todos los países que suscribieron la Convención sobre los Derechos del Niño. Se impone seguir buscando remedios legales para casos como éstos.

b) Segundo caso: Una pareja de mujeres casadas (viven en un país donde se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo) y han recurrido al semen de un donante para que una de ellas quede embarazada. Pero no de un donante cualquiera, sino de un amigo de la pareja, quien también quiere asumir las responsabilidades parentales correspondientes.

La mayoría de los países que permiten el casamiento entre dos mujeres consideran a su cónyuge como responsable legal del niño/a y

permiten que el niño/a sea inscripto en el Registro a nombre de ambas. Por ejemplo, la Argentina. De hecho, algunas veces el óvulo proviene de una de ellas y la otra es a quien se implanta el embrión para que lo gestee, es decir que una de las mujeres es la madre biológica del niño/a y la otra es la madre gestante.

Entonces, si el niño/a es reconocido también por el donante el niño/a tendría tres responsables legales. Se trataría de una familia pluriparental. Por extraño que pueda parecer se ha documentado que existen varios casos de estos en el mundo, por ejemplo, en la Argentina, donde ocurrió lo siguiente:

Una pareja de dos mujeres casadas deciden llevar adelante un proyecto parental conjuntamente con un amigo íntimo de ambas. La familia se había acercado a la Defensoría LGBT, para manifestar que su plan de vida era tener una familia en la que todos estuvieran presentes. Las mamás hacía 11 años que vivían juntas, se habían casado dos años atrás y tenían una relación de amistad con el papá desde 1996. El niño había sido inscripto a nombre de la que gestó y de la cónyuge. Pretendían se agregara al amigo que había dado el semen y que se comportaba como “padre presente”. Él compareció al Registro y lo reconoció, como si fuese una filiación biológica o natural. Por Disposición N° 2062 de la Dirección Provincial del Registro de las Personas de Mar del Plata, de 22 de abril de 2015, se inscribió a las dos mujeres y al hombre como responsables legales de un niño con los siguientes argumentos: *“Que H. no ha renunciado a su derecho de reclamar la filiación en el marco de los procedimientos de fertilización asistida, sino que, por el contrario, suscribe conjuntamente con las madres la presentación y solicita expresa y libremente reconocer ser el padre biológico de A., ello compartiendo el interés superior del niño, que también persiguen sus mamás”. “Optamos por considerar lo que la doctrina especializada en la materia y el recientemente sancionado Código Civil y Comercial reconocen como factor o título de atribución*

de la filiación y a la que han denominado «voluntad procreacional», entendida como el deseo o intención de crear una nueva vida y asumir las responsabilidades, derechos y obligaciones emergentes de la relación filial. Todo ello, destacando que los derechos referidos al estado de hijo, deben ser garantizados por el Estado y éste no debe verse condicionado por las circunstancias en que el niño es concebido (artículo 2° de la Convención de los Derechos del Niño)”.

Esta solución es completamente anómala según la visión de familia que tenemos hasta hoy día, aunque en realidad no es extraño que una pareja de mujeres recurra a un amigo como donante de semen, o sea que seguirán surgiendo casos de tres personas que quieren reconocer a un niño/a, y de familias pluriparentales aunque sea de hecho.

El derecho debe reglamentar todas estas lagunas legales que hemos mencionado más arriba, pues de no hacerlo así estaría incumpliendo con su fin último que es el de preservar la paz social. Pero cuando hablo de reglamentar, no estoy hablando de una tarea simple, sino de que el derecho debe buscar los mejores caminos para encauzar a la ciencia y al actuar de las personas, lo cual en ocasiones puede significar “permitir abiertamente”, otras veces puede significar “permitir condicionadamente” y otras veces puede ser “prohibir”.

El Estado puede poner límites a los procedimientos de reproducción artificial de ser eso necesario para preservar la salud y la estabilidad de la familia, célula fundamental de la sociedad. Al respecto, René Frydman dice: *Sin duda es necesario definir límites legales a la libertad humana en materia de procreación: el sujeto es el fundamento de la ética. “...Las reflexiones relacionadas con la ética de la procreación se nutren del desarrollo de las ciencias biológicas y médicas. En la actualidad se debe definir una nueva línea roja, diferente de aquello que separa lo que es factible o no; una línea roja que ponga un límite infranqueable si como parte del proceso de generación de vida humana*

hay explotación o comercialización de otra persona, o un adulto considerado como medio, o un niño proyectado como objeto y no como sujeto. Cualquiera de estas situaciones deben ser consideradas carentes de justificación ética”¹⁴.

Pero no se debe perder de vista que la intervención del Estado en materias tan privadas como lo son los derechos de familia tiene que mantenerse en un papel subsidiario, es decir que en principio, el Estado debe dejar actuar a los progenitores como los encargados originarios de la protección de los miembros de su familia, y solo debe entrar a actuar si estos han fallado en el cumplimiento de dicha responsabilidad. En la práctica, lo que esto significa, es que el Estado sólo puede intervenir en el derecho de familia si está de por medio el interés general. Si así no lo hiciera, estaría cruzando indebidamente una línea, en perjuicio de los derechos de reproducción e intimidad de las personas perjudicadas, los cuales también son de entidad constitucional y merecen todo el respeto.

14. René Frydman. “Bioética, reproducción y familia”. Editorial Universidad Diego Portales. Santiago de Chile, año 2014. Págs. 142/143.

EL *EMPOWERMENT* EN LA MEDIACIÓN

Karina Giménez Harika *

Frecuentemente cuando hablamos sobre la mediación surge la creencia equivocada respecto de que los Mediadores cumplen un rol similar al de un juez o árbitro, quienes por el mismo poder que las partes le han otorgado al someterse a un procedimiento judicial o a uno arbitral, ponen fin al litigio con una decisión unilateral, o dicho de otra manera, las partes han delegado esta posibilidad de resolver sus propios problemas para entregárselo a este tercero imparcial quien deberá tomar una decisión sobre el problema por ellos. Sin embargo, el Mediador profesional tiene una función muy distinta a la de imponer una solución a las partes en conflicto, antes bien su rol está vinculado con la posibilidad de restablecer el vínculo comunicacional entre los actores, o arribar a un acuerdo que sea lo más favorable a ambas partes y en el mejor de los casos lograr la transformación del conflicto.

No sólo carece el mediador del poder de emitir una sentencia (juez) o de imponer un resultado a las partes (árbitro), sino que su misión y objetivos están muy lejos de imposiciones de este o de otro tipo.

* Abogada, egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas (UCA). Mediadora, con entrenamiento del Centro Institucional de Mediación del Colegio de Escribanos de la ciudad de Buenos Aires. Docente universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica (1995-2003) y de la Universidad Iberoamericana (2008-2016). Secretaria de la Facultad de Postgrados de la Universidad Iberoamericana (2012-2016).

Existen diversos enfoques del proceso de la Mediación, como la Escuela Circular Narrativa de Sara Cobb, el Modelo transformativo de Bush & Folger o el Modelo de la Escuela de Harvard de Negociación.

Una de estas escuelas, en particular la Escuela Transformativa, cuyos principales exponentes han sido Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger, en su obra denominada “La Promesa de la Mediación” ponen acento muy especialmente a una herramienta llamada EMPOWERMENT. El significado de esta palabra de habla inglesa, según algunos autores, es empoderamiento, revalorización o fortalecimiento, cualquiera de estas traducciones nos servirá para tener una aproximación a su estudio.

Esta obra refiere al *empowerment* o revalorización como la habilidad que debe desarrollar el mediador en las partes en conflicto para “la restauración de los individuos de un sentido de su propio valor y fuerza y de su propia capacidad para manejar los problemas de la vida”¹.

Pero qué significa en realidad esto y para explicarlo debemos conocer internamente cómo se sienten las personas que acuden a los mediadores para buscar una solución a sus conflictos. Creo firmemente que una tendencia muy normal y natural de todo ser humano es pensar que el otro siempre es el culpable de todos sus problemas, siempre es el “otro”, y en realidad para que exista un conflicto tiene que haber dos o más partes en cuestión, pero la primera consigna para cambiar una perspectiva es reconocerse como artífice y parte del conflicto, “Yo creé este conflicto ahora debo desatar el nudo”, no puede existir ninguna “relación conflictiva” sin que exista un “alter” en la situación de problema.

Por ello, el primer concepto habla de “restauración de los individuos de su propio valor y fuerza” y esto en realidad implica una reconstrucción interna de su propio ser individual, de su percepción, de su actitud y de su destino.

Dentro de un enfoque transformativo, los mediadores no se centran exclusivamente en ayudar a las partes a llegar a un **acuerdo mutuamente aceptable** sino que van más allá de este propósito, antes bien, se concentran en la **capacitación a las partes** para definir cuáles son las verdaderas cuestiones del problema y decidir las modalidades de solución por sí mismos y a la vez, ayudarlos a comprender mejor la perspectiva del otro en el conflicto.

Otro aspecto de vital importancia en este Modelo es la búsqueda del crecimiento del individuo para que se convierta en un mejor ser humano. Y en este sentido, debo poner énfasis en la palabra “crecimiento” del individuo como tal.

Por ello, el **empowerment o revalorización** es una maniobra centrípeta, una fuerza hacia sí mismo, que permite al individuo la reflexión sobre la toma de decisión y que la acción a poner en marcha sea consciente. Esto tiene una implicancia muy importante para el fortalecimiento del individuo y el asumir cualquier decisión ante el problema.

En cambio, el **reconocimiento** es una fuerza centrífuga, hacia afuera, que hace fuerza hacia el otro, a fin de comprenderlo y expresar interés y consideración hacia él.

Ambas fuerzas, la revalorización y el reconocimiento deben ser trabajadas conjuntamente para tener éxito en la mediación transformativa.

A menudo, cuando nos encontramos de frente ante el conflicto nos sentimos vulnerables y no podemos percibir con claridad cuáles son los recursos que tenemos, porque al estar inmersos en el problema, se produce una perturbación que bloquea nuestras capacidades. La revalorización como herramienta para las partes, les permite recuperar la calma, analizar con claridad las opciones y adquirir confianza en sus propias habilidades, redefinir el rumbo que le darán al conflicto. En este sentido es importante, compararlo con un jinete, cuando el

caballo sale a cabalgar y no se le ha puesto las riendas, corre sin rumbo pero una vez que el jinete tome las riendas, el caballo seguirá el rumbo que indique el jinete. El caballo salvaje es comparable al conflicto, si lo dejamos sin control, cabalga sin rumbo; la revalorización es la capacidad del jinete para tomar las riendas del caballo y guiarlo con pasos firmes, tranquilos y seguros.

Como habilidad a ser desarrollada por el mediador, implica la capacidad de saber delegar el poder en la toma de decisión de las partes y conferirles el sentimiento de que son dueños responsables de la solución del problema y del rumbo a seguir en el futuro.

El *empowerment* o revalorización implica CAMBIOS y ellos nunca son fáciles, sobre todo cuando se trata de la actitud que asumimos ante un conflicto, pues cada persona reacciona y percibe de diferentes maneras el conflicto, unos reaccionarán escapando, o bien negando, arreglando, resolviendo y solo el último peldaño, podrá transformar el conflicto.

A modo de conclusión, es importante dejar en claro que no todos los casos podrán llegar a este nivel de transformación. Algunos participantes de la mediación llegaran a restablecer el vínculo de comunicación, lo cual es bastante difícil inicialmente, pues las personas en situaciones conflictivas a veces ni siquiera pueden dirigirse la palabra, o bien, podrán arribar a un acuerdo satisfactorio. Este tipo de mediación transformativa requerirá de varias sesiones para lograr un verdadero cambio en el individuo, dudosamente se podría llevar a cabo con una sola sesión. Finalmente, recalcar el esfuerzo que tendrá que realizar un Mediador para conducir este tipo de proceso, manteniendo el clima de colaboración y co-construcción de un nuevo relacionamiento entre las partes y que implica múltiples esfuerzos, tanto de los participantes como de la sociedad misma al tomar conciencia de la importancia de estos métodos de resolución de conflictos en la búsqueda de la paz social.

BIBLIOGRAFÍA

- La Investigación académica y la práctica de la Resolución de Conflictos Sociales: Manual de Teorías Básicas de Análisis y Resolución de Conflictos. 2008.
- Resolución de Conflictos sin litigios. Folberg & Taylor.
- La Promesa de Mediación. Barush Bush & Folger
- Resolución de Conflictos. Técnicas Mixtas. Linda R. Singer.

LA DETECCIÓN DE CASOS DE MALTRATO Y ABUSO SEXUAL EN NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO DE SALUD Y LA RUTA DE INTERVENCIÓN

*Isaac Ravetllat Ballesté*¹
*Claudia Patricia Sanabria*²

RESUMEN

A partir de la ratificación por Paraguay de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, se sientan las bases jurídicas para entender al niño como un sujeto de derecho, de orden público –es a partir de ese momento visible y no queda ya escondido en el ámbito familiar, en lo privado– es por tanto merecedor de la protección de la

-
1. Profesor Asistente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile). Doctor en Derecho y Magister en Derecho de Familia e Infancia por la Universidad de Barcelona (España). Subdirector del Centro de Estudios sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Universidad de Talca. Vocal del Observatorio de la Infancia de la Generalitat de Cataluña (España). Secretario General de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA). **Correspondencia:** Dr. Isaac Ravetllat Ballesté. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Talca. Campus Talca. Avenida Lircay s/n. Talca. Chile. E-mail: iravetllat@utalca.cl
 2. Magíster en Derecho de Familia e Infancia por la Universidad de Barcelona (España). Magíster en Globalización, Desarrollo y Cooperación por la Universidad de Barcelona (España). Experta en Políticas Sociales de Infancia por la Universidad Complutense de Madrid (España). Encargada de promoción de los derechos del niño del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social del Paraguay. E-mail: sanabriamoudelle@hotmail.com

familia, la sociedad y el Estado³ de manera subsidiaria, ante cualquier situación de violación de sus derechos. Todas las personas están llamadas a denunciar estas situaciones y ya no es posible hacer caso omiso ante su detección. Entre los primeros obligados a denunciar estas situaciones se encuentran los profesionales del ámbito de la salud, por el ejercicio de sus funciones legalmente establecidas.

En este artículo analizamos, en primer término, la problemática en el país, la información estadística disponible y sus inconvenientes, las definiciones con las que se cuenta, la ruta de intervención y los actores involucrados para dar una respuesta efectiva de protección ante el caso concreto.

Es importante también revisar el límite de sus atribuciones o facultades señaladas en las disposiciones y se están ejerciendo de manera eficiente.

Se señala además las de las responsabilidades de cada una de las instituciones que intervienen ante una denuncia.

PALABRAS CLAVE

Maltrato, Abuso sexual en niños, interés superior del niño, detección, obligación, denuncia.

I. LA PROBLEMÁTICA EXISTENTE Y SUS CARACTERÍSTICAS INTRÍNSECAS

1. La naturalización de las situaciones de maltrato y abuso sexual

A pesar de los avances normativos que reconocen los Derechos Humanos de las niñas, niños y adolescentes en Paraguay, algunas

3. Prelación establecida en el Artículo 54 de la Constitución Nacional.

formas de maltrato y abuso sexual están aún invisibilizadas o naturalizadas en el imaginario social. Así, sin ir más lejos, esta aseveración tiene plena vigencia si la referimos a las situaciones de castigo físico, forma de maltrato ésta todavía hoy aceptada para disciplinar a los niños ya sea en el hogar o en la escuela. Un estudio realizado por BECA/UNICEF⁴ señala que el 60 por ciento de los niños encuestados refirieron haber recibido algún tipo de maltrato. Lo más llamativo y aterrador de este trabajo es que se remite al maltrato en el ámbito familiar, por lo que se lamenta que el ámbito de protección por excelencia, la familia, sea el primero en vulnerar los derechos de los niños y las niñas.

Por otro lado, se siguen aceptando como “naturales” o como “problemas sociales”, las uniones entre niñas o adolescentes con adultos, aunque el Código Penal Paraguayo establece claramente como tipos penalmente reprochables, el Estupro⁵ y el Abuso Sexual⁶. Aun cuando en ocasiones se consigue llegar a la denuncia, los casos no tienen seguimiento efectivo por parte de las instancias de protección o se llega a una conciliación, mediación o acuerdo ya sea porque media el consentimiento de los padres o por decisión del propio operador de justicia amparado en el fundamento de que ya conviven hace varios años o de que la niña o adolescente encuentra en el adulto con el que convive, una figura protectora o que tienen hijos comunes.

-
4. Estudio sobre Maltrato Infantil en el ámbito familiar. BECA/UNICEF. Año 2011.
 5. Código Penal Paraguayo, Art. 137. Estupro. como toda relación extramarital: 1°. El hombre que por medio de la persuasión lograra realizar el coito extramarital con una mujer de catorce a dieciséis años, será castigado con pena de multa. 2°. Cuando el autor sea menor de dieciocho años se podrá prescindir de la pena.
 6. Código Penal Paraguayo, Art. 135. Abuso Sexual en niños. El que realizara actos sexuales con un niño o lo indujera a realizarlos en sí mismo o a terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. Con la misma pena será castigado el que realizara actos sexuales manifiestamente relevantes ante un niño y dirigidos a él, o lo indujera a realizarlos ante sí o ante terceros.

2. Las carencias de los datos estadísticos recabados

Sólo en el 2014 el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social registró 706 embarazos en niñas de entre 10 a 14 años de edad, y 20.288 embarazos de adolescentes entre 15 a 19 años de edad. Recordemos que el embarazo en niñas y adolescentes representa una de las más claras manifestaciones de situaciones de abuso sexual, pero se considera que el subregistro es considerable.

Efectivamente, no existe en el país una fuente única de información respecto al número de casos de maltrato o abuso sexual en niñas, niños y adolescentes. Lamentablemente, cada institución involucrada cuenta con su propio sistema de registro y su particular manera de recabar los datos, así podemos encontrar estadísticas al respecto en la Policía Nacional, Ministerio Público, Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y Ministerio de Educación. Esta situación provoca: por un lado, que no puedan cruzarse los registros obtenidos por las diversas instituciones intervinientes; y, de otro, que la problemática no se dimensione suficientemente.

II. MALTRATO Y ABUSO SEXUAL: UN CONCEPTO LEGAL

El profesional de la salud cuenta para la detección de casos con un instrumento conocido como la Clasificación Internacional de Enfermedades –CIE 10– que establece las definiciones de las que son consideradas como tales. Además, en la legislación paraguaya se encuentran referencias a estas situaciones.

A mayor abundamiento, apuntar que las referidas definiciones se encuentran también disponibles en el documento: *Violencia intrafamiliar y de Género. Manual de atención integral a víctimas en el sistema de salud* en la *Guía de Derechos de la Niñez y la Adolescencia en*

*los Servicios de Salud*⁷, que fueron trabajados específicamente para el ámbito sanitario. Es decir, los profesionales cuentan con una definición legal y con unos materiales complementarios que explican las disposiciones legales aplicables al ámbito sanitario y facilitan la detección de los casos.

a. Maltrato⁸: El encargado de la educación, tutela, o guarda de un menor de 16 años que sometiera a éste a dolores psíquicos considerables, le maltratara grave y repetidamente o le lesionara la salud, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 2 años o con multa, salvo que el hecho sea punible con arreglo al artículo 112.

b. Abuso sexual⁹: el que realizara actos sexuales con un niño o lo indujera a realizarlos en sí mismos o a terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años o con multa. Cuando ocurran varios agravantes el autor será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis años.

Vemos así, que las definiciones se han introducido al marco legal vigente y sirven de sustento a las actuaciones de los profesionales de salud. Así también, una vez detectada la situación, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social cuenta con el Flujograma de atención de atención integral a víctimas de violencia (doméstica, intrafamiliar y basada en género) para trabajadores/as de salud, aprobado en el marco del *Programa nacional para la Prevención y atención integral de mujeres, niñas, niños y adolescentes en situación de violencia Basada en género, doméstica e intrafamiliar 2010-2015*¹⁰.

7. La Guía de Derechos de la Niñez y la Adolescencia en los Servicios de Salud es un documento práctico con enfoque de derechos para encaminar el ejercicio de los profesionales y personal de salud en el ámbito sanitario.

8. Código Penal Paraguayo, Art. 134.

9. Ídem 6.

10. Aprobada por resolución s.g. 964/2010 del Ministerio de salud Pública y Bienestar social.

FORMATO DEL FLUJOGRAMA



Fuente: Violencia intrafamiliar y de Género. Manual de atención integral a víctimas en el sistema de salud. Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. 2012.

En el flujograma se incorpora la denuncia como parte de la intervención y aparecen las instancias involucradas que deben dar respuesta, entre ellas Fiscalía, Defensoría, Juzgados, Policía y la Consejería por los Derechos de la Niñez y la Adolescencia (CODENI).

III. LA RUTA DE INTERVENCIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD

Los mismos están obligados a hacer la denuncia ya que se establece esta obligación especial en el artículo 5° del Código de la Niñez y la Adolescencia, en virtud de la visibilidad que cobra la infancia como bien jurídico de orden público.

Es importante aquí profundizar en dos aspectos que menciona el precepto en cuestión, por un lado la obligación y por otro la denuncia; a fin y efecto de dar mayor claridad al alcance de ambos conceptos.

La obligación, conforme señala el diccionario jurídico es “el deber jurídico normativamente establecido de realizar u omitir determinado acto, y a cuyo incumplimiento por parte del obligado es imputada, como consecuencia, una sanción coactiva, es decir un castigo traducible en un acto de fuerza física organizada” (J.C. Smith)¹¹.

Dicho lo anterior, entendemos que en nuestro ordenamiento jurídico se dan los requisitos mínimos necesarios establecidos por esta definición para que el acto de la denuncia por parte del profesional de la salud sea obligatorio. En este sentido, la protección de los derechos del niño y del adolescente está consagrada en la Constitución Nacional, el Código de la Niñez y la Adolescencia y la Ley 57/90. La CN en su artículo 54 establece que “la familia, la sociedad y el Estado tienen

11. Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 24ª Edición actualizada, corregida y aumentada. Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina, 1997.

la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores”.

Por su parte, la obligación de denunciar está recogida en el artículo 5º del CNA, al pronunciarse del siguiente tenor literal: “Toda persona que tenga conocimiento de una violación a los derechos y garantías del niño o adolescente, debe comunicarla inmediatamente a la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI) o, en su defecto, al Ministerio Público o al Defensor Público. El deber de denunciar incumbe en especial a las personas que en su calidad de trabajadores de la salud, educadores, docentes o de profesionales de otra especialidad desempeñen tareas de guarda, educación o atención de niños o adolescentes. Al recibir la información, la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI), el Ministerio Público y el Defensor Público adoptarán las medidas correspondientes, que les competen”.

Adicionalmente, los profesionales del ámbito de la salud, en su carácter de funcionarios públicos y sin perjuicio de lo que se establezca en los reglamentos internos de los respectivos organismos o entidades del Estado, tienen las siguientes obligaciones: “h) denunciar con la debida prontitud a la justicia ordinaria o a la autoridad competente los hechos punibles o irregularidades que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones” (artículo 57 de la Ley de la Función Pública).

En último término, y trayendo ahora a colación el carácter de funcionarios públicos de los profesionales de la salud y conforme a la Ley de la Función Pública (1626/00), que en su artículo 57 dispone que “son obligaciones del funcionario público, sin perjuicio de lo se establezca en los reglamentos internos de los respectivos organismos o

entidades del Estado, las siguientes: h) denunciar con la debida prontitud a la justicia ordinaria o a la autoridad competente los hechos punibles o irregularidades que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones”, parece evidente que sobre ellos recae la obligación o responsabilidad de denunciar.

En otro orden de cosas, apuntar que la atención está protocolizada en el Programa Nacional de Atención Integral a la Violencia y en el Manual de Atención Integral a Víctimas en el Sistema de Salud

Por otro lado, la denuncia es el *acto de poner a conocimiento del funcionario competente (juez, ministerio público o agentes policiales) la comisión de un hecho delictuoso, sujeto a la acción pública, del que se hubiere tenido noticia por cualquier medio...La denuncia que es facultativa puede adquirir carácter obligatoria, ya que los funcionarios y empleados públicos, y a veces los profesionales que no denuncian los delitos de que tuvieren conocimiento en ejercicio de sus cargos, están sujetos a sanción*¹². Muchas veces se discute en la práctica si es lo mismo comunicar que denunciar, parece quedar claro que no existe diferencia y que más bien la primera describe lo que se hace, es decir el objetivo primordial del acto de denunciar es precisamente la comunicación de un hecho. Por tanto, quien comunica está igualmente cumpliendo con su deber de poner a conocimiento, eso sí, siempre que sea a la autoridad competente. Veremos más abajo en detalle cada una de las instancias involucradas según nuestra normativa vigente.

La meta de la promoción de la obligación de denunciar es que el profesional de la salud, además de comprender su rol facilitador y garante de derechos establecido por ley, pueda unir su voluntad de denunciar violaciones de derechos, con la acción concreta, muchas veces truncada por expresiones como: “si haces la denuncia luego ten-

12. Ossorio, Manuel. Op. cit.

drás que perder tiempo en visitas al juzgado”, “la justicia no funciona”, o “todos los procedimientos terminarán por revictimizar a la niña, niño o adolescente por la ineficiencia de los operadores de la justicia”. Estas son solo algunas de las afirmaciones que se escuchan en lo cotidiano, y si bien, en parte tienen su origen en casos reales, no es menos cierto que los hechos que quedan en la oscuridad tampoco contribuyen a avanzar en el respeto a los derechos.

Clarificado todo lo relativo a la obligación, pasemos entonces al flujo de la denuncia. El profesional de la salud que detecta el caso o la sospecha de posible maltrato o abuso sexual, cualquiera sea el servicio o prestación que se esté brindando, a saber: consultas, urgencias, internación, vacunación, estudios laboratoriales, diagnóstico por imagen, etc., debe inmediatamente aplicar el protocolo vigente, en nuestro caso contamos con el flujograma que se presentó más arriba, en el que se establece la ruta a seguir.

Es importante destacar que la primera obligación en el sector salud es atender a la posible víctima y asegurar al máximo posible la atención integral. Luego se aplica el mecanismo correspondiente para canalizar la denuncia. Algunos servicios lo hacen a través de sus departamentos de asesoría jurídica, en esos casos el abogado asume la preparación del escrito de comunicación, contacta con el Ministerio Público o la Defensoría dependiendo del caso determinado y de la situación, ya que existen lugares donde durante la noche solo acuden o responden al llamado agentes de la Policía Nacional. En otros servicios, sin embargo, continúan siendo los propios profesionales de la salud quienes deben comunicar directamente y realizar todas las gestiones necesarias.

Al comunicar los casos inicia el proceso para encontrar una respuesta eficiente para mejorar la situación de la niña, niño o adolescente en cuestión. Se inicia el proceso de denuncia y muchas veces no implica ninguna acción que mejore la situación de la niña, niño o

adolescente, es más en los casos de maltrato y abuso sexual, en la mayoría de las ocasiones, la víctima debe volver a la misma casa donde están violentando sus derechos, esto es así porque no existen programas eficientes que cuenten con lugares transitorios donde puedan permanecer mientras se resuelve el caso en el ámbito jurídico. Los programas de familias acogedoras también son incipientes y funcionan más para el caso de niños pequeños, pero aun estos solo funcionan en ciertas ciudades y de manera muy limitada.

También se ve la ausencia de equipos multidisciplinarios, ya que durante todo el proceso de investigación la persona debería recibir acompañamiento y atención para la reparación del daño.

En muchos casos la Defensoría de la Niñez o el Ministerio Público no reciben la denuncia por cuestiones de competencia territorial o porque refieren que los casos planteados son problemas sociales, sin embargo, para el sector salud, y específicamente para los profesionales de salud que atienden el caso determinado, no hay duda de la situación denunciada ya que cumplen con los indicadores que se describen en el CIE 10 y además en el artículo 5º que habla de situaciones de violación de derechos.

IV. CONCLUSIONES

Es necesario contar con un protocolo único de intervención ante casos de maltrato y abuso sexual que articule las acciones entre todos los actores que deben dar respuesta ante estos hechos a fin de evitar la re victimización y la diferencia de criterios.

Los profesionales de salud están obligados a denunciar y en este sentido, si detectan situaciones de violación de derechos, sus denuncias no pueden ser rechazadas ya que se basan en criterios científicos.

El maltrato y el abuso sexual son hechos que pueden darse con mayor frecuencia como producto de contextos de pobreza, pero no por

ello dejan de constituirse en violaciones de derechos, al contrario se da una suma de situaciones que requieren atención.

Es necesario contar con programas especializados de respuesta ante situaciones de niñas, niños y adolescentes en situación de maltrato y abuso sexual con el objetivo de que encuentren un lugar seguro de acogimiento entre tanto dura el proceso de esclarecimiento de los hechos.

Ahora nos quedamos en la denuncia. No existen dispositivos para acompañar de manera socio educativa a las familias, para las situaciones leves.

Ante esta situación cabe seguir posicionando la necesidad de empoderar a los profesionales de salud en su rol garante y facilitador de derechos, y además apostar al fortalecimiento del Sistema de Protección de la Infancia, que no todo acabe en la detección y/o en la denuncia sino en un acompañamiento real de la persona y la restitución de sus derechos.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Ravetllat I. Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia; 2015.
2. Ravetllat I. El ejercicio de los derechos a la vida y a la integridad física por parte de las personas menores de edad en el ámbito sanitario. Barcelona: Huygens; 2013.
3. Ravetllat I. Derecho de la Persona. Barcelona. Editorial Bosch; 2011.
4. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (CRC/C/GC/14).
5. Dejesús, M. Derecho Constitucional Paraguayo. Tomo I. Asunción: Litocolor, 2009.

6. Manual de Manejo Integral del Adolescente (IMAN).
7. Manual de Atención Integral a Víctimas en el Sistema de Salud. Paraguay 2012.
8. Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. Programa Nacional para la Prevención y la Atención Integral de Mujeres, Niñas, Niños y Adolescentes en Situación de Violencia basada en Género, Doméstica e Intrafamiliar 2010-2015.

**EMPRESAS FAMILIARES: EL DESAFÍO DE PREVENIR
Y GESTIONAR LOS CONFLICTOS PARA CUMPLIR EL
PROPÓSITO EMPRESARIO Y FAVORECER VÍNCULOS
FAMILIARES SALUDABLES**

Silvina Alejandra Francezón *

SUMARIO: EMPRESAS FAMILIARES: RASGOS, VENTAJAS Y OPORTUNIDADES. SEÑALES DE ALERTA DE SITUACIONES CONFLICTIVAS: OPORTUNIDADES DE PREVENCIÓN. LA SUCESIÓN FAMILIAR: ETAPAS Y DESAFÍOS. EL PROTOCOLO FAMILIAR: HERRAMIENTA DE CONSENSOS CON MIRADA ESTRATÉGICA EMPRESARIAL Y VINCULAR. PRÁCTICAS Y PAUTAS DE COMPORTAMIENTO SALUDABLES EN LAS FAMILIAS EMPRESARIAS EXITOSAS.

Las empresas de familia o empresas familiares –independientemente de su tamaño y actividad económica– se caracterizan por un conjunto de rasgos distintivos: % de participación en el capital definido por una familia, uno o más miembros de la familia propietaria desempeña funciones ejecutivas, intención de mantener la participación de la familia en la empresa, una continuidad determinada por el número de generaciones de la familia propietaria que interviene en la

* Abogada mediadora, asesora en resolución de conflictos en empresas y organizaciones y docente universitaria. Realiza prácticas de mediación y formación en resolución de conflictos desde 1998 en Paraguay y desde 2010 en la Argentina. Ha sido parte de procesos de trabajo de diseño legislativo y de servicios de mediación, arbitraje y facilitación de consensos en ambos países. Su experiencia de acompañamiento a empresas de familia se inició en el año 2005 trabajando en el Counseling - Instituto para la Familia, Paraguay.

empresa, una o más familias participan en la dirección o en la propiedad o en ambas, reconocimiento por parte de los empleados no pertenecientes a la familia de que se trata de una empresa familiar, descendientes directos del fundador tienen el control sobre la gestión, sobre la propiedad o sobre ambas.

La importante función social y económica de estas empresas son reconocidas a nivel internacional por indicadores tales como: 800.000 empresas familiares aproximadamente, 9 millones de empleos estimados, 55 empresas familiares centenarias. En Argentina representan: el 75% sobre el total de las empresas, el 55% del PBI, el 70% del empleo privado, el 60% de las exportaciones, el 31% de las que cotizan en bolsa y el 20% de las 500 empresas más grandes del país.

Las empresas de familia comparten los mismos desafíos que cualquier empresa en su rubro en términos de negocio y mercado. Sin embargo, la relación empresa, familia y propiedad que las hace “exitosas” en muchos casos es su principal “talón de aquiles en otros”. Estudios en Argentina expone que el ciclo generacional de éstas dan cuenta que el 65% está a cargo de la primera generación, el 26% de la segunda generación y el 8% de la tercera generación. La mayor “mortalidad” de estos emprendimientos no se da respecto de las formas típicas de finalización del objeto social o situaciones de coyuntura económica, sino de los conflictos interpersonales familiares inadecuadamente gestionados o resueltos (Instituto Empresas Familiares, España, 2010).

Entendemos que la gestión adecuada de situaciones de conflictividad tanto en materia preventiva como en la gestión directa de conflictos es crítica para favorecer la continuidad del negocio y los vínculos familiares.

Estas empresas cuentan con un conjunto de ventajas, que también son fortalezas internas, y pueden colaborar en la prevención de conflictos: cultura propia definida, pasión de la familia por la misión

de la empresa, orientación natural al largo plazo, dirección autónoma y capacidad de toma de decisiones, auto motivación de los directivos propietarios, establecimiento de relaciones duraderas con el personal, los proveedores y clientes.

Aun cuando el conflicto es como tal inevitable e inherente a las relaciones humanas, tener conciencia del entramado empresa, propiedad y familia como sistema de relaciones interdependiente y permanente y sus significancia es también una forma de prevención.

Participamos de la concepción del conflicto como emergente de un “malestar” que ocurre en un sistema. Un sistema está dado por las relaciones interpersonales y su dinámica por la confianza y comunicación entre las personas que son parte del mismo. La empresa es un organismo de vinculaciones y como tal un sistema dinámico. Si en el sistema se produce “algún cambio” producto del comportamiento de algún miembro del sistema, éste cambia. Todo cambio produce naturalmente incomodidad, que puede devenir en un malestar y en una situación de conflicto si no hay espacios de encuentro y conversación donde sea posible “explicitar” lo que pensamos, sentimos y hacemos y sentirnos “reconocidos y escuchados por el otro”. Entonces, el conflicto como oportunidad de mejora, de cambio y aprendizaje es una alerta valiosa que las familias empresarias pueden apreciar y trabajar “con ella y a partir de ella”.

Con consciencia del entramado de relaciones que conforman el sistema empresa-familia en cada uno de los ámbitos se persiguen objetivos y existen desafíos concretos:

- En el ámbito de la propiedad: persigue el mantenimiento de la armonía accionaria, la gestión del patrimonio familiar con el fin de conservarlo y aumentarlo, y la mejora de la rentabilidad y la posición competitiva. El desafío suele ser contar con un plan estratégico de la empresa, el diseño y gestión de órganos de gobierno accionarios, elección del consejo de ad-

ministración, la selección del sucesor. El órgano de gobierno suele ser el consejo de administración o la asamblea de accionistas.

- En el ámbito de la familia: busca el desarrollo personal de los miembros y las relaciones saludables entre éstos. El desafío suele estar en la definición de la misión familiar y del protocolo familiar, el diseño y gestión eficaz de los órganos de gobierno familiar, y la gestión de los conflictos familiares. El órgano de gobierno suele ser el consejo de familia.
- En el ámbito de la empresa: eficacia, clima organizacional saludable y continuo desarrollo organizativo. El desafío suele darse en el diseño de la estructura organizacional, la gestión del cambio e innovación, el establecimiento de política de recursos humanos: selección, desarrollo, identificación y compromiso del personal. El órgano de gobierno suele ser el Comité de Dirección.

Decimos que las Empresas de Familia tienen desafíos comunes a cualquier unidad de negocio y propios, ajustados a su naturaleza: equilibrar la necesidad de liquidez de la familia con la necesidad de capital de la empresa, deficiente planificación familiar y de la sucesión familiar, falta de voluntad del fundador para ceder la propiedad y la dirección en el momento oportuno, dificultad de atraer y retener a los sucesores competentes, rivalidad entre hermanos, dificultad de atraer y retener a ejecutivos competentes no familiares, dificultad de renunciar a la tenencia del 100% familiar ante posibilidad de crecimiento; entre otros.

Estas situaciones funcionan como limitantes y aumentan las debilidades de la organización para cumplir su propósito y desarrollarse en el medio al cual sirven y en el que generan valor económico y social.

En el mapa mental de muchas personas que son miembros de familias empresarias existen un conjunto de “trampas” –que, de ser

advertidas y trabajadas—, pueden ser potenciadoras de nuevas situaciones. En nuestra experiencia: la confusión de ser propietario con “saber dirigir”, la confusión de los flujos económicos de la empresa con los personales, la confusión de los lazos propios de la familia con los de la empresa, retrasar la sucesión, creerse inmunizados “eso a mí no me va a pasar”.

Las señales de alerta temprana funcionan como “semáforo” y colaboran con la salud o la diatrogenia de las relaciones en una organización. Las alertas más frecuentes que se observan en las empresas de familia son: el cambio de comportamiento de alguno de los miembros de la familia empresaria, percepción de un trato injusto por alguno éstos, errores frecuentes de algún familiar en la realización de la tarea, actitudes de desidia para la toma de decisiones, desacuerdo en procesos organizacionales, falta de consenso en la toma de decisiones, desigualdad entre miembros de la familia, falta de planificación, ausencia de diálogos sinceros, fallas en la comunicación recurrentes, inestabilidad de quienes lideran. Estas señales de alerta “puestas sobre la mesa y atendidas” dan cuenta de la salud de los vínculos y de las potencialidades de la organización frente a distintas situaciones.

La sucesión generacional suele ser “el nudo gordeano” de éstas empresas toda vez que de su gestión dependen la continuidad como familiar y el crecimiento o declive de esta como negocio.

Las empresas de familia pueden planificar la sucesión, vencer la resistencia del fundador de retirarse oportunamente para acompañar los cambios organizacionales, garantizar que el sucesor/a sea competente, contar con recursos económicos para atraer y retener directivos no familiares y solventar los aspectos financieros del cambio generacional. No suelen hacerlo naturalmente. En general, los consultantes toman acciones “cuando la sangre llega al río” debido a la escasa cultura de prevención de conflictos que tenemos como sociedad en general y en las organizaciones en particular. Prevenir conflictos antes que resolverlos, no es tener una postura ingenua del desarrollo del conflic-

to y del habitual comportamiento que tenemos ante él las personas: negar, ocultar, evadir, confrontar, colaborar, otros. Prevenir es posible reconociendo y reconociéndose en los conflictos más frecuentes que la organización “sufre”, realizando un “buen plan anticipatorio” antes que un mal plan mañana y aprovechando a realizarlo en “épocas de paz”.

El proceso sucesorio puede ser anticipado y ser utilizado como un escenario de construcción de oportunidades en el marco de un proceso de diálogo y toma de decisiones con horizontes de corto, mediano y largo plazo.

De hecho, en general la sucesión da en etapas con períodos de tiempo distintos según cada familia y proceso particular. En la “etapa previa”, un sucesor potencial –llámese hijo o hija del fundador- se familiariza con el negocio como parte de su crecimiento personal. En la “etapa de inducción” los miembros de la familia presentan al sucesor potencial con ciertas personas asociadas directa o indirectamente a la empresa y otros aspectos del negocio. En la “etapa de inducción funcional” el sucesor potencial comienza a funcionar como empleado de medio tiempo. Esta etapa incluye la educación formal del sucesor, así como la experiencia que pudiera obtener en otras organizaciones. En la “etapa funcional” el sucesor potencial comienza a trabajar a tiempo completo y va concluyendo su educación formal. Antes de pasar a un puesto gerencial, el hijo o hija puede trabajar empleado, lo que traerá consigo la experiencia y conocimiento general de la empresa. En la “etapa funcional avanzada” el sucesor potencial asume tareas de supervisión. Los puestos gerenciales en esta etapa significan dirigir el trabajo de otros, pero no manejar toda la empresa.

En la etapa de “sucesión temprana” se nombra al hijo o hija del fundador, presidente o director general del negocio. Como cabeza del negocio, se supone que ejerce la dirección general, pero el padre/madre todavía “está tras bambalinas”.

Finalmente, la “etapa madura de sucesión” se alcanza cuando el proceso de transición ha terminado. El sucesor es el líder de hecho, lo

mismo que de nombre. En algunos casos, esto no ocurre sino hasta la muerte del predecesor. En el mejor de los escenarios, esta etapa comienza dos o tres años después de que el sucesor asume el puesto de líder.

Un plan de sucesión debe contemplar al menos los siguientes aspectos, para que realmente pueda incrementar sus posibilidades de éxito:

a) Compromiso de la dirección hacia el plan; b) diseño de la organización deseada; c) definición de los perfiles de los futuros directores; d) entrenamiento de los futuros sucesores; e) transferencia dosificada del mando; f) culminación del proceso

Si dentro de la organización existe un órgano de gobierno “formal” (llámese asamblea de accionistas o consejo de administración) éste será el encargado de formular, revisar, aprobar y ejecutar el plan de sucesión. Empero, si la empresa es manejada por una sola persona, el consejo familiar será quien elabore y lleve a cabo dicho plan.

Otro aspecto crítico del proceso de planificación familiar y empresaria es el protocolo de los consensos que la familia empresaria puede darse en un contexto y tiempo determinado. Este acuerdo “parasocial”, que tiene valor jurídico de acuerdo privado entre partes, reglará aspectos que permitan “cuidar” el sistema familia y el sistema empresa y sus interacciones.

El protocolo nace de la esencia de las relaciones familiares y las refleja, por lo que la cuestión del consenso es clave, no se puede imponer. En los casos en que se opta por esta vía, no funciona porque en lugar de favorecer las relaciones de confianza, que es precisamente para lo que está concebido, generará actitudes individualistas y falta de compromiso con unas reglas de comportamiento con las que uno no se siente identificado.

Se trata, quizá del aspecto más complicado a la hora de conseguir un modelo de éxito, porque para que el consenso se produzca, deben

darse las siguientes condiciones: a) eliminación de barreras que conducen a bloquear el proceso de establecimiento del protocolo, y que suelen nacer de actitudes egoístas por parte de algún miembro de la familia; b) eliminación de comportamientos individualistas y favorecimiento del sentido de grupo y la generación de confianza entre los miembros de la familia. Todos deben confiar en la capacidad de sacrificio del otro. Se trata de una promesa que debe verse cumplida cuando las circunstancias así lo requieran; c) establecimiento del sentido de reciprocidad, consistente en convencer a todos los miembros de la familia de que el protocolo es una herramienta que beneficiará tanto al conjunto familiar como a cada individuo en particular.

El proceso de elaboración de un protocolo familiar implica compromiso, conversaciones honestas, tolerancia a las diferencias, convencimiento de su necesidad para documentar acuerdos familiares sobre propiedad, continuidad generacional y control societario. Como cada familia (y cada empresa) es un mundo debido a su cultura, identidad, valores y objetivos no se puede establecer una receta mágica de cuál es el modelo de protocolo familiar de éxito. Cada familia tendrá el suyo propio, adecuado a sus características diferenciadas.

Aun cuando cada protocolo familiar sea diferente, para que un documento de este tipo tenga resultados, los contenidos mínimos que debe describir están relacionados con:

1. Cómo van a ser las relaciones económicas y profesionales de los socios o miembros de la familia;
2. De qué manera se va a producir la entrada o salida de nuevos socios;
3. Cómo se gestiona y organiza la gestión operativa del día a día en el negocio, es decir, quién asume cada rol y qué salario va a percibir por desempeñarlo;
4. Cuáles van a ser los órganos de gobierno, quién participa en ellos y de qué manera;

5. Qué mayoría necesaria es exigible en cada uno de estos órganos para la adopción de acuerdos;
6. Cómo se va a designar al sucesor y qué criterios debe cumplir en cuanto a formación, experiencia y capacidades;
7. Qué sanciones se adoptarán si no se cumplen las normas establecidas y acordadas entre todos.

Teniendo claras estas pautas, cada familia deberá elaborar y consensuar un protocolo propio y adaptado, que cubra las principales incertidumbres y contribuya a crear un ambiente de seguridad y confianza entre los socios de la empresa.

Una vez que una familia empresaria se decide a crear su protocolo, comienza una etapa difícil en la que se pondrán a prueba las motivaciones y los niveles de compromiso de todos los componentes de la estructura familiar.

La cuestión es trascendente, por cuanto desde el momento en que éste se apruebe, el protocolo regirá las relaciones de la familia dentro de la empresa y guiará las decisiones en las cuestiones que más impacto producen.

Por esto, el establecimiento de un protocolo familiar se realiza en un proceso que pasa por diferentes fases, en las que se van elaborando y “madurando” sus contenidos hasta el momento de su puesta en marcha:

1. Diagnóstico de la familia: la familia debe reflexionar sobre su situación en ese momento, qué herencia arrastra del pasado en cuanto a identidad, costumbre y maneras de hacer las cosas y cuál es su misión de futuro.
2. Desarrollo del protocolo: una vez que se ponen en común las motivaciones y objetivos de cada miembro de la familia, llega el momento de intentar reflejarlos en un documento de las características mencionadas anteriormente. Tras una primera redacción, el protocolo debe someterse a debate hasta alcanzar el consenso, lo que puede provocar modificaciones sustanciales en su contenido.

3. **Implantación:** de nada sirve el protocolo si se guarda en un cajón. Una vez consensuado, es importante elaborar los documentos legales que se derivan de él (testamentos, modificaciones estatutarias, etc.) y establecer los órganos de gobierno que describe.
4. **Ejecución:** es la fase en la que se reflejan cómo los acuerdos tomados en el protocolo producen su impacto en el día a día de la empresa familiar. Será necesario acudir al documento a menudo para confirmar que se está llevando a cabo tal como se planificó y validar que todos los miembros de la familia se sienten cómodos con él.

Finalmente, dicen quienes tienen experiencia en prácticas exitosas de empresas de familia que algunos “secretos” son creer que:

1. En la empresa familiar los miembros de la familia pueden desarrollarse personal y profesionalmente;
3. El motor es tener un “sueño empresario”, compartirlo e involucrar en él a los demás miembros de la familia;
3. Vale la pena hacer los esfuerzos y sacrificios necesarios para que la familia funcione;
4. La empresa familiar no es el único interés que comparte la familia;
5. A través de la empresa familiar se puede contribuir a mejorar la comunidad donde ésta se encuentra

También mantener patrones de conducta tales como:

1. Dar información periódica y formación permanente a los accionistas familiares;
2. Contar con una estructura de gobierno en la que participan las distintas ramas de la familia empresaria y realizan reuniones periódicas para mantener el conocimiento y la fluidez de las relaciones entre los miembros de la familia empresaria;
3. Crear estructuras e instrumentos que facilitan la continuidad de la propiedad;

4. Establecer ciertas reglas para el ingreso de los familiares, que incluyen un proceso de formación y experiencia previa para poder llegar a los cargos directivos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Amat, Joan M., Martínez, Jon I. y Roure, Juan. “Transformarse o desaparecer. Estrategias de la empresa familiar para competir en el siglo XXI”, Colección del Instituto de la Empresa Familiar, Ed. Deusto, Barcelona 2008
- Bermejo, Manuel. “Hacia la empresa familiar líder. Una visión práctica y optimista”, Ed. Pearson Educación S.A., Madrid, 2008.
- Dodero, Santiago, “El secreto de las empresas familiares exitosas”, Buenos Aires, El Ateneo, 2008.
- Dodero, Santiago, “El secreto para resolver conflictos en la empresa familiar”, Buenos Aires, El Ateneo, 2014.
- Echaíz Moreno, Sandra Violeta “Derecho y Empresas Familiares. El protocolo familiar en las mypes familiares peruanas”, Ed. Thompson Reuters La Ley, Lima, Perú, 2014.
- Favier Dubois (h), Eduardo M. y Spagnolo, Lucía “Herramientas legales para la empresa familiar”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2013.
- Favier Dubois (h), Eduardo M. y Spagnolo, Lucía “Doce trampas legales para las empresas familiares Reglas para evitar que aparezca el “licántropo”. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2014.
- Favier Dubois (h), Eduardo M. y Spagnolo, Lucía “Diez mandamientos legales para las empresas familiares. Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2015.

**EL DERECHO AL JUEGO EN LA VIDA DE NIÑOS Y NIÑAS:
*UN DERECHO QUE DEBE TOMARSE MUY EN SERIO***

Nora E. Lezcano*

Abstract

El presente artículo aborda la relevancia del derecho al juego en la vida de niños y niñas, su afectación directa en el desarrollo armónico e integral. Expone los diversos beneficios que representa para la niñez y la obligación por parte del Estado, la sociedad y la familia en garantizar de manera efectiva su ejercicio real.

Finalmente, plantea conclusiones que representan una invitación para propiciar un mayor compromiso en visibilizar al derecho al juego como parte de la gama de los derechos humanos fundamentales que encuentra en los niños y las niñas sus principales titulares.

-
1. Abogada. Mediadora. Docente universitaria de grado y postgrado. Masteranda de la Maestría en Educación con énfasis en la investigación socio-educativa. Consultora en derechos humanos de la Oficina de la Asesora en Derechos Humanos para Paraguay de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Con formación y experiencia particularmente en la promoción y defensa de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia y de las personas con discapacidad, así como en la resolución alternativa de los conflictos a través de la negociación y la mediación. A lo largo de los últimos 13 años de su profesión ha participado y contribuido en procesos de construcción de políticas públicas, iniciativas y reformas legislativas y estructurales con enfoque de derechos.

Desarrollo

“Jugar para mí es amor, voluntad, mi corazón se vuelve muy rojo, porque mi cachete y mi carita se ponen rojo, me hace feliz...”. Mateo Agustín (mi hijo de 5 años de edad, quien inspiró y a quien dedico este artículo).

Dibujar, pintar, cantar, bailar, crear, recrear, inventar, idear, soñar, imaginar, actuar, forman parte del sin fin de opciones que integran el amplio y fantástico mundo del “juego” en la niñez, que constantemente se ve alimentado por la infinita creatividad de niñas y niños en todo el mundo.

La relevancia del juego y la recreación para todo niño y toda niña fue reconocida como tal en la comunidad internacional, así como lo establecía la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en la cual se proclamó que *“el niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones (...); la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho”*.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDN), ratificada en Paraguay a través de la Ley N° 57/90 establece en su art. 31 que *“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes”*, de esta manera el derecho internacional de los derechos humanos reconoce en el juego uno de los derechos humanos fundamentales en la vida de las niñas y los niños.

En el juego se expresan emociones, se inventan roles, se asumen desafíos, se descubren talentos, se expresan miedos y se aprende a confiar en poder superarlos. Recordemos cuando a tempranas edades utilizábamos un viejo pañuelo de alguna abuela, que colocado cuidadosamente en el cuello, se convertía en una poderosa capa de superhéroe, mientras que las veredas, verdaderos escenarios donde se recrea-

ban escenas de películas fantásticas, representaba la extensión del hogar, en el cual niños, niñas, corrían, rían, ejerciendo así el arte de recrearse por medio del juego.

Qué poderosos nos sentíamos jugando, porque jugar significaba crear una y mil veces una nueva realidad que nos permitía abstraernos de todo lo conocido.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el juego como un derecho, siendo uno de los derechos humanos fundamentales de la niñez y la adolescencia, así como reza el art. N° 31 de la misma norma internacional que forma parte de nuestro derecho positivo nacional desde los años 90.

Pese a que la principal norma internacional en materia de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, reconoce al juego como un “derecho”, no obstante según el Comité sobre los Derechos del Niño, en su ***Observación General N° 17 sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (art. 31)***, señala que aún es limitado el cumplimiento efectivo y el desarrollo integral de dicho derecho en la vida de los niños y las niñas, que a su vez se traduce en el desafío por parte de los Estados en visibilizarlo en la agenda pública por medio de presupuestos adecuados, programas necesarios y adecuaciones legislativas y estructurales pertinentes.

A continuación se presentarán los diversos beneficios que representan para la vida de un niño y de una niña, gozar del ejercicio del derecho al juego y de cómo la sociedad toda puede beneficiarse de sus impactos positivos.

El juego como derecho debe ser, entre otros aspectos, considerado como:

- actividad lúdica;
- actividad de estímulo de desarrollo del sistema cognitivo;
- actividad que permite el ejercicio de la creatividad, la inventiva y la imaginación;

- actividad que estimula la confianza;
- actividad que permite el desarrollo de aptitudes físicas, sociales, cognitivas y emocionales;
- actividad que promueve la socialización a través de la participación, la capacidad de negociación, empatía, la toma de decisiones, la resolución de problemas, entre otros.

Como se evidencia es un derecho con sinnúmeros de fines que puede servir de plataforma para garantizar otros derechos, incluso para que los niños y las niñas puedan entender su propia cultura, afiancen su identidad, pertenencia y comprendan las culturas de otros niños y niñas, incorporando y valorando así el derecho a la diversidad, la inclusión y la no discriminación.

Según lo establece la Convención, el ejercicio del derecho al juego debe ser garantizado atendiendo las diversas etapas de la vida de los/as niños/as, es decir teniendo en cuenta que las actividades recreativas sean propias y adecuadas para cada edad.

De esta manera, pensar de forma restringida en el ejercicio del derecho al juego como algo meramente lúdico o centrado en un pasatiempo es negarle su integralidad y lo multidimensional de sus aspectos, fines y efectos en la vida de niños y niñas y por ende, en el impacto positivo que puede generar también en la sociedad.

En este aspecto la participación supervisada de la persona adulta, debe ser tal que permita un ejercicio efectivo del derecho al juego sin constreñirlo ni agotar la libertad ni la autonomía progresiva de los niños y las niñas, respetando siempre el interés superior del niño y de la niña, como principio fundamental y orientador de este o cualquier otro derecho, cuya titularidad se encuentra garantizada y reconocida en ellos y ellas como verdaderos sujetos de derechos.

La participación supervisada de la persona adulta no implica solamente una participación directa en los espacios para el ejercicio del derecho al juego, sino que se debe dar a través de sus agentes

estatales, de la sociedad y la misma familia, para asegurar espacios, locaciones y momentos que estén destinados de manera adecuada y de forma accesible, para que a la hora de que los niños y las niñas deseen ejercer este derecho, no encuentren barreras que puedan limitar o afectar negativamente su pleno ejercicio. Es decir, el derecho al juego también incluye el derecho del niño y la niña a que se respete su propia elección de ejercerlo o no, y como tal se lo debe reconocer, respetar y proteger.

El Comité sobre los Derechos del Niño reconoce en el juego y la recreación, oportunidades de forjar amistades, desempeñando una función clave en el fortalecimiento de la sociedad civil, contribuyendo al desarrollo social, moral y emocional del niño, plasmando la cultura y formando comunidades. Los Estados Partes deben propiciar las oportunidades para que los niños se reúnan libremente con sus compañeros en la comunidad. También deben respetar y apoyar el derecho del niño a establecer asociaciones, sumarse a ellas o abandonarlas, y el derecho a reunirse pacíficamente. Sin embargo, los niños y las niñas no deben ser nunca obligados a participar en organizaciones o a afiliarse a ellas.

Así mismo, el Comité sobre los Derechos del Niño expresa que los niños y las niñas tienen un deseo espontáneo de jugar y participar en actividades recreativas, y buscarán oportunidades de hacerlo incluso en los ambientes más desfavorables. Sin embargo, es preciso asegurar ciertas condiciones que permitan el ejercicio de este derecho de manera óptima. En este sentido, los niños y las niñas deberán:

- Estar libres de estrés;
- Estar libres de exclusión social, prejuicios o discriminación;
- Tener un entorno en que estén protegidos del daño o la violencia social;
- Tener un entorno suficientemente libre de desechos, contaminación, tráfico y otros peligros físicos para que puedan

circular libremente y de forma segura dentro de su vecindario;

- Disfrutar de un descanso adecuado a su edad y su desarrollo;
- Disponer de tiempo libre, sin actividades impuestas de ningún tipo;
- Contar con tiempo y con un espacio accesible para jugar, sin control ni gestión de los adultos;
- Contar con espacio y oportunidades para jugar al aire libre, no acompañados, en un entorno físico diverso y estimulante y con fácil acceso a adultos que los ayuden, cuando sea necesario;
- Tener oportunidades de experimentar e interactuar con entornos naturales y con el mundo animal y de jugar en ellos;
- Tener oportunidades de invertir en su propio espacio y tiempo para crear y transformar su mundo, usando su imaginación y su lenguaje;
- Tener oportunidades de explorar y comprender el patrimonio cultural y artístico de su comunidad y de participar en él, crearlo y plasmarlo;
- Tener oportunidades de participar con otros niños en juegos, deportes y otras actividades recreativas, apoyados, cuando sea necesario, por facilitadores o instructores cualificados;
- Contar con el reconocimiento, por los padres, los profesores y la sociedad en su conjunto, del valor y la legitimidad de los derechos consagrados en el art. 31.

Es de señalar además que un aspecto fundamental que ha sido destacado como preocupante por el Comité sobre los Derechos del Niño a los Estados Partes, se refiere a las exigencias del éxito académico en donde numerosos niños y niñas de muchas partes del mundo se ven privados del derecho al juego y a la recreación a la luz de lo que establece el art. 31 de la Convención, como consecuencia de la impor-

tancia que se le atribuye al éxito académico formal sobre el derecho al juego.

De acuerdo a lo precedente el Comité expone como esencial considerar diversas situaciones que se presentan a la hora de reflexionar sobre los aspectos que son desafíos y deben ser visibilizados y abordados de manera adecuada para asegurar el desarrollo integral del derecho al juego. Y a modo de ejemplo se mencionan:

- La educación en la primera infancia está centrada en medida creciente en metas académicas y en el aprendizaje formal, a expensas de la participación en juegos y del logro de resultados de desarrollo más generales;
- La instrucción extra programática y los deberes escolares están reduciendo el tiempo que los niños pueden dedicar a actividades de su elección;
- El plan de estudios y el programa diario con frecuencia no reconocen la necesidad del juego, la recreación y el descanso, o no prevén tiempo para ello;
- Los métodos educativos oficiales o de enseñanza en las aulas no aprovechan las oportunidades de aprendizaje activo a través del juego;
- El contacto con la naturaleza está disminuyendo en muchas escuelas, y los niños pasan ahora más tiempo dentro de estas;
- Las oportunidades de realizar actividades culturales y artísticas y la presencia de educadores especializados en las artes están disminuyendo en las escuelas de muchos países, en favor de las asignaturas más académicas;
- Las restricciones de los tipos de juego que pueden realizar los niños en la escuela inhiben la creatividad, la exploración y el desarrollo social.

Todas estas preocupaciones señaladas por el Comité sobre los Derechos del Niño ejemplifican de manera gráfica la poca o nula im-

portancia que los Estados en general dan al derecho al juego y por ende, las pocas o limitadas acciones llevadas a cabo para efectivizar de manera integral su desarrollo de acuerdo a lo expuesto a lo largo del presente artículo.

Por su parte, la misma la Constitución Nacional en su art. 54 establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral y como se ha mencionado el derecho al juego contribuye debidamente al desarrollo de aptitudes físicas, sociales, cognitivas y emocionales.

Conclusión

Negar la relevancia del derecho al juego, es negar y cercenar una de las principales actividades que tienen los niños y las niñas durante esta etapa de su crecimiento y que si es restringida o limitada en cuanto a su ejercicio se afecta de manera directa su desarrollo armónico e integral.

El juego es vital y al ser reconocido como derecho es fundamental y se traduce en una obligación por parte del Estado en generar las condiciones necesarias para asegurar su ejercicio efectivo e integral en la vida de todos los niños y todas las niñas.

El derecho al juego debe ser tomado en cuenta de manera muy seria por el Estado, la sociedad y la familia, asegurando su ejercicio de manera segura y acorde a la edad de cada niño y cada niña, teniendo en particular en cuenta a aquellos que viven en situaciones de mayor vulnerabilidad, promoviendo acciones que garanticen su inclusión efectiva.

Como lo expresa Alejandro Jodorowsky, ***“en alguna parte sabemos que, para vivir; debemos curar a nuestro niño porque no ha recibido lo que merecía. Debemos darle lo que no tiene. Los niños aprenden mucho más jugando que estudiando, hacien-***

do que mirando. Los niños que han podido jugar bien y durante mucho tiempo serán adultos mejores ya que el juego da recursos para la vida. Jugar es necesario”.

Para finalizar me permito retomar la expresión con la que se dio inicio a este artículo, y se encuentra inspirada en las palabras reflexivas de un niño de 5 años a la hora de definir qué representa para él “el juego”: ***“jugar me hace feliz”***, y de acuerdo a esto considero que en verdad como adultos y adultas tenemos la inmensa responsabilidad de tomar muy en serio la obligación de que todos los niños y todas las niñas puedan efectivamente “jugar... en el sentido amplio de este derecho”, porque de ello no solo depende su desarrollo armónico e integral, sino que en ello está involucrada también la posibilidad de sean felices.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Nacional de 1992.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 57/90.
- Observación General N° 17 del Comité sobre los Derechos del Niño.

BREVE RESEÑA DEL EJERCICIO DEL PODER EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

*Melissa Analía Duré Arias**

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo pretende dar una visión global de las relaciones de poder dentro de nuestro país. Se han tomado como textos de Michael Foucault tales como: “Historia de la Sexualidad I, la Voluntad del Saber”, “El Sujeto y el Poder”, la clase denominada “Seguridad, Territorio y Población” y “Vigilar y Castigar” a partir de los cuales se ha pretendido hacer un relato somero del ejercicio del poder en las épocas más relevantes de nuestra historia.

Una de las razones por la cual, sin ser historiadora, he decidido abordar este tema, es porque siempre me ha llamado la atención el hecho de que nuestro país, durante casi doscientos años de vida independiente, se ha caracterizado por la preeminencia de los gobiernos autoritarios. Tanto es así, que podemos decir, sin temor a cometer error alguno, que nuestro país ha tenido ciertas y excepcionales “primaveras democráticas” y dos décadas de democracia “formal”, debido

* Abogada, egresada de la Universidad Nacional de Asunción (UNA). Masteranda en Filosofía Política por la UNA. Docente de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Iberoamericana. Especialista en Docencia Universitaria. Miembro del plantel de docentes del Instituto Superior de Estudios Humanísticos y Filosóficos.

a que la mayoría de los gobiernos anteriores han tenido su génesis en golpes de estado y purgas.

A la par, otra peculiaridad que trataré de describir es que desde la conquista, y salvo las pausas prolongadas que significaron las dictaduras, el ejercicio del poder se concentraba en instituciones para-administrativas, para-legales, como lo eran las comunidades religiosas y las estancias. Veremos como los mismos ciudadanos se erigían en vigías permanentes de sus conciudadanos; cómo las congregaciones religiosas, los aparatos de producción y las dictaduras han moldeado paraguayos a la “medida”.

Por último, espero que el lector pueda descubrir la paradoja histórica que refleja nuestra política, y cómo nuestra sociedad ha sido presa de autoritarismos dictatoriales o tribales en un contexto que repetidamente se hace llamar “republicano”.

Es importante destacar que el Paraguay a lo largo de casi toda su historia se ha mantenido al margen de las corrientes de pensamiento debido a su aislamiento tanto geográfico como cultural. El mismo ha sido una colonia marginal dentro del dominio español, razón por la cual, salvo para la provisión de alimentos o materia prima, no mantuvo lazos estrechos con la Metrópoli.

Esta situación de aislamiento geográfico y político ha marcado la historia de nuestro país en donde la política criolla presenta sus peculiaridades. Por estas latitudes y a pesar de contar en la actualidad con un aparato burocrático colosal y anquilosado, no es posible identificar con mucha facilidad una estructura jurídica formal como la que hubo y hasta ahora hay en Europa y que a la vez configura con concepto tradicional del poder, entendiendo éste que se legitima y radica en la estructura administrativa de un Estado. Esto se debe a que las instituciones en nuestro país no pasan de ser solemnidades, y que el verdadero poder, desde mucho antes de que el resto del mundo haya

entrado a la era industrial, se ejercía y se sigue ejerciendo, en términos de Foucault, capilarmente. A pesar de que en la Colonia los Estatutos Jurídicos dependían inmediatamente de las Autoridades Reales Españolas, veremos que la ejecución de la justicia y cualquier otro tipo de ordenamiento destinado a la convivencia, no estaba precisamente en manos de las autoridades establecidas, “visibles”.

Durante el periodo colonial la autoridad real se encontraba prácticamente ausente, lo cual ha llevado en incontables ocasiones a que los pobladores de la provincia eligieran sus autoridades y a la aparición de los recordados movimientos comuneros. En este sentido se puede afirmar, sin lugar a dudas, que el Paraguay ha desarrollado una historia política al margen del Imperio Español, en donde la mayoría de las decisiones políticas eran tomadas en reuniones de sesgo asambleario (aunque con sesgo oligárquico debido a que se sustanciaban únicamente entre los españoles y criollos) en donde las autoridades provinciales eran electas.

Uno de los aspectos más llamativos del modelo político imperante durante la colonia lo ha sido sin duda la puesta en práctica de los BANDOS DE BUEN GOBIERNO, que consistían en prerrogativas judiciales conferidas a las autoridades provinciales para la reglamentación de la convivencia social. Estos instrumentos legales se caracterizan por amalgamar disposiciones de orden administrativo, penal y civil sin distinciones de fueros ni autoridades encargadas respecto de su coerción. Es aquí donde radica la principal peculiaridad de estos bandos, porque para que los mismos sean aplicables más que una estructura administrativa, necesitan de la población misma para ejercer el control. La aplicación de los mismos no sería posible, por ejemplo, sin el auxilio de personas que delaten a sus vecinos, “soplones” o mejor dicho “pyragüés”, ciudadanos comunes que prestan sus ojos y oídos indiscretos para controlar y luego delatar a los demás ante la autoridad represora de la época.

Ahora bien, tal vez por la situación relajada que se vivía en la provincia, en contraposición con el Perú o México no se puede afirmar que se haya impuesto una “cultura de sangre” sobre el grueso de la provincia ni que existan frecuentes masacres dentro de la población en general. Pero en donde sí se ha verificado el derecho de disposición respecto de las vidas y de los cuerpos es en las minorías étnicas mediante institutos como la encomienda. Este estado de servidumbre ha constituido un paradigma del ejercicio del poder en nuestra tierra, en la cual el derecho de la vida consistía en la omisión del amo respecto de la existencia del esclavo, éste vivía, tal como lo decía Foucault “porque simplemente no se mataba, o se lo dejaba vivir”¹. Paradójicamente, este derecho de sangre se encontraba fundamentado, a parte de la cosificación de la servidumbre, en un esquema de producción, de maximización de las ganancias, en un incipiente capitalismo rural, extremadamente diferente de las sociedades mercantiles o industriales europeas. Esto en cierta manera guarda semejanzas con el Biopoder en el sentido de que se verifica la necesidad de contar con una servidumbre dócil, útil y sobretodo eficiente.

Ahora bien, respecto de esta particular forma de Biopoder podemos decir que presenta elementos tales como la disciplina y la división de trabajo, pero que a la vez se manifiesta haciendo uso muchas veces de la violencia corporal. Esta forma de Biopoder, en concordancia con lo afirmado por Foucault, no entiende de individuos, sino de fuerza de trabajo, aunque carece por completo de las cualidades taxonómicas que el autor de referencia le atribuye.

1. “...El derecho de vida y muerte tal como se formula en los teóricos clásicos ya es una forma considerablemente atenuada....De todos modos, el derecho de vida y muerte, tanto en esa forma moderna, relativa y limitada, como en su antigua forma absoluta, es un derecho disimétrico. El soberano no ejerce su derecho sobre la vida sino poniendo en acción su derecho de matar, o reteniéndolo; no indica su poder sobre la vida sino en virtud de la muerte que puede exigir...” FOUCAULT, MICHEL. “HISTORIA DE LA SEXUALIDAD” - Cap. V - Pág. 163.

Aparte de las servidumbres, otra modalidad de ejercicio de poder, lo han constituido indudablemente la ejercida por las congregaciones religiosas, muy especialmente la jesuita. La misma arquitectura de las reducciones, que si bien no han adoptado el modelo circular del panóptico, demuestran una estructura minuciosa basada en las clasificaciones según sexo, oficio, edad., etc. Si bien en el trato brindado por los religiosos a los indígenas no se recurría a la violencia corporal frecuente, no debemos olvidar la aculturación, la “normalización” que han experimentado los mismos, al ser adoctrinados en el cristianismo y asimilados, mediante diversas faenas, a la “civilización” occidental. Es de notar cómo la disciplina imperante en las reducciones, en pleno siglo XVII constituye un verdadero antecedente del utilitarismo y la sociedad panóptica. Si bien no se puede hablar de un contexto industrial y mercantil basado en la producción de capital, es bien sabido que los territorios jesuitas constituyeron unidades cuasi políticas auto-sustentables, que se apoyaban en la diversificación de labores². Mediante el adoctrinamiento, se buscaba civilizar al indígena, quien a pesar de ser oriundo de estas tierras era considerado como un ser perdido para los conquistadores. La cultura neolítica así como el animismo y panteísmo religioso característico de los indígenas eran vistos como superstición y, en términos más benévolos, una subcultura con peculiaridades quasi místicas.

2. “... EL CRECIMIENTO DE LA PROVINCIA JESUÍTICA DEL PARAGUAY. Desde un punto de vista organizativo, diríamos que la descentralización en la toma de decisiones, la oportuna adaptación así como la unidad entre sus miembros y la obediencia que caracteriza a esta provincia en sus mejores años. Sus posibilidades de desarrollo personal e institucional quedan sensiblemente condicionadas por esa colaboración entre los miembros de estas provincias y entre esta misma y las otras... Las tasas rápidas de crecimiento en el número de jesuitas iban relacionadas con el incremento de instituciones de enseñanza, aun cuando, en conjunto, la mayor parte del tiempo de los sacerdotes unidos a esas instituciones estuviese dedicada a tareas no docentes. De un total de 5.165 jesuitas por 1579 (en comparación a cerca de 938 por 1556) se pasa, en 1600, a 8.519, y en 1616 a 13112...”. Blúmers, Teresa. “La Contabilidad en las Reducciones Guaraníes”. Págs 22 y 23.

Han sido los jesuitas los primeros quienes han notado que la expoliación no conducía a nada; que el trato conferido muy especialmente por los encomenderos a los aborígenes se reducía a una ostentación de violencia que lo único que propiciaba era la sublevación de los sometidos. Han sido los jesuitas los primeros, quizá en la historia, quienes entendieron el valor de la educación como herramienta para la formación de individuos “normales”. Los mismos, mediante la doctrina religiosa han logrado lo que no pudieron los arcabuces; la sumisión de los indígenas.

Esta modalidad de ejercicio del poder bien puede hallar su correspondencia con el modelo “pastoral” de poder del cual habla M. Foucault. Más allá del la convicción que tuvieran los misioneros respecto de la existencia de Dios, del Más Allá o de cualquier Historia de la Salvación, las reducciones jesuíticas constituyen una verdadera síntesis entre la salvación del alma y la salvación de la carne, ahora bien, y en razón a que las convicciones resultan muy subjetivas, no podemos establecer si cual de ellas ha servido de medio y cual de ellas era el fin; si la salvación de la carne estaba destinada a la dicha en el más allá, o la promesa de una dicha eterna era una excusa para atraer más acólitos a la reducción. Vemos cómo siglos antes que Foucault, en esta parte del mundo ya estaba presente la deconstrucción del individuo, ya se tenía bien claro el rol que tenía una población, cómo la misma debía ser estudiada en sus peculiaridades (los jesuitas han sido los primeros estudiosos de la lengua guaraní, por ejemplo), se debía trabajar la conciencia de los individuos y de toda una colectividad. En este contexto, tampoco podemos hablar de un sujeto (con referencia al indígena) porque todo lo que lo definía ha desaparecido.

Este es uno de los ejemplos más significativos respecto de un ejercicio de poder alejado de los modelos legales. Si bien es cierto que la Compañía de Jesús se adscribe dentro de los regímenes verticales de las comunidades religiosas, su influencia ha sido completamente

para-estatal, para-judicial, y a la vez la más efectiva de todas. Tanta ha sido la prosperidad económica que han alcanzado que las mismas, fácticamente, se desenvolvían como entidades políticas autónomas, lo que ha despertado el recelo de las autoridades reales, de los grandes propietarios, de los bandeirantes que con sus correrías pulverizaban sus poblaciones; circunstancias que en ciertas circunstancias han determinado su expulsión en el año 1767.

A parte de nuestro aislamiento geográfico, es importante mencionar una disposición real que ha marcado nuestra vida política y sobre todo la quasi inexistencia de un poder centralizado fuerte durante todo el periodo colonial. La denominada “Real Provisión del 12 de setiembre de 1537”³ autorizaba a los mismos conquistadores la elección de sus gobernadores, siendo uno de los primeros elegidos por esta modalidad el célebre Domingo Martínez de Irala, considerado por la cultura popular como el padre de la “paraguayidad”. El simple hecho

3. *...Poco después llegaba a Buenos Aires un personaje de intensa actuación en la historia del Plata, el veedor de fundiciones, Alonso de Cabrera. Traía en sus alforjas un documento simplemente sensacional: la real cédula del 12 de setiembre de 1537, otorgada por doña Juana y don Carlos. Mandaba en ella: Si don Pedro de Mendoza no hubiese dejado lugarteniente o el que hubiere dejado, cuando él (cabrera) llegase, fuese fallecido y al tiempo de su fallecimiento o antes no hubiese nombrado gobernados, o los conquistadores o pobladores no lo hubiesen elegido, mandamos en tal caso y no otro alguno hagais a los dichos pobladores y los que de nuevo fueren con vos para que primeramente habiendo jurado elegir a persona que convenga a nuestro servicio y al bien de dicha tierra. Elijan por gobernador en nuestro nombre y capitán general, de aquella provincia la persona que según Dios y sus conciencias pareciere más suficiente para dicho cargo. Y la persona que así eligieron todos en conformidad o la mayor parte de ellos use y tenga el dicho cargo al que por la presente damos poder cumplido para lo ejercite cuanto nuestra merced y voluntad fuere. Si aquél falleciere se torne a proveer otro por la susodicha. Lo cual mandamos se haga con toda paz y sin bullicio ni escándalo, apercibiéndoos que lo contrario nos tendremos por deservidos y lo mandaremos castigar con todo rigor y mandamos que en cualquiera de los dichos casos que hallareis en la dicha tierra personas nombrada por gobernador de ella obedezcáis y cumplais sus mandamientos....”. Chavez, Julio César. “Descubrimiento y Conquista del Río de la Plata y el Paraguay”. Pág. 137.*

de que la autoridad real, sea por pragmatismo o más bien por desinterés, debido a que este territorio carece de recursos mineros, haya conferido este instrumento legal, constituye un hecho hasta si se quiere singular en el contexto histórico de la época, en pleno absolutismo. En este sentido, el intercambio con la metrópoli era escaso, el actual territorio paraguayo no constituía un interés estratégico para el comercio y mucho menos para la migración. La escasa población, ha contribuido a un sistema político particular, el cual estaba dotado legalmente (entendiendo este término como derecho positivo vigente) de todas las instituciones creadas para las colonias americanas, es decir, que contaba con un ordenamiento jurídico formal, más el ejercicio de una autoridad centralizada era prácticamente irreconocible, y la figura del gobernador constituía más bien una solemnidad y no una institución de gobierno.

Como lo hemos mencionado con anterioridad, a parte de las misiones jesuíticas que constituyeron verdaderos precursores del pantoísmo, podemos afirmar que a lo largo de casi trescientos años de colonia, ha sobrevivido una forma casi tribal de ejercicio del poder.

El Paraguay se fue construyendo a partir de liderazgos aislados, de caudillos, de hacendados; el poder en nuestro país, salvo los periodos de dictadura, siempre estuvo atomizado en diversas estructuras sociales, siendo una de las mejor organizadas, la Compañía de Jesús. Otro epicentro de poder que perdura hasta ahora es indudablemente el ejercido por los grandes terratenientes. En este sentido, las famosas estancias (haciendas, fazendas), constituyen otro escenario del poder, un poder mucho más acorde con el despotismo monárquico que con el ascetismo jesuita. Aquí se puede encontrar una forma rudimentaria de Biopoder destinada a la producción ganadera y agrícola imperante en nuestra economía hasta hoy. Sin embargo, este Biopoder no se alimenta de la normalización mediante la educación formal o religiosa, el mismo se apoya en las necesidades de los estratos más carencia-

dos, mediante la servidumbre⁴. No debemos olvidar que estas haciendas han salido verdaderas “instituciones” que caracterizan la sociedad paraguaya como lo es el criadazgo.

Y es que salvo la perspectiva utilitarista del Biopoder, las estancias constituían (y constituyen) un gran feudo, una especie de micro reinado, donde el hacendado era el soberano de un dilatado territorio, abstraído paradójicamente, de la autoridad real en la colonia. Este sector sigue siendo muy influyente en nuestra sociedad y constituye uno de los grupos de presión más fuertes que existen en nuestro medio; los grandes hacendados constituyen una coacción invisible, son el poder detrás de los partidos, los legisladores, los magistrados, los medios de comunicación, los narcotraficantes, entre otros. Ellos son la encar-

4. CON REFERENCIA A LA SERVIDUMBRE DE LOS NEGROS... *Relación siervo-amo y comportamiento del esclavo: “El sistema esclavista fue instaurado y mantenido por la violencia. Azotar a los esclavos no implicaba solo un castigo; era también una manera de dominarlos, de amedrentarlos y recordarles su servidumbre...”. En el estado de sumisión en que se encontraban, no tenían otra alternativa, y como rechazo al régimen ocasionaban fugas, rebeliones, vagabundajes y revueltas. En tales condiciones la Corona de España lanzó una real cédula en 1541. En ella afirmaba y prescribía: “Son los negros de los encomenderos muy perjudiciales en los pueblos de indios, porque los ayudan a embriagarse, vicios y malas costumbres, hurtas sus haciendas y hacen otros muchos daños, y porque conviene prevenir el remedio para que de ninguna forma tengan con los indios contratación, comercio, ni comunicación, mandamos que ha justicia haga guardar y cumplir lo ordenado... que no vivan co indios y se les excuse se todo género de comunicación, castigándolos con rigor”. En 1543, Diego Bretón, esclavo de Ñuflo de Chávez, fue procesado por intento de fuga a la otra banda del río Paraguay, región de indios infieles; el alcalde mayor, a través del gobernador Alvar Núñez, enjuicia al negro, “y le dan 200 azotes a sufrir por las calles y un años de destierro para los bergantines”. También los encomenderos brindaban hospedaje a esclavos evadidos a cambio del salario-jornal. A raíz de ello, el gobernador Martín de Barúa dictó un bando sobre la administración de la provincia y acotó “que ninguna persona de cualquier calidad y condición se atreva ni tenga en su casa, chacra y estancia, o cualquier otro lugar, esclavo huido, especialmente sin consentimiento del dueño, con apercibimiento de pagar al amo del esclavo los jornales de trabajo...”. Rubiani, Jorge (coordinación). La Historia del Paraguay. Tomo I. Pags. 205 y 206.*

nación de lo “para-legal” del “contra-derecho”; constituyen un ejemplo claro del un ejercicio dual del poder; por un lado como todo un monarca dentro de su feudo, y por otro como influencia invisible en nuestra sociedad.

En contraposición, nos encontramos con el ordenamiento legal de la Provincia el cual se divide en las Leyes de la Metrópoli y el Derecho Indiano. Con referencia a las Leyes Españolas vigentes en nuestro territorio, en primer término tenemos al fuero de Juzgo o libro de los Jueces dividido de 54 Títulos, con 559 Leyes referente a materias de orden civil, penal y religioso; este ordenamiento estuvo vigente hasta las postrimerías de la colonia, tal como lo señala una Cédula Real del año 1788 que reconocía su preeminencia sobre las mismas partidas. Seguidamente, nos encontramos con las Partidas, vigentes en material civil hasta el año 1876 en el cual nuestro país adoptó el Código de Vélez Sarsfield.

La primera partida versa sobre el derecho natural, el derecho de gentes y declara la inmunidad personal de los clérigos. La segunda partida consiste en el derecho político de Castilla e instituye el fuero escolar estableciendo que únicamente los maestros y el obispo son los únicos “jueces de los estudiantes” salvo en los delitos de sangre y en los pleitos de vecindad. La tercera Partida se ocupa del procedimiento civil, restringiendo la facultad de demandar entre padres, hijos, nietos, cónyuges, hermanos, amos y sirvientes; también versa sobre derechos reales. La cuarta Partida versa sobre el derecho de familia, en donde la institución de *pater familias* sigue vigente, confiriendo la facultad al padre de vender o empeñar sus hijos en caso de extrema necesidad y hasta el de comérselo en caso de hallarse sitiado sin alimentos en un castillo; por otra parte admite la esclavitud, dividiendo a la población en libres, siervos y aforrados. La quinta partida versa sobre las obligaciones y las operaciones mercantiles. La sexta partida refiere al derecho sucesorio. Y la más interesante, la Séptima partida,

que versa sobre el derecho penal tanto material como procesal. Los delitos que más se destacan son el regicidio, la herejía, la hechicería, la blasfemia, las injurias, el suicidio, el proxenetismo, la sodomía, la pederastia y la bestialidad (estos cuatro últimos considerados delitos contra la honestidad) entre otros. La pena de muerte era aplicada en los casos de delitos políticos, religiosos, contra la persona y la honestidad; la mutilación de la mano, era aplicada por ejemplo, en los delitos relacionados con falsificación de documentos, y la mutilación de la lengua contra los blasfemos; los azotes y la picota en los delitos de la propiedad así como los trabajos forzados, el encarcelamiento, la confiscación y la infamia.

En cuanto al derecho indiano, nos encontramos con la recopilación de Indias, ordenamiento legal que prevalecía por sobre las leyes peninsulares, a las cuales se recurría como derecho supletorio. La misma estaba compuesta por nueve libros que contenían las cédulas, provisiones, acuerdos y despachos emanados del rey y los órganos administrativos del reino. Esta recopilación estuvo vigente hasta el año 1842 en el cual fue abolida por el Segundo Consulado. El libro primero versa sobre la santa fe católica, las universidades, los colegios y seminarios. El segundo libro sobre la organización del Consejo Real y Junta de Guerra, de las Audiencias y Cancillerías reales. El tercer libro versa sobre la jurisdicción real de las Indias; el cuarto libro sobre los descubrimientos por mar y tierra, de las pacificaciones, de los cabildos y consejos y el quinto libro sobre la división de las gobernaciones. Por otra parte el libro sexto refiere sobre los indios, sus reducciones y pueblos, administración de las cajas de censos y bienes de comunidad, tributos y tasas, los caciques y protectores de indios, repartimientos, encomiendas y pensiones de indios, encomenderos y sucesiones de encomiendas, servicio personal de los indios, mitas y servicios en chacras, ingenios, obrajes, minas. El libro VII se ocupa de los pesquisidores y jueces de comisión, de los juegos y los jugadores, de los

casados en España e Indias ausentes de sus esposas., de los vagabundos y gitanos, de los negros, de las cárceles y visitas de cárcel y de los delitos y sus penas⁵. El libro VIII trata del erario público y el libro IX de la real Audiencia y la Casa de Contratación de Sevilla, de los capitanes, alféreces, sargentos y soldados y su alojamiento y de todo lo referente a la navegación.

Como vemos, nuestro país desde la más remota colonia, contaba con un minucioso bagaje jurídico que regulaba los más diversos aspectos jurídicos de la vida ciudadana. En este sentido, un ordenamiento legal propio de nuestra provincia, lo ha constituido los ya citados “Bandos del Buen Gobierno”, una auténtica compilación de lo que en la actualidad llamaríamos “decretos” que abarcan desde preceptos de orden contravencional, pasando por el derecho civil y administrativo hasta las sanciones de penales (las que amparaban el castigo corporal, los encierros y la pena de muerte).

Los bandos del buen gobierno denotan la peculiaridad del ejercicio de justicia de la época, el cual se caracteriza por su “bicefalia”. Por un lado tenemos un ordenamiento sistematizado y minucioso de un corpus sancionador que proviene de una autoridad provincial. La misma constituye la solemnidad del poder, y se funda en las facultades adquiridas por el gobernador directamente de la corona para “legislar” sobre los diversos negocios y conflictos presentes dentro de su

5. “...Los jueces pesquisidores, al igual de los ordinarios, deberán respetar la cosa juzgada. No se podrían jugar a los dados, naipes y otras apuestas más de diez pesos en oro en un día, estando prohibido en general el juego para los ministros togados y sus mujeres. La pena para los vagabundos incorregibles era el destierro. Los negros no podían servirse de indios o indias, debían casar con negras, podían ser destinados a trabajar en las minas y sufrir las penas máximas, menos la de cortarle la parte que honestamente no se puede nombrar’ (por suerte). Se exigía un juramento de fidelidad a los carceleros y guardas. Entre los delitos que las autoridades deben perseguir con todo ahínco figuran la blasfemia, el testimonio falso en juicio y el adulterio...”. Juan José Soler. “Introducción al Derecho Paraguayo”. Pág. 230.

territorio. El gobernador constituye la personificación del concepto clásico, jurídico del poder, el gobernador se encuentra investido con un “imperium” que le faculta a crear leyes y a castigar a quienes no las observan.

Por otro lado, y tal como lo hemos referido con anterioridad nos encontramos con el “Infra derecho”, constituido por los procesos de normalización que suponen la aceptación de estos preceptos legales y en la operativización misma de la ley, que no descansa precisamente en cuerpos organizados administrativamente (policía por ej.,) sino de los mismos conciudadanos. Esto se debe a una práctica ancestral en nuestra patria que consiste en el delatar, que en la última dictadura prácticamente se ha profesionalizado con los famosos “pyragués”.

Por consiguiente, y durante todo el periodo colonial las leyes existían como solemnidades administrativas y que constituían prácticamente, la única manifestación visible del poder real. En el otro lado nos encontramos con una colonia despoblada, aislada, que ha creado sus propios sistemas de correspondencia, de vigilancia, en donde todos somos los ojos de todos, donde el vecino es vigía permanente de nuestras costumbres y pensamientos.

Ahora bien, esta situación hasta si se quiere de relajación en nuestro país, ha cambiado rotundamente en nuestra era independiente. Es notable como, paradójicamente, el poder se ha centralizado y encumbrado en la figura de los gobernantes durante nuestra época independiente. También resulta bastante llamativo, y sin negar las escaramuzas que hubo a lo largo de 300 años de colonia, cómo algunos gobernantes fueron erigiéndose en verdaderos déspotas, que nada tenían que envidiar a los monarcas europeos del absolutismo.

Nuestra era “independiente” se ha caracterizado por la inestabilidad política y por los gobiernos autoritarios en donde ni las urnas ni mucho menos las asambleas populares han sido quienes han encumbrado a los gobernantes en el poder. Por otra parte, no debemos olvi-

dar que desde el inicio de la Era Independiente hasta la Guerra de la Triple Alianza, se han sucedido diversas formas de gobierno, algunas de naturaleza hasta si se quiere Parlamentarista, como lo ha sido la Junta Superior Gubernativa, pasado por fórmulas clásicas como los consulados y las dictaduras “temporales”.

Sin embargo, y a muy pocos años de haberse declarado la independencia de nuestro país y si bien el contexto regional se presentaba hostil respecto de nuestro estatus de nación independiente, el Paraguay ha experimentado su primera dictadura, la del Dr. José Gaspar Rodríguez de Francia. Y ha sido a partir de su gobierno, que el poder ha devenido unipersonal, dejando de lado la dispersión que caracterizó a la época colonial. La sola presencia del Dr. Francia trastornaba radicalmente el ambiente, la gente era vigilada, pero no podía dirigir su rostro hacia él; se han puesto limitaciones a las prácticas religiosas, sometiendo por primera (y quizá única vez) la Iglesia al incipiente Estado Paraguayo. Por otra parte se han restringido las reuniones y prohibido la extracción del país tanto de monedas como de metales preciosos y hasta se ha vulnerado la educación superior⁶.

Con posterioridad a la muerte del Dr. Francia, ha surgido otro gobierno unipersonal que hasta ahora sigue dividiendo a la sociedad

6. “...Si bien es cierto que la educación de la niñez no sufrió disminución alguna durante la dictadura del Dr. Francia, no puede afirmarse lo mismo en cuanto a la educación superior. En 1823 fue clausurado el Colegio Seminario de San Carlos por “...falta de alumnos colegiales”; es decir, estudiantes de teología. En cambio asistían trece alumnos “manteitas” o externos. La falta de “colegiales” se originaba en la imposibilidad de ser consagrados sacerdotes debido a que el obispo García Panés había sido subrogado. De cualquier modo, no se justificaba tal clausura, pues a los trece alumnos externos podían haberse sumado más jóvenes. Otra solución pudo haber sido disponer de los bienes del Seminario Conciliar de San Carlos y destinarlos a la creación y funcionamiento de un colegio nacional. Con la extinción de las comunidades religiosas –franciscanos, mercedarios y dominicanos– fueron cerradas, a su vez, las escuelas que allí funcionaban a un nivel más elevado: los estudios superiores de teología...”. Rubiani, Jorge (coordinación). “La Historia del Paraguay”. Tomo I, págs. 274 y 275.

paraguaya; hablamos del gobierno de Francisco Solano López. El mariscal López ha sido, es y será el caudillo más célebre y discutido de nuestra historia. No podemos negar que el Paraguay de la época era una nación aceptablemente próspera, cohesionada; tampoco podemos discutir la política del “Imperio” del Brasil, en su expansión hasta las estribaciones andinas y el mismísimo océano Pacífico; tampoco podemos dejar de reconocer el conflicto político interno del Uruguay y la Argentina. Así, tampoco podemos negar los rasgos autoritarios de Francisco Solano López y el poder de sometimiento cual *pater familias* ejerció sobre sus hermanos, sobre su ejército y sobre su patria. Su constante paranoia ha provocado innumerables purgas de las cuales no quedaron a salvo ni siquiera sus parientes; todo esto originado quizás por el “profundo” amor que sentía por su patria, o por una debacle política regional impulsada por imperios lejanos en la que nuestro país “casualmente” se ha visto envuelto.

Otro gobierno marcadamente unipersonal lo constituye sin duda el de Alfredo Stroessner. Si bien los dos anteriores se enfrentaron con circunstancias históricas que significaron la muy probable desaparición de nuestra nación, Alfredo Stroessner se desenvolvía en un contexto histórico completamente diferente, el de la “Guerra Fría”, en donde el factor ideológico jugó un rol fundamental. Durante su prolongada dictadura se ha procedido a una verdadera deconstrucción de nuestro país, ha desaparecido la institucionalidad siendo sustituida por la burocracia estatal y las prebendas.

Quizá la obra maestra del estronismo ha sido justamente la reducción de los paraguayos a un estado de aletargamiento, del cual es muy difícil de salir. En este sentido, y si bien las desapariciones sistemáticas han sido numéricamente superiores en otros países latinoamericanos, la violencia ejercida en la última dictadura se ha caracterizado por subyugar a los ciudadanos a un estado de marasmo permanente, una apatía crónica y un conformismo inaceptable. Lo impor-

tante para la dictadura no era tanto “producir”, sino enriquecerse; no era tanto el luchar contra los “múltiples enemigos de la democracia occidental” sino acallar como sea lo que no estaba acorde con sus “principios republicanos”. En este sentido, y en líneas generales, la tarea de normalización llevada a cabo en este periodo ha sido ejemplar; nuestro pueblo a pesar de haber sobrevivido a dos de los conflictos bélicos más sangrientos en el continente, ha sucumbido resignadamente ante el efectivo aparato represor.

El poder ejercido durante la dictadura estonista también contaba con una doble faz. Por un lado estaban la imagen visible, omnipotente de Alfredo Stroessner y sus incondicionales apoyada en un meticuloso aparato de propaganda estatal y en los medios de comunicación oficiales mediante una ostentación de prepotencia que pretendía evocar a los paisanos nazis del General. Por otro lado se encontraban los microrepresores, personificados en los educadores, seccionales, comisarios, caudillos regionales y sobre todo de los ya mencionados conciudadanos pyragüés vigías permanentes y delatores incontenibles de su prójimo.

Desde las aulas, la labor normalizadora comenzaba con el adoctrinamiento mediante la enseñanza distorsionada de valores “patrióticos” que fomentaban el recelo hacia quien pensaba diferente; la distorsión en la enseñanza de nuestra historia ha sido un claro ejemplo en cuanto a esto, mediante la descripción pastoril de la historia colonial, desconociendo los fenómenos socio-políticos que la caracterizaron. El ensalzamiento de caudillos militares como héroes cuasi-olímpicos sin dar cuenta de sus tremendas negligencias y crueldades ha sido otra característica descollante de este periodo histórico. El retrato de las mujeres indígenas como personas sumisas durante la conquista cuya imagen se ha transmitido a la mujer paraguaya actual, es otra particularidad de la educación normalizadora.

Por otra parte, en las comarcas del interior cualquier iniciativa de autogestión era frustrada por miembros de la misma comunidad.

La dictadura ha sido prolífica en prácticas fraticidas iniciadas con las denuncias de los pyragües a las autoridades policiales quienes sin menoscabos entraban a reprimir, a violar y a destruir; todo en el más cómplice silencio de una sociedad rural aterrorizada, degradada, paralizada y normalizada por las huestes del General. La última dictadura ha tenido la astucia de entretejer una poderosa red compuesta de delatores que se perdían en las masas, en los campos, en las fábricas, los hospitales, las oficinas y las escuelas; lo que percibían sus ojos y oídos y lo que dictaba sus “conciencias” definía el destino de muchos paraguayos desaparecidos, torturados, exiliados. Paradójicamente, estos seres minúsculos y serviles constituyen una de las más recientes representaciones panópticas en nuestra sociedad; invisibles y sin escrúpulos, no respetaban ni siquiera las relaciones de parentesco a la hora de delatar, y constituían el último eslabón, mas indispensable en la red de represión.

Una vez cumplida la labor del delator, el Estado comenzaba a hacerse visible, con la intervención del aparato policial, quien a parte de su labor represora, se encargaba de compilar, en pos de nuestro régimen espartano, toda documentación o indicio de subversión. Resulta hasta increíble como esta labor compiladora no haya significado el ejercicio de una administración policial eficiente; y es que en la dictadura el concepto de seguridad refería únicamente a un ejercicio de violencia más que a la prevención del crimen, muy extendido en esta época y monopolizado por el Estado.

Una vez derrocada la dictadura, algunos de estos macropoderes retrocedieron notablemente como los pyragües, y otros hasta casi comienzos del año pasado se han mantenido incólumes como lo eran las Seccionales y las Comisarías. Una vez derrocado el dictador, la imagen del Soberano Estatal se va diluyendo; ya no existe una cabeza visible del poder ni un monopolio de la violencia en un solo gobernador; ambos definitivamente se han atomizado.

Podemos decir, que hemos vuelto a esa dispersión que existía en la colonia, donde colectivos paraestatales dominan en detrimento de una autoridad central muy debilitada. Si bien el contexto histórico es completamente diferente a los de nuestra colonia, existen grupos de poder centenarios que siguen presionando en nuestra sociedad. Uno de ellos lo constituye sin duda el de los hacendados (terratinentes, ganaderos, sojeros) quienes influyen decisivamente en la política económica y fiscal que rige en nuestro país mediante su oposición acérrima a los gravámenes.

Por otra parte, tenemos dos instituciones asamblearias o colegiadas que forman parte de la administración misma de la República. Una de ellas es el mismo Congreso, blanco de serias objeciones, tanto en su legitimidad como en su actuar. Otro lo es la Corte Suprema de Justicia, una verdadera continuación de los Oficios de la Inquisición, con un barniz más republicano.

El Congreso paraguayo se apoya en una dinámica de favores, presiones y macropoderes invisibles, de grupos de presión para-legales que los erigen como sus representantes, haciendo despliegue de su poderío económico. Nuestros legisladores se han encargado de apañar cuanta actividad delictiva afectaba sus intereses; muchos se han erigido en interlocutores de narcotraficantes y contrabandistas, desoyen los reclamos populares y alimentan el recelo de la ciudadanía respecto de su representatividad y quien progresivamente los ve como un conglomerado oligárquico de mafiosos. Un rol similar lo desempeña nuestra Corte Suprema de Justicia (y Poder Judicial en general), cuyos fallos judiciales son productos, más de que una fundamentación jurídica, de los dictámenes políticos.

CONCLUSIÓN

A lo largo de este pequeño ensayo he descrito someramente sobre el ejercicio del Poder en nuestro país. En este sentido se verifica una paradoja bastante peculiar dentro del contexto histórico latinoamericano, y es el hecho de que la centralización del poder y su ejercicio mediante un gobierno unipersonal se ha dado en nuestra época independiente, todo esto, por supuesto, en el nombre de una utópica república.

Es de notar que a lo largo de casi tres siglos, la figura del gobernador, el virrey y más que nada, del monarca, han pasado prácticamente desapercibidas en esta tierra. Hemos visto cómo desde esa época se han ido erigiendo formas de poder completamente para-estatales que rigen hasta la actualidad, como lo son las iglesias y las grandes estancias. El poder en ambos casos trataba de normalizar acudiendo a diversas estrategias, pero con objetivos casi similares, basados en la productividad y la normalización de una colectividad, generalmente desventajada como lo eran los indígenas. Por otra parte, a lo largo de casi dos siglos de independencia, la mayor parte de nuestra vida política ha transcurrido bajo gobiernos autoritarios, donde el Estado ha pasado a ser una mera solemnidad y la operativización de las prebendas. En la actualidad, divisamos la ausencia de un poder visible, centralizado, unipersonal, y volvemos a la atomización.

Por consiguiente, no podemos establecer una especie de “guía cronológica” para analizar el ejercicio del poder en nuestro país. No podemos afirmar que nuestro país ha sido sometido sistemáticamente a un imperio durante 300 años (como si ha sucedido en los casos de México y Perú) cuando las autoridades reales se encontraban prácticamente ausentes; tampoco, lastimosamente, podemos sostener que nuestra época independiente ha sido ejemplar en cuanto a libertades y civilidad, si la misma ha transcurrido en medio de golpes, asonadas

y dictaduras militares. Por estas razones sostengo que nuestro país constituye un paradigma para el estudio de las ciencias políticas, donde la historia política se ha desarrollado acorde a sus peculiaridades geográficas y sociales, aisladas del resto del mundo, en perfecta consonancia con lo que había afirmado Augusto Roa Bastos, como una isla rodeada de tierra.

BIBLIOGRAFÍA

1. BLÚMERS, TERESA – “LA CONTABILIDAD EN LAS REDUCCIONES GUARANÍES” -. Biblioteca Paraguaya de Antropología, Vol. 15, Centro de Estudios Antropológicos, Universidad Católica .Asunción 1992.
2. CABALLERO CAMPOS, HERIB. “LOS BANDOS DE BUEN GOBIERNO DE LA PROVINCIA DEL PARAGUAY 1778-1811”. Editorial Arandurá. FONDEC, diciembre 2007.
3. CHAVEZ, JULIO CÉSAR. “DESCUBRIMIENTO Y CONQUISTA DEL RÍO DE LA PLATA Y EL PARAGUAY”. VOL. I DE LA HISTORIA GENERAL DEL PARAGUAY. Ediciones Nizza, Asunción.
4. FOUCAULT, MICHEL. “HISTORIA DE LA SEXUALIDAD I. LA VOLUNTAD DEL SABER”. Versión digital. Traducción de ULISES GUIÑAZÚ. © siglo xxi editores, s.a. de c.v. Isbn 968-23-0118-1 (obra completa) - Isbn 968-23-1735-5, primera edición en francés, 1976.
5. FOUCAULT, MICHEL. “EL SUJETO Y EL PODER”. Versión Digital, Traducción de Santiago Carassale y Angélica Vitale. www.philosophia.cl Escuela de filosofía Universidad ARCIS
6. FOUCAULT, MICHEL. “SEGURIDAD, TERRITORIO Y POBLACIÓN”. Clase del 11 de febrero de 1978. Traducción de Horacio Pons. Editorial Fondo de Cultura Económica. 1ª edición, Segunda reimpresión, Buenos Aires, Argentina. 2007 – ISBN 978-950-557-671-5
7. FOUCAULT, MICHEL. “VIGILAR Y CASTIGAR”. Nacimiento de la Prisión. El Panoptismo. Siglo Veintiuno Editores S.A. México-España – IBN: 84-323.0332-1

8. RUBIANI, JORGE (coordinación). “LA HISTORIA DEL PARAGUAY”. Tomo I. Editorial Azeta S.A. Asunción, Paraguay, 2000.
9. SOLER, JUAN JOSÉ. “INTRODUCCIÓN AL DERECHO PARAGUAYO”. 2ª edición corregida y aumentada. Editorial “La Colmena” S.A. Año 1959.

LA PIRATERÍA, UN DELITO IMPUNE

*Nélida Beatriz Angelotti **

Este grave delito que afecta a toda la Comunidad Internacional se ha incrementado en los últimos diez años en un 500%, sobre todo, en las zonas de mayor tráfico marítimo internacional.

Ya no sólo se presenta como actos ilegales de violencia cometidos en alta mar sobre buques por motivos de provecho personal, que es su acepción tradicional, sino que muchas veces, estos individuos, actuando en forma individual, o bien, formando grupos muy bien organizados y en connivencia con autoridades locales, lo realizan por motivos políticos y sin fines de lucro. Por consiguiente, se hace muy difícil tipificar la figura y por consiguiente sancionarlos.

Con el primer problema que nos encontramos es que las reglamentaciones internacionales y las internas de los países no presentan uniformidad de criterios, tanto para el apresamiento como para el castigo de los piratas.

A nivel internacional este delito está regulado por la Convención de Naciones Unidas para el Derecho del Mar (Convemar) en su art. 101 inc. a) 1 y 2 incs. b) y c) donde se establece que para ser considerado un “acto de piratería” éste deber ser: un acto ilegal de violencia, detención o depredación con propósito personal y contra buques, per-

* Abogada. Especialista en Derecho Marítimo.
dra.angelotti@gmail.com

sonas o bienes de abordó en alta mar. Si no se cumplen estos requisitos, al acto no se lo considera de piratería. Lo más importante para destacar es que la Convemar establece una JURISDICCIÓN UNIVERSAL, por la cual todo Estado puede apresarse buques piratas que se encuentren en Alta Mar y en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.

Con motivos del incidente del “Achille Lauro” se sancionó en Roma en el año 1988 el Convenio para la Represión de actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, conocido mundialmente con la sigla SUA. Este cuerpo legal trata al delito de piratería en su art. 3 incs. a) y b) y define que comete delito, toda personal que ilícita e intencionalmente se apodere de un buque mediante violencia o cualquier otra forma de intimidación, o bien, realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de un buque si el acto puede poner en peligro la navegación segura de ese buque. Este Convenio, a diferencia de la Convemar, establece una JURISDICCIÓN RESTRINGIDA, es decir que los Estados partes tendrán jurisdicción cuando el delito sea cometido contra un buque o a bordo de un buque del pabellón de dicho Estado, en el territorio de ese Estado o Mar Territorial o por un nacional de dicho Estado.

Comparando ambos ordenamientos internacionales pareciera que la principal diferencia radica en el concepto de propósito personal, ya que éste constituye un criterio totalmente subjetivo y, que en la práctica, tornaría muy difícil determinar el móvil de estas personas, que al ser interrogadas, alegan que su intención es ayudar a los pobres y vuelven a sus países (sobre todo en Somalia) convertidos en héroes nacionales.

Debido a la intensificación de estos actos ilícitos, la Organización Marítima Internacional (OMI) solicitó a los Estados miembros que remitan ejemplares de su legislación nacional referente a la prevención y castigo de los delitos de piratería y robo armado en el mar.

De la contestación de los países, entre los que se encuentra la República Argentina, la OMI llegó a las siguientes conclusiones: sólo unos pocos países incorporan a su legislación la definición de piratería, en la mayoría de ellos no se trata a la misma como un delito independiente, sino que se incluye en la categoría de delitos generales, como ser el robo, el secuestro, el rapto, etc., además se pudo observar que en lugar de definir los elementos del delito de piratería como parte del derecho penal en cuestión, hacen una definición amplia y confusa. Todo lo manifestado hace que se presenten graves obstáculos para llevar a cabo el enjuiciamiento y posterior castigo de estos individuos.

Cabe destacar que, a pesar de lo manifestado, nuestro Código Penal lo regula minuciosamente en su Título VII, “De los delitos contra la Seguridad Común”, Capítulo III, arts. 198 y ss. La prevalencia de la seguridad común sobre los otros bienes atacados, es lo que decide incluirlo en la categoría en que lo hace el Código Penal argentino y lo tipifica como “actos de depredación o violencia contra buques o contra personas o cosas que se encuentren en él, empleándose como medio de comisión un barco”. El acto típico debe practicarse en el mar o ríos navegables, aplicándose el CP además, a los buques de bandera nacional que se encontraren en Alta Mar que es el lugar donde se efectúan generalmente estos delitos.

De todo lo expuesto podemos concluir diciendo que no existe una regulación uniforme tanto en el plano nacional como internacional, haciendo que estas situaciones tengan un difícil tratamiento, sobre todo cuando la piratería para alcanzar más eficacia, se asocia con el bandidaje y acciones terroristas, situaciones en las que los delitos internacionales y los del derecho común se entrecruzan, produciendo un problemático acomodo que hace muy difícil y muchas veces imposible su prevención y represión.

TRANSPARENCIA Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. CARÁCTER UNIVERSAL DE ESTE DERECHO EN EL SISTEMA JURÍDICO PARAGUAYO

Fabrizio Calabró

Resumen: El derecho de acceso a la información pública se erige en estos tiempos contemporáneos como instrumento de gran relevancia para que la sociedad pueda acceder a información necesaria para conocer a profundidad aspectos que guardan directa relación con la forma en que los servidores públicos gestionan los asuntos de interés público. Este conocimiento es necesario para el debido desarrollo del debate, que propicia una democracia real y efectiva, y la consecuente formación de la opinión ciudadana plural, consciente y a la vez responsable. Atendiendo a la importancia del derecho de acceso es que entendemos que el mismo debe hacerse lo más extensivo posible para reconocer la dignidad e importancia que tiene la opinión de cada persona en un Estado Democrático de Derecho.

Palabras clave: transparencia, democracia, derecho de acceso, información pública, gestión pública, Paraguay.

Introducción

Tras la larga experiencia latinoamericana en la que la inmensa mayoría de los países integrantes de la región se vieron gobernados por regímenes totalitarios con una mera apariencia de gobiernos de-

mocráticos, se respiraron aires nuevos con la llegada de gobiernos electos por la ciudadanía. Estos nuevos gobiernos heredaron las prácticas administrativas de los gobiernos de tinte dictatorial en los que campeaban a sus anchas la arbitrariedad, el secretismo y la corrupción.

En este contexto, la ciudadanía, cansada de las consecuencias nefastas que estos flagelos de la administración pública han causado sobre las sociedades de los países latinoamericanos, exigió cambios en la manera en la se gestionan los asuntos públicos. Esta situación sumada al gran avance de la tecnología que permite magnificar la difusión de la información y generar el debate social en torno a situaciones de interés general presentó una demanda concreta a los gestores públicos: la transparencia.

En aras de satisfacer esta exigencia los gobiernos de la región incorporaron a sus ordenamientos jurídicos disposiciones constitucionales y legales que fomentarán la transparencia en la gestión estatal por diversos medios. De entre ellos, estimamos de enorme relevancia el derecho de acceso a la información pública por configurarse en la llave de acceso a un sinfín de informaciones relevantes y de interés público, que de ser accesible a la ciudadanía en general, permitiría la formación de una opinión social plural y, a la vez, consciente de su participación activa en el debate social, otorgando efectiva vigencia al carácter democrático y social del Estado.

Todo esto demuestra la gran importancia que tiene el derecho de acceso a la información pública como elemento que fomenta la transparencia en la gestión pública y su estrecha vinculación con un elemento vital para la democracia, como lo es la opinión pública y la rendición de cuentas de los poderes públicos. Es por ello que este derecho es que el eje central del presente trabajo.

I. Transparencia y democracia

En la actualidad la forma de gobierno más expandida en el mundo es la democracia atendiendo a que la misma, en sus diversas variantes, responde de mejor manera a las expectativas de las grandes masas populares. Dichas masas han encontrado respuesta a la necesidad de expresar sus opiniones y participar en la toma de decisiones que sean determinantes para la comunidad de la cual forman parte.

Precisamente, uno de los pilares en los que se basa esta forma de gobierno es la confianza que tienen los ciudadanos en ella y en las instituciones públicas que conforman el andamiaje del Estado. Dicha confianza se ve fortalecida por el buen funcionamiento de las instituciones y la eficiente protección y respecto de los derechos fundamentales de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad.

Otra importante manera en la que la confianza de los ciudadanos en el sistema democrático se ve fortalecida es a través de mecanismos claros de rendición de cuentas que efectúan aquellos que ocupan cargos públicos y en cuyas manos se toman decisiones que puedan afectar intereses de la colectividad. Este deber de rendir cuentas adquiere mayor relevancia cuando la función pública desarrollada por los servidores públicos conlleva el uso o la administración de fondos públicos, tendiendo en consideración que estos funcionarios asumen una gran responsabilidad en lo referente a la adecuada gestión de dichos fondos.

Ahora bien, una vez señalada la importancia que tiene para el buen funcionamiento de la democracia, vemos que la rendición de cuentas de la gestión desplegada por los servidores públicos adquiere una gran relevancia. En caso de producirse violaciones a los deberes que competen a los gestores públicos, así como desviaciones de poder, entendemos que se produce una suerte de menoscabo a la confianza ciudadana. Esta disminución de confianza produce una merma en la principal fortaleza sobre la que se sustenta esta forma de gobierno.

En este contexto en el que la transparencia adquiere un papel fundamental para fortalecer la confianza ciudadana en la democracia y en cualquier otra forma de gobierno que pretenda una gestión eficiente de los recursos públicos, ya que permite un mayor grado de involucramiento del ciudadano en la manera en la que son gestionados los asuntos de interés público. Por otro lado, vemos que la transparencia es una valiosa herramienta para que la ciudadanía lleve a cabo un escrutinio más acabado del actuar de los gestores públicos de manera constante y se involucre en la esfera de lo público de una manera que excede el limitado papel, que en tiempos anteriores tenía la ciudadanía, donde su rol se limitaba meramente a ser parte, por un lado, del debate que formaba la opinión pública y, por otro, del proceso electoral en donde ejerce su derecho al sufragio.

En este sentido se expresa Aldo Cassinelli (2014)¹ al afirmar que en las últimas décadas la demanda de transparencia efectuada por la sociedad resulta coherente con el conjunto de sistemas de controles que es inherente a toda democracia, refiriéndose tanto a los controles internos o propios de las instituciones públicas encargadas de velar por el adecuado cumplimiento de la normativa en materia de rendición de cuentas de la gestión pública, al control externo llevado a cabo por la comunidad, por medio de la participación de la ciudadanía y de las organizaciones sociales cada vez más interesadas en involucrarse en este tipo de seguimiento del manejo de la cosa pública. Sin duda, circunstancia que compartimos y alentamos, ya que a mayor grado de involucramiento de la sociedad en el manejo de la gestión pública podemos encontrarnos con un mayor grado de fortalecimiento de las instituciones democráticas en miras a consolidar un Estado Democrá-

1. Referencia extraída de Aldo Cassinelli, “*Transparencia y Gobernabilidad para una democracia de calidad*”, publicado por el Consejo para la Transparencia en la revista “*Transparencia & Sociedad*” N° 2, año 2014, pag. 11-26. Santiago de Chile, Chile.

tico de Derecho real y efectivo, en el que gobernantes y gobernados rigen sus acciones conforme con lo permitido por el derecho en el marco de una sociedad democrática y plural, donde el Estado es el encargado de velar por la plena vigencia de los derechos fundamentales de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad. En este tren de ideas, lo expresado por Antonio Enrique Perez Luño² refuerza nuestro parecer, al manifestar que existe una interdependencia marcada entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, donde el mismo hecho de configurarse como Estado de Derecho requiere e implica que este otorgue garantías suficientes para el disfrute de los derechos fundamentales, mientras que estos requieren de un escenario ideal para su materialización, el cual, conforme con la experiencia histórica, es el Estado de Derecho Democrático.

1.1. Transparencia en el Estado Democrático de Derecho

En el seno de un Estado Democrático de Derecho la publicidad de los actos y decisiones tomadas por quienes ejercen cargos en la gestión de intereses públicos permite acceder a niveles de transparencia que facultan a la ciudadanía a ejercer un verdadero control cívico respecto al funcionamiento de la administración pública.

Este control ciudadano es posible si se fomenta y garantiza un mayor grado de participación de los individuos que forman parte de la comunidad en los asuntos públicos, lo que implica una verdadera profundización de la democracia en sí misma.

Llegamos a esta conclusión, en la medida en que resulta patente que por este intenso escrutinio público de la gestión estatal, la ciudadanía se involucra y participa activamente en asuntos públicos, ex-

2. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “*Los derechos fundamentales*”. Tecnos, Madrid, España. 1988, pp. 19-20.

presando su opinión y ejerciendo sus derechos políticos. Estas circunstancias permiten el robustecimiento de la democracia sin que quiebre el orden jurídico y sin dejar de lado la democracia representativa para sustituir por una democracia directa, tornando a los individuos en agentes interesados, informados y responsables respecto a todo lo que concierne al ejercicio del poder público, con una afectación clara a los intereses de la sociedad en su conjunto.

En este contexto estimamos relevante lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la hora de emitir su fallo en el caso “Claude Reyes y otros vs. Chile” al referir cuanto sigue: *“(..) el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”*. Lo afirmado por la este tribunal internacional refuerza nuestra tesitura respecto a que el efectivo control ciudadano sobre las cuestiones de interés público solo pueden darse una vez que se encuentre garantizado el acceso real y suficiente a la información que se encuentra en poder del Estado.

Este acceso a la información solo puede darse a través de políticas que se caractericen por que la publicidad sea la norma general respecto a los actos y decisiones tomadas por las autoridades públicas, a fin de poner a disposición de la sociedad toda información vinculada a su gestión que pueda resultar de interés de la comunidad. Esto implica transparencia en la gestión pública, por lo que es menester precisar los alcances de dicho concepto en el marco del presente trabajo.

La transparencia, según la *“Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción”* de la organización Transparencia Internacional,

es “(...) la cualidad de un gobierno, empresa, organización o persona de ser abierta en la divulgación de información, normas, planes, procesos y acciones. Como regla general, los funcionarios públicos, empleados públicos, gerentes y directores de empresas y organizaciones y las juntas directivas tienen la obligación de actuar de manera visible, predecible y comprensible en la promoción de la participación y la rendición de cuentas”³. De este modo vemos que la transparencia es una cualidad de un gobierno u otra forma de organización de personas que detente el poder de administrar, caracterizada por la apertura y la tendencia a dar a conocer al público sus criterios, fundamentos de sus decisiones y el modo en el que habrán de ejecutar sus políticas en el futuro.

Siguiendo a Gomes Filho en su ponencia del X Congreso Internacional del CLAD sobre reforma del Estado y la Administración Pública del año 2005, estos hechos generan un nuevo escenario dentro del sistema de pesos y contrapesos del poder, ya que no solamente los tradicionales poderes del Estado mantienen este equilibrio por medio de controles recíprocos, sino que ahora la ciudadanía adquiere un rol protagónico por medio del control social. Esta forma de control, tal como señaláramos antes, genera una influencia indirecta en la formación y ejecución de las políticas públicas, ya sea por medio de los procesos sociales de formación de la opinión pública, el debate o la movilización social, que son elementos potenciadores de la consolidación de la democracia con un grado cada vez mayor de involucramiento ciudadano.

Por otro lado, este control coadyuva a mejorar la administración pública por medio de una mayor *accountability* o exigencia de rendi-

3. TRANSPARENCIA INTERNACIONAL (2009), Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción. Berlín.
 Disponible en <http://www.transparencia.pt/wp-content/uploads/2012/03/Plain-Language-Guide-ES.pdf>. Revisado el 24 de junio de 2012.

ción de cuentas por la gestión desplegada por los servidores públicos. La *accountability* conlleva una doble faceta, ya que por el lado de la ciudadanía implica un derecho a ejercer la fiscalización y control, con la consecuente valoración en cuanto a la responsabilidad política de los servidores públicos electos por medio del sufragio (recordemos que en caso de existir responsabilidad administrativa, civil o penal, la misma deberá determinarse ante los organismos competentes del Estado, sin que ello excluya la responsabilidad de responder en la arena política por la gestión desarrollada) y, por otro lado, conlleva el deber a cargo de los funcionarios públicos de explicar los alcances y resultados de la gestión a su cargo. Ambas facetas se complementan y tienen como resultado el fortalecimiento de la administración pública por medio del afianzamiento de una conciencia administrativa en donde se busca dejar de lado la corrupción, la arbitrariedad y la discrecionalidad para que primen las conductas racionales, eficientes, responsables y la constante fiscalización y todo ello con sujeción a la ley.

La transparencia informativa incluso puede resultar una herramienta adecuada en la lucha contra el flagelo de la corrupción. Ya la preocupación por este mal ha alcanzado niveles internacionales por lo que en el seno de la ONU fue aprobada la Convención de la ONU contra la Corrupción, celebrada en Mérida (México) en el año 2003, en cuyo preámbulo precisamente se señala “(...) *la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las naciones al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley (...)*”.

Ahora bien, esta lucha contra la corrupción debe ser llevada a cabo por todas y cada una de las reparticiones estatales para sanear la administración pública y así cumplir con sus funciones de manera más eficiente, al mismo tiempo que debe ser impulsada por la sociedad civil atendiendo a que, en mayor o menor medida, este mal la

afecta por las indebidas desviaciones de poder. Siguiendo la opinión de Nieto García⁴, el funcionamiento mismo de la corrupción se inicia cuando quien ostenta el poder, en vez de llevar a cabo una gestión orientada a la satisfacción de los intereses de la comunidad, defrauda la confianza empeñada por la ciudadanía y obtiene beneficios tras violentar los deberes que le competen en su rol de gestor público.

Todos estos motivos que demuestran lo negativo y corrosivo que resulta la corrupción en el seno de cualquier sociedad fueron precisamente los que movilizaron a las diversas sociedades a impulsar mecanismos orientados a la erradicación de estas malas prácticas en la administración, donde la transparencia informativa asume un papel relevante puesto que otorga elementos de juicio a la comunidad para la fiscalización de la gestión estatal. Este control ciudadano constante y a la vez responsable, que cuenta con acceso a informaciones bajo control estatal relevantes para esta fiscalización, es el mejor medio para contrarrestar los efectos perniciosos de la corrupción en la administración pública por los mismos motivos expresados anteriormente, a los cuales nos remitimos para no ser redundantes.

De este modo vemos que la transparencia se erige como una cualidad, que de ser debidamente aplicada y garantizado por las autoridades públicas para fomentar la democracia, generar una administración pública eficiente y abierta, así como disminuir el flagelo de la corrupción entre los servidores públicos, lo que potenciará y propiciará un camino mejor hacia el desarrollo económico y social de la comunidad.

4. NIETO GARCÍA, Alejandro. “*Corrupción en la España Democrática*”. Ariel. Barcelona, España. 1997. Pág. 7.

1.2. Transparencia y derechos fundamentales

Tras haber formulado las consideraciones que anteceden respecto a la enorme importancia que tiene la transparencia para la vigencia del Estado Democrático de Derecho así como para la garantía de los derechos humanos en una sociedad plural, estimamos prudente focalizar nuestra atención a aspectos vinculados a estos derechos fundamentales y su estrecha vinculación con la transparencia.

Tal como venimos señalando, contemporáneamente al momento de la evolución histórica en la que nos encontramos la inmensa mayoría de los Estados que forman parte del hemisferio Occidental del planeta se constituyen en Estados Democráticos de Derecho. Siguiendo a Lenio Luiz Streck⁵, compartimos su parecer respecto a que el Estado Democrático de Derecho se cimienta en dos rocas angulares: la democracia y los derechos fundamentales. Ambos factores son mutuamente necesarios para que pueda configurarse este tipo de Estado, ya que la convivencia en un régimen democrático, al tener como principio cardinal del sistema la igualdad entre los sujetos, requiere el respeto y vigencia, de los derechos humanos. Pero, a su vez, los derechos fundamentales requieren para su efectiva vigencia y respeto de un entorno donde se valore y fomente su protección. Tal como la experiencia histórica nos indica, solo en los regímenes democráticos se ha podido vivenciar la plena vigencia de los derechos humanos.

Atendiendo a que el presente trabajo se encamina a analizar la transparencia informativa en materia de gestión pública con un enfoque en la influencia que tienen el derecho fundamental de acceso a la información pública, plenamente reconocido y garantizado constitucionalmente como herramienta con que cuenta la ciudadanía para

5. STRECK, Lenio Luiz. En su artículo “*La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales sociales*”.

ejercer un efectivo control de la gestión pública, a modo de circunscribir el alcance del presente trabajo indicamos que el mismo tendrá como eje central la normativa vigente en la materia de la República del Paraguay.

La Constitución Nacional de la República del Paraguay del año 1992 (en adelante CN), dentro del catálogo de derechos establecido en ella, recoge derechos que contribuyen a la posibilidad de que los ciudadanos exijan a los servidores públicos un manejo de la cosa pública de modo transparente. El análisis del mismo, a la luz del texto constitucional y de la doctrina, se realizará a continuación.

1.2. El derecho de acceso a la información pública en la Constitución Nacional

Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 28 de la CN. Cuyo texto transcribimos a continuación:

“Derecho a informarse.

Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime.

Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo.

Toda persona afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua tiene derecho a exigir su rectificación o su aclaración por el mismo medio y en las mismas condiciones que haya sido divulgada, sin perjuicio de los demás derechos compensatorios”.

El reconocimiento de este derecho fundamental adquiere una enorme trascendencia en estos tiempos atendiendo a que en la actualidad la información ha tomado un lugar central en el quehacer humano, donde resulta imprescindible contar con información actualizada y consistente para la toma de decisiones, tanto en el ámbito del sector privado como de la administración pública.

Contextualizada la trascendencia del derecho, que resulta el eje central del presente trabajo, compartimos el parecer de García y Contreras⁶ al conceptualizar a este derecho como contenedor de un principio que implica una obligación a cargo del Estado de promover y garantizar la efectiva vigencia del derecho de acceso a la información pública en el mayor grado posible, conforme con las posibilidades fácticas y aquellas de orden jurídico. Esto trae aparejado el deber del Estado de ser proactivo y tomar las medidas necesarias para efectivizar de modo real el acceso a la información pública.

En este contexto estimamos importante resaltar un aspecto de este derecho que tiene una gran relevancia en materia de transparencia en la gestión pública, como es la mención expresa de que la información que poseen o generan las fuentes públicas son libres para toda persona, sin establecer distingos de ninguna clase. Este reconocimiento establece un derecho de alcance universal con rango constitucional, en virtud del cual toda persona tiene derecho a acceder a los datos e informaciones producidas por las fuentes públicas, sin que funcionario público alguno pueda negarse a proveerla fuera de los procedimientos y condiciones establecidas en la ley que reglamente este derecho. De allí surge la gran valía que conlleva esta disposición constitucional como mecanismo de acceso a informaciones y datos públicos, para fomentar y potenciar la transparencia en las instituciones públicas y lo que ella significa y comprende.

6. GARCÍA, Gonzalo. CONTRERAS, Pablo. “*Derecho de acceso a la información pública en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional*”. Artículo publicado en la Revista “Estudios constitucionales”. Año 7. Número 1. 2009. Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca. Pág 142.

II. El acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico paraguayo

Recordemos que el 20 de junio de 1992 fue sancionada y promulgada la CN de la República del Paraguay, vigente hasta la fecha. Ahora bien, una vez establecida la trascendencia que tiene la CN de la República del Paraguay en su rol de norma fundacional, estimamos pertinente referirnos a otro artículo de este cuerpo normativo. Nos referimos al artículo 137 que establece el orden de prelación de las normas jurídicas. Dicho artículo reza cuanto sigue:

“De la supremacía de la Constitución. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley.

Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone.

Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”.

De este modo, vemos que la norma madre de la República establece el orden de prelación jurídica. Dicha ordenación queda efectuada de la siguiente manera:

- a) la Ley Suprema, es decir, la Constitución Nacional,
- b) los Tratados, Convenios y Acuerdos internacionales aprobados y ratificados,
- c) las leyes dictadas por el Congreso Nacional, y

d) otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, dictadas a fin de reglamentar o complementar a las anteriores.

Una vez enunciado el orden de prelación de las normas jurídicas que integran el sistema jurídico paraguayo, estimamos necesario efectuar un desglose en cuanto a la manera en la que se encuentran establecidos el derecho a acceder a la información pública, sus limitaciones, así como las obligaciones a cargo del Estado, dentro de los diversos niveles del ordenamiento jurídico.

II. A) La CN

Habida cuenta de que con anterioridad hemos mencionado los artículos en los que configuran los derechos vinculados a la protección y fomento de la transparencia en la gestión pública, estimamos prudente no ser reiterativos y centrarnos tan solo un breve comentario respecto al derecho que es el eje central del presente trabajo y que es un instrumento de gran valía para que tornar viable el debate social en torno a todo tipo de cuestiones que revisten interés para la sociedad. Debate que se verá enriquecido enormemente en la medida en la que se permita la mayor participación de todos los sectores de la sociedad y que potenciará la formación de la opinión pública y de una mayor conciencia ciudadana en torno a la valoración del sistema democrático. Al respecto, no debemos perder de vista la relevancia que tiene este derecho para tornar operativos los principios que hacen a una democracia republicana, representativa, participativa y pluralista y que la sociedad paraguaya estimó necesarios para refundar al Estado Paraguayo y erigirlo como garante de la dignidad humana en el territorio nacional.

Una vez formulada la precedente manifestación vemos que la CN, en su artículo 28, establece que toda persona, independientemente de que sea nacional o extranjera, tiene pleno derecho a recibir infor-

maciones y datos de cualquier índole que sea. Como complemento a este amplio reconocimiento, vemos que a renglón seguido la CN dispone que las fuentes públicas de información son de libre acceso para todas las personas sin más restricciones que aquellas que sean establecidas por el Poder Legislativo, a la hora de establecerse los procedimientos y otros aspectos para la efectiva vigencia del derecho al acceso a la información originada o almacenada en las fuentes públicas.

De esta manera, resaltando su importancia en torno a la manifestación del aspecto social y comunicativo que es propio del ser humano, entendemos que el reconocimiento de este derecho por parte de la CN debe ser interpretado conforme con los principios anteriormente señalados, así como conjuntamente con la dignidad humana para comprender la relevancia que el mismo tiene para hacer efectiva la configuración del Estado Paraguayo como Estado Social de Derecho, tal como se expresa en el artículo 1 de la CN⁷.

II.B) Los Tratados, Convenios y Acuerdos internacionales aprobados y ratificados por Paraguay

En materia de acceso a la información pública vemos que fueron plenamente incorporadas al ordenamiento jurídico paraguayo por medio de los procedimientos de internalización, disposiciones internacionales referentes al derecho que constituye el eje central de este trabajo.

7. Artículo 1º: DE LA FORMA DEL ESTADO Y DE GOBIERNO. “*La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado en la forma que se establecen esta Constitución y las leyes. La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana*”.

II.B.1) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU)

El mencionado acuerdo internacional fue sancionado y promulgado en virtud de la Ley N° 5/1992. Como consecuencia de ello la República del Paraguay se incorporó al sistema de reconocimiento y protección de derechos civiles y políticos acordados en la ciudad de Nueva York en el año 1966 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸) en el marco del XXI periodo de sesiones de la Asamblea General de la ONU.

En virtud de los derechos de carácter civil y político reconocidos en este acuerdo, comprobamos que los países que suscribieron dicho documento se comprometieron a respetar sus disposiciones como un complemento que amplía el alcance de estos derechos expresados ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1948)⁹.

Ahora bien, centrándonos en enunciar aquellas disposiciones contenidas en este Convenio internacional incorporado al ordenamiento interno de la República del Paraguay en lo concerniente al presente trabajo vemos que el artículo 19 dispone que:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones o ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, pue-

8. Texto disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=189&IID=2>

9. Texto disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=163&IID=2>

de estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la Ley y ser necesaria para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

La norma transcrita conlleva el deber de los Estados que suscribieron este Acuerdo de garantizar el libre ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión. En el seno del derecho a la libertad de expresión encontramos un derecho que constituye el cimiento sobre el cual luego se desarrollará el derecho de acceso de la información pública. Concretamente, nos referimos a la libertad consagrada de buscar informaciones de toda índole, que permite inferir que este reconocimiento implica el deber de los Estados signatarios de permitir que toda persona sin distinción alguno y por cualquier medio pueda tener acceso a información de carácter público. Este derecho amplía el espectro de posibilidades en las que puede hacerse operativo el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, entendidos como elementos que se integran para que una persona pueda disfrutar plenamente de estas libertades reconocidas y garantizadas.

II.B.2) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA)

La sanción y promulgación de la Ley N°1/1989 fue el mecanismo por medio del cual se incorporó al ordenamiento jurídico paraguayo la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰, también llamada “Pacto de San José de Costa Rica” aprobada en el año 1969 en el marco de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA)

10. Texto disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Concretamente, esta convención establece el nivel mínimo de reconocimiento de derechos que los Estados americanos, integrados al sistema de la OEA, consideraban digno de respeto y protección al momento en el que celebró la antes mencionada Convención. En la misma, su artículo 13 establece cuanto sigue:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión y pensamiento. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, por cualquier otro procedimiento a su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derecho o la reputación de los demás; o, b) La protección de la Seguridad Nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para los periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

La disposición recientemente transcripta contiene los aspectos vinculados al acceso a la información pública, así como aquellos otros que ya fueron mencionados con anterioridad para articular los mecanismos que complementen el contenido en sí mismo de estos derechos y permitan su ajuste a los nuevos tiempos, en los que la búsqueda, manejo y difusión de información ya no es labor únicamente de la prensa, sino que se encuentra con un horizonte verdaderamente amplificado por los medios tecnológicos que permiten potenciar la actuación ciudadana con miras a fomentar la transparencia en el control y supervisión de la administración pública.

Puntualmente, estimamos que dentro de esta norma de carácter internacional es digno de rescatarse el reconocimiento expreso, que debe ser recepcionado y garantizado en cada Estado signatario de esta convención de la OEA, respecto al derecho a buscar todo tipo de informaciones (e ideas). Dentro de esta amplia gama de informaciones se incluye, como no podría ser de otra manera, la información de carácter público.

En esta enunciación de derechos contenidos en la convención de la OEA vemos que se encuentra previsto, de modo no expreso pero puede colegirse que efectivamente se refiere al eje temático que venimos analizando esta vez como parte del derecho a la libertad de expresión, el derecho al acceso a la información pública. Asimismo, encontramos una disposición que garantiza que la vigencia de este derecho no puede ser objeto de limitaciones directas o indirectas por parte del Estado.

II.C) Las leyes dictadas por el Congreso Nacional

Una vez señalada la existencia de disposiciones normativas de rango constitucional, así como aquellas derivadas de Pactos o Convenciones internacionales, corresponde continuar analizando la legislación que haya sido dictada por el Congreso Nacional de la República del Paraguay para detallar o precisar, de mayor manera, los alcances y limitaciones del derecho al acceso a la información pública en este ordenamiento jurídico.

Al respecto, cabe señalar que efectivamente nuestro país cuenta con una Ley por medio de la cual se reglamentan (con rango legislativo) las disposiciones del artículo 28 de la CN, en concordancia con las disposiciones internacionales contenidas en los instrumentos ratificados por la República del Paraguay, ello con la finalidad principal de promover y reforzar la transparencia en el Estado paraguayo.

Concretamente, nos referimos a la Ley N° 5.282 “*De libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental*”, promulgada el 18 de septiembre de 2014. Dicha norma establece, en escasos 33 artículos, el marco general de lo que debe entenderse por fuentes públicas, la información mínima a ser publicada por estas fuentes así como aquellos aspectos procedimentales de carácter administrativo y judicial para que los interesados obtengan dicha información pública.

Posteriormente nos referiremos al contenido de esta ley a profundidad al momento de analizar los mecanismos de acceso a la información pública vigentes en la República del Paraguay.

II.D) Otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, dictadas a fin de reglamentar o complementar a las anteriores

Dentro de esta categoría de disposiciones normativas encontramos todas aquellas que son dictadas a los efectos de reglamentar de manera pormenorizada aspectos operativos, administrativos o dignos de complementar el contenido de las normas jurídicas de mayor jerarquía o rango. Todo ello con miras a hacer efectivos los derechos reconocidos en las normas antes citadas.

II.D.1) Decreto N° 4.064

En virtud del mencionado decreto el Poder Ejecutivo de la Nación reglamentó los aspectos concernientes a las disposiciones contenidas en la Ley N° 5.282/2014. Dicha norma fue dictada el 17 de septiembre de 2015 en ejercicio de la facultad reglamentaria conferida al presidente de la República en los incisos 1) y 3) del artículo 238 de la CN¹¹.

11. Artículo 238: DE LOS DEBERES Y DE LAS ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE-
→

En el decreto en cuestión se complementan, con mayor detalle, los lineamientos establecidos por el Congreso Nacional a la hora de reglamentar el artículo 28 de la CN. Asimismo, se establecen disposiciones de carácter administrativo y operativo para todas las reparticiones estatales sobre las que recaen obligaciones en virtud de la Ley N° 5.282/2014. Entre ellas podemos mencionar la obligación de la digitalización de aquellas solicitudes presentadas por escrito por los particulares, la obligación de publicar digitalmente los pronunciamientos emitidos por las fuentes públicas respecto a solicitudes de acceso a la información y orientar a los particulares respecto a los trámites que deberán realizar en caso de que deseen acceder a información que no se encuentra publicada en los medios preestablecidos (página web de cada institución estatal).

II.D.2) La Acordada N° 1.005

En ejercicio de la facultad reglamentaria para cuestiones sometidas a su competencia, establecida en el artículo 3° de la Ley N° 609/2005¹², la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay estableció esta norma de carácter general para establecer el procedimiento judicial a llevarse a cabo para resolver la pretensión de una persona o un grupo colectivo de obtener información establecida como

→ TE DE LA REPÚBLICA. “*Son deberes y atribuciones de quien ejerce la presidencia de la República:*
 1. *representar al Estado y dirigir la administración general del país;*
 2. ...
 3. *participar en la formación de las leyes, de conformidad con esta Constitución, promulgarlas y hacerlas publicar, reglamentarlas y controlar su cumplimiento; ...*”.

12. *Artículo 3. “Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, en pleno: ...b) Dictar su propio reglamento interno, las acordadas, y todos los actos que fueren necesarios para la mejor organización y eficiencia de la administración de justicia; ...”.*

pública por la Ley N° 5.282/2014 contra la negativa de brindarla por parte de una repartición estatal.

El procedimiento establecido en la acordada antes mencionada es el correspondiente para la garantía constitucional del amparo, previsto en el artículo 134 de la CN¹³. Asimismo, esta disposición constitucional se ve complementada por el Código Procesal Civil, al momento de establecer las formalidades procedimentales para hacer efectiva la garantía del amparo como una protección de derechos consagrados por la CN, donde exista urgencia fundada que amerite omitir recurrir por las vías procesales ordinarias. La tramitación de este tipo de juicio se caracteriza por ser breve, sumario y gratuito como medios para permitir el acceso a toda persona interesada en obtener la tutela judicial efectiva y dentro de plazos más expeditivos que los que brinda habitualmente la administración de justicia respecto a derechos que hacen a la esencia misma del ser humano y su digna calidad de vida¹⁴.

-
13. Artículo 134: DEL AMPARO. “*Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular; se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley. El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. Si se tratara de una cuestión electoral, o relativa a organizaciones políticas, será competente la justicia electoral. El Amparo no podrá promoverse en la tramitación de causas judiciales, ni contra actos de órganos judiciales, ni en el proceso de formación, sanción y promulgación de las leyes. La ley reglamentará el respectivo procedimiento. Las sentencias recaídas en el Amparo no causarán estado*”.
14. Al respecto señala el procesalista paraguayo Hernán Casco Pagano al comentar las disposiciones referentes al amparo cuanto sigue: “*El procedimiento, manda la Constitución, será breve, sumario y gratuito. Sobre dichas bases constitucionales el Código Procesal Civil regula el proceso de Amparo con las características de: brevedad de los plazos; inadmisibilidad de recusaciones, excepciones e incidentes; restricción del debate; limitación del material probatorio y gratuidad*”. CASCO PAGANO, Hernán. “Código Procesal Civil Comentado y Concordado”. Tomo II. 8ª Edición. La Ley Paraguaya S.A. 2008. pag. 1.045. Asunción, Paraguay.

Una vez determinadas las disposiciones normativas que integran el sistema jurídico paraguayo en materia de acceso a la información pública estimamos pertinente efectuar una revisión a fin de resaltar las fortalezas del sistema paraguayo para tornar efectivo el derecho que constituye el eje central del presente trabajo.

III. Análisis del carácter universal de este derecho en el sistema paraguayo

Tal como recogimos en el apartado anterior, el sistema jurídico paraguayo, en sus niveles más elevados, compuestos por la CN y los Convenios Internacionales internalizados, confiere de modo amplio el derecho de acceso a la información pública, estableciéndose que este derecho comprende a todas las personas, sin distinción de nacionalidad, edad, raza, sexo o demostración de un interés concreto.

Continuando con el análisis normativo, nos encontramos con que los demás niveles inferiores son coherentes con las normas marco señaladas recientemente, puesto que tanto a nivel legislativo, como a nivel reglamentario esta amplitud del reconocimiento del derecho al acceso a la información pública se encuentra extendida a toda persona que tenga interés en acceder a la información generada o custodiada por las fuentes públicas, sin necesidad de cumplir mayores formalidades, trámites complejos y, mucho menos, tener que demostrar la existencia de un interés o motivo en particular por el cual el sujeto solicita acceder a cierta información de carácter público (a modo de ejemplo véanse los artículos 4^{o15} y 12 de la Ley N° 5.282/2014).

15. Artículo 4°. Alcance y gratuidad. *“Cualquier persona, sin discriminación de ningún tipo, podrá acceder a la información pública, en forma gratuita y sin necesidad alguna de justificar las razones por las que formulan su pedido, conforme al procedimiento establecido en la presente ley”.*

Lo expresado anteriormente implica la incorporación de un criterio objetivo por el cual se da mayor relevancia a la posibilidad de que todo sujeto, en igualdad de condiciones respecto a cualquier otro integrante de la sociedad, pueda acceder a la información pública sin tener privilegios o excepciones por razones de género, preferencias ideológicas o políticas, religiosas u otro tipo de circunstancia de la persona y mucho menos tener la necesidad de alegar y justificar la existencia de una afectación o interés directo en el contenido de la información requerida. Dicho criterio conlleva sin duda una fortaleza, ya que ostenta un carácter manifiestamente democrático al implicar un elemento esencial e imprescindible para el funcionamiento mismo del sistema, al hacer posible el debate social necesario para la formación de una opinión pública libre y de apertura en la gestión estatal, circunstancias que tienen como consecuencia directa la posibilidad de permitir el control ciudadano, el cual resulta necesario para fomentar el interés y la participación de los ciudadanos en asuntos públicos, hechos que, a su vez, generan un verdadero refuerzo de la conciencia democrática.

Abundando en lo expresado estimamos necesario señalar que, dentro del sistema jurídico paraguayo, tiene carácter universal el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública, puesto que no admite la posibilidad de que al sujeto peticionante se le excluya de ejercer este derecho fundamental por motivos de raza, sexo, cuestiones ideológicas, religiosas o políticas, ni por su carácter de nacional o extranjero.

Estas características del sistema jurídico paraguayo deben ser resaltadas en cuanto constituyen un avance muy importante para la calidad democrática del Estado, y ello teniendo en cuenta además, la configuración dada a este derecho como, entre otras, la gratuidad de los trámites, que se erigen como elementos potenciadores que permiten el más amplio acceso al ejercicio del derecho a acceder a informa-

ciones de carácter público. En este sistema es clara la intención de los órganos estatales de fomentar la transparencia en la gestión pública, dicha circunstancia puede comprobarse tras la lectura del artículo 2° del Decreto N° 4.064/2014 al establecer que *“La aplicación e interpretación del presente Decreto se realizará de forma tal que se priorice el más amplio y efectivo acceso a la información que obra en poder de las fuentes públicas de información. Ninguna disposición del presente Decreto podrá ser entendida o interpretada de forma contraria a la Ley, ni podrá utilizarse para negar, menoscabar o limitar la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad del periodismo o la libre circulación de la información que sea de acceso público”*.

A los efectos de ilustrar complementariamente estas disquisiciones, estimamos relevante efectuar unos comentarios al respecto derivados de la interpretación jurisprudencial en materia de legitimación activa para solicitar información pública. Al respecto, tanto la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han expedido en términos similares en lo que concierne al reconocimiento y amplia vigencia de este derecho.

Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile” en el marco del caso N° 12.108 de la serie C N° 151 referente a la responsabilidad internacional del Estado por la negativa de brindar información relacionada a un proyecto de industrialización forestal al señor Marcel Claude Reyes, así como a la falta de recurso adecuado y efectivo para cuestionar tal decisión.

En este pronunciamiento la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó que *“...el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo control del Estado, con las salvedades permitidas*

bajo el régimen de restricciones de la Convención (...). Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla". Este fallo internacional conlleva un reconocimiento expreso al derecho al acceso a la información bajo control estatal, con una amplitud tal que se encuentra amparada para toda persona sin necesidad alguna de expresara las causas que la llevan a requerir informaciones a las autoridades públicas, con la sola limitación de la oposición de estas últimas amparadas en legítimas restricciones previstas por la propia Convención de Derechos Humanos.

En igual sentido, se expidió a su vez el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay por medio del Acuerdo y Sentencia N° 1.306 de fecha 15 de octubre de 2013 dentro de los autos caratulados: "Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: "Defensoría del Pueblo C/ Municipalidad de San Lorenzo S/ Amparo". En dicho procedimiento judicial la Defensoría del Pueblo promovió la acción de amparo constitucional (garantía para la tutela de derechos reconocidos y garantizados por la CN, respecto a la cual hemos efectuado algunos breves comentarios en el apartado d.2 de la parte III del presente trabajo) para revocar la disposición administrativa emitida por el Municipio de la ciudad de San Lorenzo por la cual rechazaba la petición de informes formulada por el señor José Daniel Vargas Téllez respecto a la nómina de funcionarios, con indicación de cargos y remuneraciones percibidas, que integraban el factor humano del organismo de gobierno local.

En dicha oportunidad el Pleno de la máxima instancia judicial paraguaya, adhiriéndose a los fundamentos expresados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso antes mencionado,

expresó que “...*existe una clara tendencia en el mundo democrático a considerar el libre acceso a los registros de información patrimonial como esencial para garantizar la integridad y credibilidad del gobierno. (...) Sin lugar a dudas, la información solicitada por el señor José Daniel Vargas Téllez sobre la “cantidad de empleados contratados y nombrados, con sus nombres apellido (y) puestos de trabajo” se trata de datos personales públicos que deberían haber sido proporcionados sin cuestionamiento alguno. Hay que señalar que tanto el Derecho a la Información como el Derecho al Honor, son todos derechos fundamentales; es por ello que en caso de conflicto, procede aplicar para su resolución técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, pero sin perder de vista el papel estratégico que juega el derecho a la información como garante de la formulación de una opinión pública libre*”. El parecer jurídico contenido en esta resolución judicial implica una ponderación de derechos constitucionales donde se antepone el derecho al acceso a la información pública por encima de toda disposición administrativa que limite la posibilidad de que cualquier persona interesada obtenga información bajo control de entes públicos, en base a la opinión de los operadores jurídicos, quienes en este caso estimar de mayor valía dar vigencia a un derecho que tiene incidencia sobre toda la sociedad, para la formación misma de una opinión pública libre e informada.

Conclusión

El reconocimiento y protección del derecho de acceso a la información pública se ha generalizado y robustecido no solo en el continente americano, sino también en otras latitudes que han admitido su relevancia como factor potenciador de la transparencia en la gestión pública y, en consecuencia, como herramienta para la lucha contra la corrupción y otros males que aquejan a las administraciones públicas a lo largo y ancho del globo.

Amén de ello, hemos precisado la importancia de este derecho como instrumento esencial para la circulación de la información dentro de la sociedad, a modo de permitir que la ciudadanía pueda informarse acabadamente de temas que resultan relevantes para el debido debate en el seno de una sociedad que comulga con principios democráticos, con lo cual se generará la formación de una opinión pública libre y plural caracterizada por ser formada de manera consciente y responsable. De esta manera los ciudadanos tienen la posibilidad de participar en asuntos de interés colectivo y exigir ciertas conductas y acciones en aquellos que ejercen la administración estatal y, en general, la función pública.

Consecuencia de lo expresado es la posibilidad de que los ciudadanos se involucren en el control de la gestión pública, ya que al contar con suficiente y adecuada información pueden participar y exigir una mayor y precisa rendición de cuentas de los gestores públicos (participación ciudadana como control de la acción pública).

Estos mayores niveles de involucramiento de la ciudadanía en asuntos que resultan de interés general conllevan a un mayor grado de fortalecimiento y consolidación de la democracia, ya que los ciudadanos vivencian un sistema de gobierno en el que pueden participar y expresar sus opiniones respecto a la manera en la que se manejan los asuntos públicos en un contexto actual donde la tecnología permite acceder a contenidos a los que hace poco tiempo no se tenía acceso y a manifestar su parecer en las redes sociales de una manera inmediata y masificada. De ahí la importancia de garantizar, de forma paralela, el acceso del ciudadano a las nuevas tecnologías.

Una vez precisada la importancia cardinal de este derecho para la vigencia misma del Estado Democrático de Derecho, estimamos significativo centrar nuestra atención en el sistema jurídico paraguayo.

Como hemos visto a la largo del artículo, el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido y garantizado dentro de

todos los niveles integrantes del ordenamiento jurídico paraguayo, tanto de fuente interna, como internacional, lo que demuestra el alto grado de valoración dado por la sociedad paraguaya de este derecho para luchar contra la arbitrariedad, la opacidad y la corrupción en la Administración pública y así mejorar la gestión encomendada a los servidores públicos.

Tras señalar la importancia fáctica que tiene este derecho, consideramos que el derecho de acceso a la información también tiene estrecha vinculación con el carácter social y comunicativo del ser humano, por lo cual debe ser necesariamente conjugado con el derecho a la libertad de expresión de modo inescindible para respetar y tutelar derechos que son inherentes a la dignidad misma del ser humano.

Este carácter de derecho fundamental implica una garantía brindada por el Estado a favor de toda persona. Esta garantía se manifiesta en dos sentidos, por una parte, a permitir y promover el libre y pleno goce del derecho por parte de los particulares y, por el otro, establece un límite a la injerencia de los poderes públicos que protege no solo a la libertad y esencia del individuo, sino que también al sistema democrático al brindarle un factor esencial para su desarrollo. No olvidemos que esta garantía, derivada del carácter de derecho fundamental, otorga acciones a toda persona para exigir ante los órganos jurisdiccionales nacionales e incluso internacionales la tutela efectiva de sus derechos.

Ahora bien, una vez vislumbrada la importancia que tiene este derecho fundamental estimamos pertinente señalar que hemos analizado algunos aspectos que integran el sistema jurídico paraguayo y que pueden promover la efectividad del derecho de acceso a la información o, por el contrario, restringirlo hasta vaciarlo de contenido.

A nuestro juicio, la mayor fortaleza del sistema paraguayo respecto al derecho de acceso es el reconocimiento universal del mismo para toda persona, independientemente de toda circunstancia que

rodee a su personalidad. Esta fortaleza se encuentra erigida con tal amplitud que no requiere demostración de interés particular o general, por lo que consideramos que esto reduce y simplifica los trámites y facilita el acceso del ciudadano de a pie ejercer su derecho a informaciones generadas o bajo control de los organismos gubernamentales.

Teniendo en cuenta lo expresado hasta aquí, entendemos que esta fortaleza genera elementos necesarios que ayudaran a fortalecer y consolidar la transparencia en el manejo de los asuntos públicos, brindando garantías suficientes para toda persona pueda disfrutar de este derecho que es la llave para fomentar la transparencia en la administración pública y, por su intermedio, para incentivar la formación de la opinión pública informada, consiente y responsable en el seno del debate democrático que siempre robustece a una sociedad democrática.

V. Bibliografía

- CASANELLI, Aldo. “*Transparencia y Gobernabilidad para una democracia de calidad*”, publicado por el Consejo para la Transparencia en la revista “*Transparencia & Sociedad*” N° 2, año 2014, pág. 11-26. Santiago de Chile, Chile.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. “*Los derechos fundamentales*”. Tecnos, Madrid, España. 1988, pp. 19-20.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL (2009), Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción. Berlín. Disponible en <http://www.transparencia.pt/wp-content/uploads/2012/03/Plain-Language-Guide-ES.pdf>. Revisado el 24 de junio de 2012.
- GOMES FILHO, Adhemar Bento. Ponencia “El desafío de implementar una gestión pública transparente” del X Congreso Internacional del CLAD sobre reforma del Estado y la Administración Pública del año 2005. Santiago de Chile, Chile.

NIETO GARCÍA, Alejandro. “*Corrupción en la España Democrática*”. Ariel. Barcelona, España. 1997. Pag 288.

STRECK, Lenio Luiz. En su artículo “*La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales sociales*”.

GARCÍA, Gonzalo. CONTRERAS, Pablo. “*Derecho de acceso a la información pública en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional*”. Artículo publicado en la Revista “Estudios constitucionales”. Año 7. Número 1, 2009. Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca, págs. 137/175.

CASCO PAGANO, Hernán. “Código Procesal Civil Comentado y Concordado”. Tomo II. Octava Edición. La Ley Paraguaya S.A. 2008, pág. 1.045. Asunción, Paraguay.

LA PROTECCIÓN DE LAS CREACIONES CULINARIAS COMO DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

María Gabriela Talavera García *

Sumario

En estos últimos tiempos el sector culinario está en boca de todos, han surgido una serie de nuevos formatos televisivos con esta temática, se han creado rutas gastronómicas en diversas regiones del mundo, constantemente se otorgan premios multimillonarios a los participantes de concursos de cocina de todo tipo y se da una amplia difusión a productos gastronómicos con características innovadoras y todo esto gracias a la capacidad sin límites del ser humano de crear e innovar.

En la actualidad, los restaurantes de todo el mundo centran su atención en la experiencia positiva del cliente, no solo se mide su lealtad con el lugar de expendio de las comidas sino que se busca dimensionar cual es el grado de aceptación de quienes realizan su magia en la cocina. El “chef”, tiene a su cargo no solo preparar las deliciosas comidas, sino que además está obligado a deslumbrar a los comensales con una presentación atractiva de sus platos. Todo lo ex-

* Profesora de derechos intelectuales de la carrera de derecho UNIBE y del módulo de derechos intelectuales en el diplomado de mediación y métodos de resolución de conflictos UNIBE. Directora de la Dirección de los Derechos de la Propiedad Intelectual de la Corte Suprema de Justicia.

puesto, nos lleva a las siguientes preguntas, toda esta magia, esta creatividad que se refleja en un simple plato de comida, puede protegerse? ¿Existe algún mecanismo legal en nuestro país que mencione algo al respecto? ¿Qué es lo que se debate a nivel internacional sobre este punto?

En el presente artículo se analizan estas cuestiones en donde consideramos que el aspecto más controvertido sería determinar si se cumple principalmente con el requisito de originalidad, es decir, hasta qué punto un plato de comida podría enmarcarse dentro de lo que establecen nuestras leyes en materia de propiedad intelectual.

Desarrollo

En el año 2013, el Tribunal Federal de Justicia de Alemania, en una sentencia sin precedentes, amplió la protección de los derechos de autor a las creaciones culinarias, consideró que las mismas se equiparaban a verdaderas obras de arte pues se trataban de creaciones minuciosamente dispuestas en cuanto a su presentación y por lo tanto la titularidad de las mismas correspondía al chef que las creaba.

Con esta sentencia, en Alemania hoy en día, al fotografiar un plato de comida y difundirlo en las redes sociales se estaría cometiendo una infracción a la propiedad intelectual. El fallo citado dejó un precedente que traerá como consecuencia un amplio debate sobre este tipo de cuestiones. Si bien hasta ahora muy pocos países han tratado o resuelto sobre este tema, entendemos que en un futuro no muy lejano esta corriente podría llegar a nuestra región por lo cual sería interesante puntualizar cuanto sigue:

Para afirmar si existe o no la posibilidad de proteger este tipo de creaciones es importante resaltar las dos grandes barreras que deben ser superadas a los efectos de efectivizar dicha protección, en primer lugar tenemos a la **originalidad** y en segundo a la **expresión**.

Un fallo argentino citado por Miguel Ángel Émery define el concepto de originalidad de la siguiente manera: “*el autor de una obra de ordinario trabaja con elementos preconstituidos, pues la mente humana no crea sino combina de un modo distinto y novedoso, imágenes intelectuales o sensibles ya existentes. El hombre crea cuando innova en lo existente*”¹.

En otra sentencia, mencionada en la misma obra, se ilustra aún mejor este concepto al disponer que: “*la protección se extiende a las obras creativas y originales, siempre y cuando contengan un mínimo de expresión personal del autor en su presentación o recopilación, que refleje un esfuerzo de naturaleza intelectual, un mínimo de expresión del autor, ya sea en su contenido, en su plan de desarrollo, en su presentación o en su recopilación*”².

Entendemos que lo que se requiere para lograr la protección de los obras es una intervención creativa mínima del hombre, que exista una vinculación directa del autor con su obra, que las características propias de su personalidad queden reflejadas en dicha creación.

Nuestra Ley N° 1328/98, De Derechos de Autor y Derechos Conexos, en su artículo 3° establece que: “*la protección recae sobre todas las obras del ingenio de carácter creador en el ámbito literario o artístico, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad, la nacionalidad o el domicilio del autor o del titular del respectivo derecho, o el lugar de publicación de la obra*”³.

-
1. CnCiv, Sala A, 31/10/89, ED, 136-153 citado en la obra de Miguel Ángel Émery, Propiedad Intelectual, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009, página 277.
 2. CNCrim y Corr, Sala IV, 26/5/70, ED, 33-302, y JA, 8-1970-48; id., Sala V, 3/3/67, ED, 18-775; id., Sala VI, 24/5/68, JA, 1968-V-62; CNCiv, 20/12/59, JA, 1960-III-32 citado en Miguel Ángel Émery, Propiedad Intelectual, Buenos Aires, 2009, página 277.
 3. Ley N° 1328/98, De Derechos de Autor y Derechos Conexos, Artículo 3°.

Claramente la legislación nacional no delimita taxativamente las obras que deben ser protegidas si no que deja abierta la posibilidad de protección de diversos tipos de obras siempre y cuando se cumplan con los requisitos legales de protección.

Nuestra ley por su parte, exige que para que se proteja a una obra esta debe necesariamente poder ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocer.

Concluimos en que al referirnos a la originalidad, hacemos alusión a aquella que es distinta a lo que ya existe, a lo que ya se conoce, algo que aún no se encuentra en el dominio público o dentro de las tradiciones, el folclore o las costumbres propias de un país o región. Evidentemente no nos estamos refiriendo a platos de comida tradicionales, sino a aquellos merecedores de consideración como algo verdaderamente extraordinario en el mundo culinario.

El segundo aspecto a considerar es la expresión, en este caso se complica aún más la cuestión puesto que la volatilidad de la obra resulta ser un verdadero obstáculo, pero existen otras expresiones artísticas como los grafitis que también son efímeras y no por ello dejan de ser considerados como obras.

Otra posible forma de protección sería a través de las marcas incluyéndose no solo el signo que identifica a estos productos sino también la forma de los envases y envoltorios, el aspecto del lugar, lo que podría considerarse como “*la imagen global usada para presentar un producto o un servicio a los compradores*”⁴.

Nuestra Ley N° 1294/98, De Marcas, en su artículo 1 dispone que: “*son marcas todos los signos que sirvan para distinguir productos o servicios. Las marcas podrán consistir en una o más palabras, lemas, emblemas, monogramas, sellos, viñetas, relieves; los nombres, voca-*

4. Mónica, Carmelo, “Derecho Paraguayo de Marcas”, Editorial Arandurá, Asunción 2007, pág. 82.

bllos de fantasía, las letras y los números con formas o combinaciones distintas; las combinaciones y disposiciones de colores, etiquetas, envases y envoltorios. Podrán consistir también en la forma, presentación o acondicionamiento de los productos o de sus envases o envolturas, o de los medios o lugar de expendio de los productos o servicios correspondientes. Este listado es meramente enunciativo”⁵.

Este artículo deja abierta la posibilidad de solicitar marcas o signos diferentes a lo mencionado siempre y cuando sean lo suficientemente aptos para distinguir productos o servicios, condición indispensable para ser consideradas como marcas registrables.

Desde el punto de vista de las patentes también podría lograrse una protección bajo esta figura siempre que se cumplan con los requisitos de patentabilidad: a saber, novedad, altura inventiva y aplicación industrial. Podrían darse en casos de recetas novedosas o alguna técnica innovadora de cocina. De hecho, existen numerosas patentes solicitadas en todo el mundo que hacen alusión a procedimientos específicos para obtener un producto innovador a través de un procedimiento nuevo, por ejemplo la patente RU2576963 a nombre de Kvan-senkov Ivanovich que se refiere a la técnica de producción de conservas para productos dietéticos, en particular para la nutrición de pacientes con diabetes.

Conclusión

Sin duda alguna para elaborar un plato de comida se requiere tiempo y un esfuerzo económico considerable, los restaurantes afamados con chefs de renombre presentan día a día propuestas extremadamente ingeniosas y no solo en sus recetas o en la combinación de los

5. Ley N° 1294/98, De Marcas, artículo 1°.

ingredientes sino en la presentación atractiva de los platos de comida, lo que resalta y los diferencia de los productos ofrecidos por la competencia. Los clientes acuden a los locales gastronómicos por la capacidad de innovar de estas, y entendemos que nuestras leyes de propiedad intelectual dejan abierta la posibilidad de proteger este tipo de obras siempre y cuando se cumplan con los requisitos mínimos para su protección. Concluimos en que la gastronomía si cuenta con una intensa y evidente intervención creativa del ser humano, puede convertirse en arte y de ser así debe velarse por su protección.

Bibliografía

- IIJ Corte Suprema de Justicia, Marco Normativo de Propiedad Intelectual, Asunción 2014.
- Carmelo Módica, “Derecho Paraguayo de Marcas”, Editorial Arandurá, Asunción 2007.
- Gladys Ester Bareiro de Módica y otro, “Derecho Paraguayo de Autor”, Asunción 2011.
- Miguel Ángel Émery, “Propiedad Intelectual”, Editorial Astrea, Buenos Aires 2009.

FUENTE DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON HIPOTECAS Y TÍTULO EJECUTIVO EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA, LOS PAGARÉS HIPOTECARIOS Y SU CIRCULACIÓN

*Ángel Francisco Alfonso Pérez**

1. HIPOTECA

1.1. NOCIONES GENERALES

La hipoteca es un derecho real de garantía sobre cosa ajena, de origen convencional y oponible a los terceros interesados mediante la publicidad registra!, en virtud del cual su constituyente (el deudor o un tercero), que debe ser capaz y propietario del inmueble hipotecado, el cual garantiza con la afectación de dicho inmueble una determinada deuda propia o ajena, a favor del acreedor hipotecario o titular de tal derecho, quien goza, además de las ventajas inherentes al *iuspersequendi* y al *iuspraeferendi*, propias de todo derecho real, del privilegio especial que la ley le otorga sobre el inmueble hipotecado, especialmente determinado, que permanece en posesión del constituyente.

* Notario, Escribano Público y Abogado, egresado de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Doctorado en Derecho Notarial y Registral. Profesor de cátedras en Notariado de la UNIBE. Ha presentado trabajos de investigación en numerosos congresos y seminarios.

Del concepto referido podemos extraer las características principales de la HIPOTECA, tales como: Derecho Real, Convencionalidad, Accesoriedad, Especialidad, Indivisible, Carácter Solemne y Publicidad, todos ellos a ser desarrollados más adelante.

HIPOTECA: Según el diccionario de Derecho Usual del Dr. Guillermo Cabanellas, “Esta palabra, de etimología griega, significa gramaticalmente, suposición, como acción o efecto de poner una cosa debajo de otra, de sustituirla, añadirla o emplearla. De ahí que hipoteca venga a significar lo mismo que sostener, apoyar y asegurar una obligación”; que es el sentido real de lo que vamos a desarrollar en este trabajo.

1.2. DEFINICIÓN

En el Código Civil de Velez Sársfield encontramos la siguiente definición: Artículo 3108: “La hipoteca es un derecho real constituido en seguridad de un crédito cierto en dinero, sobre los bienes inmuebles que continúan en poder del deudor”. Se crítica esta definición, en primer lugar porque se limita al deudor la posibilidad de la constitución de la hipoteca, cuando es admitido que también puede hacerlo un tercero en garantía de la deuda de otro.

Es igualmente imprecisa dicen algunos comentaristas del Código de Vélez, la expresión “en seguridad de un crédito cierto en dinero” en razón de que la seguridad obtenida por el acreedor consiste en el derecho de ser pagado con preferencia a otros acreedores con el producido de la ejecución forzada de la cosa afectada y es oponible, también, a los terceros adquirentes. No obstante estas críticas, es indudable que la definición legal precisa y aclara las características esenciales de la hipoteca.

EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO no contiene una definición de la hipoteca, pero aclara en su artículo 2356: “Por el derecho real de

hipoteca se grava un inmueble determinado, que continua en poder del constituyente, en garantía de un crédito cierto en dinero. Cuando un tercero lo hiciere en seguridad de una deuda ajena, no por ello se obligará personalmente”.

El texto legal referido repite, casi a la letra, la misma definición dada por el CÓDIGO CIVIL de Velez Sársfield

UBICACIÓN DE LA HIPOTECA EN LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES EN EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

DERECHOS REALES

SOBRE COSA PROPIA: * DOMINIO: Art 1953 y sgtes.
* CONDOMINIO: Art. 2083 y sgtes.
* PROPIEDAD POR PISO Y DPTO.
Art 2128 y sgtes.

SOBRE COSA AJENA:

- DE DISFRUTE * SERVIDUMBRE: Art. 2188 y sgtes.
* USUFRUCTO: Att. 2230 y sgtes.
* USO Y HABITAC.: Art. 2280 y sgtes.
- DE GARANTÍA * PRENDA: Art. 2294 y sgtes.
* PRENDA CON REG.: Art. 2327 y sgtes.
tes.
* HIPOTECA: Art. 2356 y sgtes.

Conforme al cuadro precedente, la hipoteca es un derecho de garantía, y por ende, accesorio de un crédito cierto y determinado que recae sobre un Inmueble ajeno, que permanece en poder del constituyente, que es el propietario del inmueble que se afecta con el derecho

real. Par lo dicho, la ubicación de la hipoteca en la clasificación de los derechos reales también es posible extraer un concepto del derecho real de hipoteca, lo cual demuestra que el cuadro que incluimos es útil asimismo a los efectos de conceptuar la idea del instituto.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA HIPOTECA

2.1. DERECHO REAL

Según Mackeldey “Derecho Real es el que nos pertenece inmediatamente sobre una cosa sometida por razón del mismo a nuestro poder legal y a nuestra voluntad, bien sea bajo todos los conceptos o bajo alguno solamente”.

El Prof. Dr. Guillermo L. Allende, en su obra “Panorama de Derechos Reales”, página 19, Editora La Ley, Buenos Aires, 1967, define el Derecho Real como un Derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa determinada (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes a *iuspersequendi* y a *iuspreferendi*.

Por lo tanto, la HIPOTECA es un derecho REAL, como lo aclara el Artículo 2356 del Código Civil paraguayo, el inmueble continúa en poder del constituyente, gozando así el titular del derecho de propiedad de todas las ventajas inherentes a los derechos reales.

2.2. CONVENCIONALIDAD

La única hipoteca que se conoce en nuestra legislación es la constituida por un acuerdo de partes, así lo manifiesta el artículo 2357:

“LA HIPOTECA SOLO PUEDE CONSTITUIRSE POR CONTRATO EN LA FORMA ESTABLECIDA EN ESTE CÓDIGO”.

En el antiguo Derecho Romano se admitieron otras hipótesis de hipotecas, como las constituidas por disposición de la ley, que se llamaban tácitas, y podían ser generales y especiales.

Las hipotecas legales especiales son las que gravan bienes determinados en seguridad de créditos también determinados. En cambio, las hipotecas legales generales son las que se establecen sobre todo el patrimonio del deudor.

Nuestro Código Civil repudia todas las clases de hipotecas constituidas en contravención de lo que dispone el artículo referido con antelación, de manera que repitiendo lo ya dicho, la única hipoteca que admite es la constituida por acuerdo de partes.

2.3. ACCESORIEDAD

Es un derecho accesorio porque se constituye en garantía de un crédito, que es lo principal y, por tanto, la hipoteca se halla sujeta a todas las contingencias de la deuda que garantiza. Este carácter accesorio de la hipoteca produce importantes consecuencias. Así por ejemplo, la inexistencia de la deuda, su nulidad o rescisión, determinarán iguales efectos respecto de la hipoteca. Desde el punto de vista procesal, se tiene que todo lo relativo a la ejecución de la hipoteca es de competencia del juez llamado a entender en la obligación principal.

2.4. ESPECIALIDAD

La vigencia del principio de la ESPECIALIDAD elimina los peligros e Inconvenientes de las hipotecas tácitas, legales y judiciales por la generalidad de su extensión sobre todo el patrimonio del deudor y por su indeterminación. Este principio rige tanto para el objeto como

para el sujeto de la hipoteca. El ya citado artículo 2356 establece que la hipoteca debe constituirse sobre inmuebles determinados y en garantía de créditos ciertos en dinero. Resulta que la hipoteca debe ser especial en el sentido de que debe constituirse sobre bienes inmuebles expresamente determinados, de tal manera que una hipoteca colectiva, establecida sobre todos los bienes pertenecientes al deudor y situados en una determinada ciudad, no llenaría el requisito de la especialidad. Es de rigor que los inmuebles gravados aparezcan, en el acto constitutivo, perfectamente individualizados con la mención de sus linderos, superficie, fincas y o matrículas y demás datos que permitan una correcta identificación.

Se puede afirmar, por tanto, que la especialidad es un requisito esencial cuya falta puede acarrear la nulidad del gravamen, susceptible de ser alegada por los terceros como también por el mismo deudor. *“La especialidad se refiere a la hipoteca y no al crédito y bastará con que ella este determinada en el monto máximo de la afectación o responsabilidad hipotecaria para satisfacer este requisito”.* (Del voto del Dr. Altamirano Aquino). Ver revista *La Ley* año 28/NÚMERO 7/Agosto 2005 - CS, Paraguay, en pleno, 2005/06/27. Financiera PARA TODO SAECA. C/José Elías Toral Carrillo y Otros s/Acción de Inconstitucionalidad. (Ac. y Sent. N° 482).

2.5. INDIVISIBLE

LA HIPOTECA es Indivisible; el artículo 2364 del Código Civil Paraguayo, dice: “LA HIPOTECA ES ACTIVA Y PASIVAMENTE INDIVISIBLE, CADA UNA DE LAS COSAS AFECTADAS A UNA DEUDA Y CADA PARTE DE ELLAS, GARANTIZAN EL PAGO DE TODA LA DEUDA Y DE CADA PARTE DE LA MISMA. PERO SI AL EJECUTARSE EL CRÉDITO O DIVIDIRSE EL INMUEBLE GRAVADO, FUERE ESTE SUSCEPTIBLE DE UN ÚTIL FRACCIONA-

MIENTO, LA VENTA O LA PARTICIÓN SE HARA EN ESTA FORMA”.

Los efectos de la indivisibilidad de la hipoteca se manifiestan en diversas hipótesis. Así por ejemplo, no podrá exigir el deudor la cancelación de la hipoteca mientras la deuda no esté totalmente pagada. A la inversa, el coacreedor o coheredero del acreedor, a quien se hubiese pagado su cuota, no podrá hacer cancelar su hipoteca en tanto los otros coherederos o acreedores no sean enteramente pagados, de todo lo cual resulta que la Indivisibilidad de la hipoteca no produce efecto alguno respecto de la divisibilidad del crédito que garantiza, con excepción del caso en que se hubiese pactado expresamente la solidaridad.

2.6. CARÁCTER SOLEMNE

Las formalidades que la ley exige en materia de constitución de hipoteca son AD SOLEMNITATEM y no meramente AD PROBATIONEM, lo que significa que el Incumplimiento de los requisitos legales importaría la inexistencia del gravamen.

En consecuencia, si la hipoteca se constituyese por documento privado, ella sería nula aun en la hipótesis de la protocolización del documento.

2.7. PUBLICIDAD

La constitución hipotecaria produce efectos entre las partes desde el día de otorgamiento de la escritura respectiva, pero es oponible contra terceros únicamente desde que es tomada razón de ella en el Registro Público correspondiente. El artículo 2369 prescribe: “LA HIPOTECA NO PRODUCIRÁ EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS SINO DESDE SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO RESPEC-

TIVO”. Esta disposición legal es terminante: la HIPOTECA NO REGISTRADA NO PERJUDICA A TERCEROS.

3. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON HIPOTECAS

3.1. TEORÍA GENERAL DE FUENTES COMO CAUSAS PRODUCTORAS DE VINCULOS

Cuando se habla de la causa de las obligaciones aludiendo a su fuente, a su origen o al hecho que las engendra, puede decirse que es un principio de vigencia universal el que «no hay obligación sin causa». Es que, como dice Giorgi, siendo la obligación “un vínculo que merma la libertad humana”, exige causa proporcionada a tan grave efecto, y no puede escapar a la regla de “**causalidad**” que gobierna los fenómenos de la naturaleza.

3.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El jurisconsulto GAYO distinguió primeramente dos únicas fuentes de obligaciones, el contrato (ex contractu) y el delito (ex maleficios), pero luego admitió que hay otras obligaciones provenientes de otras causas “*ex varilscausarumfiguris*”.

El Digesto y las Instituta formularon la enumeración que se hizo clásica en esta materia: las fuentes de las obligaciones son los “contratos y los cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos”. LOS GLOSADORES agregaron una quinta: LA LEY.

3.3. EN EL DERECHO MODERNO

Muchos juristas (como Planiol y Saleilles, Demolombe, Baudry - Lacantinerie, Machado, Llerena, Laureen) sostienen que las fuentes

de las obligaciones pueden reducirse a dos: La voluntad o el contrato y la ley. Dicen esos autores que las obligaciones en casos de delitos, cuasidelitos y cuasicontratos, provienen de la ley y no producen efectos por si solas.

EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO, dispone en su artículo 417: “LAS OBLIGACIONES DERIVAN DE ALGUNAS DE LAS FUENTES ESTABLECIDAS POR LA LEY”. De esta disposición se deduce que algunas de las fuentes de las OBLIGACIONES ES LA LEY. Igualmente el artículo 669 del mismo Código, dispone cuanto sigue: “LOS INTERESADOS PUEDEN REGLAR LIBREMENTE SUS DERECHOS MEDIANTE CONTRATOS, OBSERVANDO LAS NORMAS IMPERATIVAS DE LA LEY, Y EN PARTICULAR, LAS CONTENIDAS EN ESTE TÍTULO EN EL RELATIVO A LOS ACTOS JURÍDICOS”, con esta disposición se establece que otra fuente de las obligaciones es el CONTRATO.

4. CRÉDITO QUE GARANTIZA EL DERECHO REAL DE HIPOTECA

El Código Civil Paraguayo en su artículo 2359, dice: “PUEDE CONSTITUIRSE HIPOTECA EN GARANTÍA DE UN CRÉDITO CONDICIONAL O INDETERMINADO EN SU VALOR, O DE UNA OBLIGACIÓN EVENTUAL, O DE HACER O NO HACER, O QUE TENGA POR OBJETO PRESTACIONES EN ESPECIE, SIEMPRE QUE SE DECLARE UN VALOR ESTIMADO EN EL ACTO DE CONSTITUCIÓN, EL CUAL PODRÁ SER REDUCIDO POR EL DEUDOR, SI PROCEDIERE. LA FALTA DE DETERMINACIÓN DEL CRÉDITO EVENTUAL GARANTIZADO NO OBSTARA A LA VALIDEZ DE LA HIPOTECA, TODA VEZ QUE SE PRECISE SU MONTO MÁXIMO”.

Todas las obligaciones pueden ser garantizadas con hipoteca, de acuerdo con el artículo referido, cuando admite que se asegura con

este derecho real de garantía no sólo las obligaciones dinerarias sino también las no dinerarias, cualquiera que sea la prestación objeto de la obligación, y aunque se trata de créditos a término, condicionales o de deudas eventuales, con el único recaudo de que en el acto constitutivo se estime su valor en dinero y que el valor sea el máximo. Obviamente, los tipos de obligaciones que menciona el aludido artículo son meramente enunciativos, y es por ello que decimos que se determine su causa fuente para satisfacer los caracteres de especialidad o Accesoriedad, según la postura en que nos enrolemos con respecto a los mismos.

5. TÍTULO EJECUTIVO EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Antes de entrar en tema sería conveniente ver lo que dispone el Código de Procedimiento Civil, en el Libro III, DEL PROCESO DE EJECUCIÓN. TÍTULO I, DEL JUICIO EJECUTIVO - CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES, ARTÍCULO, 439: “Podrá procederse ejecutivamente siempre que en virtud de un título que traiga aparejada ejecución se demande por obligación exigible de dar cantidad líquida de dinero”.

Debe tratarse, pues, de obligación suscrita en un título de plazo vencido, de dar cantidad líquida de dinero, o fácilmente liquidable, deducible de los datos obrante en el propio instrumento.

Los requisitos de admisibilidad de los títulos ejecutivos se refieren a condiciones o presupuestos extrínsecos e intrínsecos. La falta de los requisitos extrínsecos puede dar lugar a las excepciones de forma. Tales requisitos son la capacidad procesal y la competencia. Los requisitos intrínsecos tienen que ver con el título que debe contener cantidad líquida y con el plazo vencido de la obligación, es decir, con su exigibilidad.

5.1. TÍTULOS EJECUTIVOS

El título ejecutivo, en general, consiste en la calidad o carácter que la ley le atribuye a determinados documentos en los que consta una obligación que permite al acreedor ejercer su derecho por vía ejecutiva. Constituye un presupuesto del juicio ejecutivo la existencia de un título ejecutivo que reúna los requisitos que por la ley son necesarios para tener fuerza ejecutiva.

De conformidad con el artículo 439, los títulos que con llevan ejecución, están consignados en el artículo 448 del Código Procesal Civil, los mismos son varios, a efectos de este trabajo nos ocuparemos solamente de los incisos a) y b).

a) EL INSTRUMENTO PÚBLICO. Los instrumentos públicos, que a su vez son varios, según el artículo 375 del Código Civil, deben comprobar y contener la obligación exigible (del plazo vencido) de dar cantidad líquida de dinero.

El instrumento público **tiene y prueba la fecha cierta y la autenticidad**. Hace fe respecto de las partes y de terceros acerca de la verdad de la fecha que figura en él y en cuanto a la AUTENTICIDAD, que se tiene por labrado por el escribano o funcionario público que lo otorga. El instrumento público hace plena fe mientras no fuere argüido de falso por acción criminal o civil, enjuicio principal o en incidente, sobre la realidad de los hechos que el AUTORIZANTE enunciare como cumplidos por él o pasados en su presencia (Artículo 383, Código Civil). De lo expuesto FECHA CIERTA Y AUTENTICIDAD - PROCEDE LA FUERZA JURÍDICA DEL INSTRUMENTO PÚBLICO, SU CARÁCTER DE TÍTULO EJECUTIVO, y en este inciso de la disposición del Código Procesal Civil ENTRA LA HIPOTECA SIN PAGARÉ, es decir, la ESCRITURA DE HIPOTECA ES LA QUE TIENE FUERZA EJECUTIVA.

b) “Instrumento privado suscripto por el obligado, reconocido judicialmente, o cuya firma estuviere autenticada por escribano con intervención del obligado y registrada en el libro respectivo”.

Del análisis realizado para la elaboración de este trabajo surge la figura de “PAGARÉ NO HIPOTECARIO” que por sus características encontramos que se halla encuadrado en el inciso b) del artículo 448 del Código Procesal Civil, transcrito en líneas precedentes.

¿Qué es el pagaré NO HIPOTECARIO?

Cabe señalar que el pagaré con la denominación de “no hipotecario” no existe en nuestra legislación positiva, en este trabajo se utiliza el mismo al solo efecto de diferenciar del pagare hipotecario. Es importante mencionar que en nuestra legislación solo se encuentran tipificados los “pagares hipotecarios” y los “pagarés”.

El PAGARÉ NO HIPOTECARIO, es aquel que se firma al amparo del contrato de hipoteca FLOTANTE de la LÍNEA DE CREDITO, pero en forma posterior a ésta y no lleva evidencia registral, porque actualmente la Dirección General de los Registros Públicos no los inscribe pues normalmente en este tipo de operaciones los mismos se presentan en forma separada del instrumento principal; que en este caso constituye el Contrato de hipoteca.

Esta situación se da, porque el contrato de hipoteca flotante o la línea de crédito se constituye sobre una operación eventual, vale decir que el otorgante de la línea de crédito (acreedor), con valor máximo establecido en el contrato, se compromete a desembolsar un préstamo a futuro, a pedido del deudor, momento en el cual el tomador o deudor firma el pagaré al amparo de la hipoteca formalizada con antelación.

b.1) PROCEDIMIENTO PARA SU EJECUCIÓN

La fuerza ejecutiva del PAGARÉ NO HIPOTECARIO suscrito por el obligado, reconocido judicialmente, o que la firma estuviere

autenticada por ESCRIBANO con intervención del obligado y registrada en el libro de REGISTRO DE FIRMA DEL ESCRIBANO ACTUANTE (Artículo 448, Inc. b). Para la autenticación de la firma estampada en el PAGARÉ NO HIPOTECARIO, quien lo suscribió debe reconocerla en juicio, o en caso de hacerlo ante ESCRIBANO, hallarse presente, interviniendo personalmente y que su firma se registre en el libro respectivo que debe hallarse en poder del ESCRIBANO.

El reconocimiento judicial de la firma debe solicitarse como medida preparatoria de la ejecución, en juicio breve y sumario.

El reconocimiento puede hacerse por el obligado, o darse por reconocida la firma en rebeldía del mismo, cuando citado éste, en forma, no compareciere, sin justa causa, en el plazo que el Juez le ha dado al efecto. “Toda persona contra quien se presentare en juicio un instrumento privado cuya firma se le atribuye, deberá declarar sí la firma es o no suya. El reconocimiento judicial de la firma importa el del cuerpo del instrumento”, Artículo 404, Código Civil.

En caso desconocimiento de la firma, a pedido de parte, el juez, con el dictamen de uno o tres peritos que deberán ser designados de oficio, de acuerdo con la importancia significativa del monto de la obligación, declarará si la firma es auténtica. Si lo fuere, vale decir que la firma negada fuere verdadera, convertirá el documento en título ejecutivo y se procederá ejecutivamente y el juez le impondrá al ejecutado, una multa a favor de la otra parte equivalente al treinta por ciento del monto de la deuda que conste en el documento (Artículo 446, Código Procesal Civil).

El PAGARÉ NO HIPOTECARIO judicialmente reconocido, o declarado reconocido, tiene entre las partes y sus sucesores, el mismo valor que **el instrumento público** (Artículo 407, Código Civil) y la prueba que resulta o emana de ello es indivisible, guarda la misma fuerza contra quien lo reconoce como contra aquel que lo presentare.

6. DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

6.1. GENERALIDADES.

El Código Procesal Civil, en el Libro III, Título II, incluye la ejecución hipotecaria entre los procesos de ejecución, esta actuación el Código de Procedimientos derogado no lo contemplaba.

El artículo 2373 del Código Civil, establece que, estando la hipoteca inscrita, Confiere al acreedor un derecho de preferencia a ser pagado sobre el precio del Inmueble. Asimismo, consigna que podrá disponer la ejecución y venta de la cosa hipotecada, sea que ella éste en poder del deudor, del Constituyente, o de un tercer poseedor.

Es así que desde la vigencia del Código Civil paraguayo ya se contemplaba la ejecución y venta del bien hipotecado, que puede ser un bien inmueble o ciertos bienes muebles como un buque o una aeronave (artículo 336, inc. b) Código de Organización Judicial y Código Aeronáutico), lo cual denota que dicha garantía de derecho real, no solo puede recaer sobre bienes raíces.

6.2. PROCEDENCIA DE LA EJECUCIÓN

“Procederá la ejecución hipotecaria –dispone el Artículo 503, Código Procesal Civil– cuando el título ejecutivo esté garantizado con hipoteca. Se aplicarán a este tipo de ejecución las disposiciones establecidas en el título anterior, en cuanto no resulten modificadas en el presente”. La garantía, siendo de derecho real, tiene que ver exclusivamente con la cosa hipotecada., La hipoteca se extiende a los accesorios del inmueble y a todas las mejoras sobrevinientes, aunque sea por hecho de un tercero (artículo 2360 Código Civil). Se constituye por escritura pública y solo produce efectos respecto de terceros, desde su inscripción en el Registro de Hipotecas.

6.3. DERECHO QUE CONFIERE LA HIPOTECA

“La hipoteca inscrita—preceptúa el artículo 2373, Código Civil—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 esté en poder del deudor, del constituyente o de un tercer poseedor”.

El acreedor hipotecario, pues, tiene un crédito privilegiado sobre el bien gravado con dicha garantía y puede ejecutar y lograr la venta de la cosa hipotecada que se encuentre en poder del deudor o de un tercero. La hipoteca comprende, además del Capital adeudado, los intereses estipulados y adeudados por dos años, y los que corran durante la ejecución, hasta el pago efectivo, se hayan o no convenido (artículo 2374, Código Civil).

6.4. PROCEDIMIENTO DE EJECUCION

6.4.1. Escritura de hipoteca

A este tipo de ejecución se le aplican subsidiariamente las disposiciones establecidas para el juicio ejecutivo el que nos ocupamos precedentemente. En base a la escritura pública de hipoteca y al inc. a) del artículo 448, Código Procesal Civil, se inicia directamente el procedimiento ejecutivo, obviamente sin necesidad de preparar el título ejecutivo, pues la misma ya lo constituye. En lo que resulten modificadas las disposiciones del juicio ejecutivo por el Título II del Libro III del Código Procesal Civil, serán de aplicación los artículos 503 al 507 de dicho Código, que corresponden a la ejecución hipotecaria. De inicio se libraré mandamiento de intimación de pago y de remate y se dispondrá la anotación del embargo sobre el bien hipotecado, librándose oficio al Registro Público correspondiente No se requiere de la prepa-

ración del título ejecutivo, pues el Contrato de hipoteca inscripto apareja ejecución (artículo 2373 del Código Civil).

6.4.2. Pagaré hipotecario

Ver punto número 7 de este trabajo.

6.4.3. Excepciones oponibles

Las excepciones oponibles en la ejecución hipotecaria son: a) Incompetencia; b) Falta de personería en el ejecutante o en sus representantes, por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente; c) litispendencia; d) Falsedad o inhabilidad del título con que se pide la ejecución, la primera solo podrá fundarse en la falsedad material o adulteración del documento; la segunda en la falta de acción o en no ser el documento de aquellos que traen aparejada ejecución; e) prescripción; e i) cosa juzgada. Además el deudor podrá oponer, las de pago total o parcial, quita, espera, remisión y transacción que sólo podrán probarse por instrumentos públicos o privados o actuaciones judiciales que deberán presentarse en sus originales, o en copias autenticadas, al oponerlas. Tratándose de las excepciones mencionadas de pago total o parcial, quita, espera, remisión y transacción, deberá acompañarse la prueba instrumental o las de actuaciones judiciales, con el escrito de oposición, no en el periodo de prueba, como ocurre en el juicio ejecutivo, según da a entender así el tercer párrafo del artículo 460, Código Procesal Civil. Allí sólo se indica que al oponerse las excepciones se hará el ofrecimiento de prueba, lo que da la oportunidad de presentar las documentales en el período probatorio.

En la ejecución hipotecaria, si no se acompañan con el escrito de oposición los documentos de prueba, se rechazará el escrito de excepciones y se dictará la sentencia de remata.

En la hipótesis de que la Inscripción hipotecaria haya caducado, por haber transcurrido el plazo, sin haberse renovado dentro del plazo de cinco días de la citación para oponer excepciones, los terceros podrán invocar dicha caducidad, con los efectos que determinen las leyes de fondos (artículo 504, Código Procesal Civil). Al caducar la inscripción el acreedor pierde su privilegio, su derecho preferente a ser pagado sobre el precio del Inmueble.

6.4.4. Informe sobre el bien hipotecado

El juez, al disponer la Intimación de pago y citación de remate, en la misma providencia debe ordenar la anotación del embargo sobre el bien hipotecado, librando el oficio pertinente a la Dirección General de los Registros Públicos, para que informe: a) sobre las medidas cautelares y gravámenes que afecten al inmueble hipotecado, con la indicación del Importe de los créditos, de sus titulares y domicilios; y b) sobre las transferencias que sobre el bien se hubieren realizado desde la fecha de constitución de la hipoteca, así como el nombre y domicilio de los adquirentes.

6.4.5. La sentencia de remate y el tercer poseedor

El bien hipotecado pudo haberse vendido por el deudor; en tal hipótesis, el adquirente es el tercer poseedor. No obstante, la hipoteca inscrita confiere al acreedor un derecho preferente a ser pagado sobre el precio del inmueble, aunque éste se halle en poder de un tercer poseedor y el titular de la garantía hipotecada podrá demandar la ejecución y venta de la cosa gravada con hipoteca (artículo 2373, Código Civil), para hacerse efectivo su crédito afianzado.

El artículo 506, Código Procesal Civil, establece: “Si del informe a que se refiere el artículo anterior, (expedido por la Dirección General

de los Registros Públicos), o por denuncia del deudor, resultare que éste transfirió el bien hipotecado, dictada contra el deudor la sentencia de remate, se intimará al adquirente para que dentro del plazo de cinco días pague la deuda o haga abandono del bien”. En este caso se observarán las reglas establecidas en el Código Civil sobre los efectos de la hipoteca con relación a los terceros.

Ahora bien, si intimado judicialmente el tercer poseedor se negare a pagar la deuda hipotecaria o a abandonar el inmueble, al acreedor solo le queda el derecho de perseguir la venta del bien gravado, vale decir, a hacer cumplir la sentencia de remate dictada en el juicio de ejecución hipotecaria. Mas, en el caso de que abandone el Inmueble el tercer poseedor, no autoriza al acreedor a apropiarse del mismo, sino a hacerlo vender para cobrarse con su precio.

6.4.6. Prelación en la ejecución

Si existen bienes hipotecados se procederá contra ellos con prioridad cualquier otro y el embargo se limitará a los bienes gravados con la garantía de derecho real. Solo en caso de ser vendido y resultar un saldo deudor, se procederá contra otros bienes pertenecientes al deudor (artículo 507, Código Procesal Civil). Esta norma mencionada ya era conocida en el régimen derogado.

Cabe señalar que este procedimiento de ejecución también se aplica a los siguientes: a) PAGARÉ HIPOTECARIO y b) ESCRITURA DE HIPOTECA CON PAGARÉ NO INSCRIPTO, denominado en este trabajo con el nombre de PAGARÉ NO HIPOTECARIO, en este caso, previamente el pagaré deberá adecuarse a lo dispuesto por el artículo 448 inc. b) del Código Procesal Civil, documento ya referido en líneas anteriores.

7. PAGARÉ HIPOTECARIO Y SU CIRCULACIÓN

El pagaré hipotecario es una figura combinada, en la que confluyen dos elementos aparentemente contrapuestos; por un lado, el pagaré, cuya esencia es la movilidad, el carácter abstracto, el valor por sí mismo, autónomo; por el otro, la hipoteca, derecho real, ligado concretamente a una obligación y una cosa. Y, sin embargo, instituciones tan dispares han podido conciliarse en esta figura del pagaré hipotecario que une a su fluida transmisibilidad la garantía hipotecaria.

Nuestro CÓDIGO CIVIL se ocupa de este tema en el artículo 2371: “LA OBLIGACIÓN HIPOTECARIA PODRÁ FRACCIONARSE Y DOCUMENTARSE EN PAGARÉS ENDOSABLES, HACIÉNDOLO CONSTAR EL ESCRIBANO EN LA ESCRITURA Y EN LOS DOCUMENTOS, QUE DEBERÁN SER TAMBIÉN REGISTRADOS, ASÍ COMO SUS ENDOSOS. EL ACREEDOR SOLO PODRÁ EJECUTAR SU CRÉDITO, HACIÉNDOLO VALER LOS PAGARÉS, QUE TENDRÁN FUERZA EJECUTIVA. LA CANCELACIÓN DEL GRAVAMEN PROCEDERÁ CUANDO SE CANCELEN TODOS LOS DOCUMENTOS EMITIDOS. LA TRANSMISIÓN DE LOS PAGARÉS HIPOTECARIOS ENDOSABLES, ESTARÁ SUJETA A LAS RESPONSABILIDADES Y EFECTOS DEL ENDOSO QUE ESTE CÓDIGO ESTABLECE”.

Es natural que sobre una base legislativa débil, surdan muchos problemas y controversias en torno a las múltiples cuestiones que plantean el pagaré hipotecario.

Hay que tener en cuenta que al otorgarse la escritura hipotecaria, los pagarés, deben estar mencionados en dicho instrumento, donde constará la cantidad de títulos librados que, si son varios, permitirán la negociación independiente de cada uno de ellos por el acreedor con terceros, lo que posibilita la más rápida circulación del crédito por endoso de los documentos, la mención que se haga en la escritura

hipotecarla de los pagarés emitidos no los constituye en hipotecarios, debiendo el Escribano actuante, igualmente consignar al dorso del pagare hipotecario el texto que vincule a éste pagare con la escritura, siendo igualmente indispensable a estos fines la intervención en los mismos -escritura y pagare- del REGISTRADOR del derecho real, quien estampará al dorso de cada uno de ellos el SELLO REGISTRAL (clisé) que los convierte en pagarés hipotecarios, al vincular el documento con la hipoteca que se inscribe, y que se indica en el referido SELLO REGISTRAL, el que asimismo contiene los datos de la Inscripción del Registro de Inmuebles, fecha y la firma del REGISTRADOR. Por lo dicho, la nota puesta por el ESCRIBANO ACTUANTE AL DORSO DEL PAGARÉ, vinculando éste con la escritura hipotecaria y la inserción por parte del empleado del Registro de inmuebles del SELLO REGISTRAL, es lo que constituye al **PAGARÉ EN HIPOTECARIO**, dado que si el referido SELLO no se halla estampado en el pagaré, éste queda como PAGARÉ SIMPLE y, por tanto, no se puede ejecutar hipotecariamente, aunque la escritura hipotecaria mencione a dichos documentos como hipotecarios.

Queda dicho así que la certificación notarial puesta también al dorso de los documentos, previa al SELLO REGISTRAL, o sin que ésta se haya estampado, no constituye al pagaré en hipotecaria.

7.1. CIRCULACIÓN - ENDOSO

El artículo 2371 del Código Civil ya transcrito anteriormente, establece, que “LA TRANSMISIÓN DE LOS PAGARÉS HIPOTECARIOS ENDOSABLES, ESTÁ SUJETA A LAS RESPONSABILIDADES Y EFECTOS DEL ENDOSO QUE ESTE CÓDIGO ESTABLECE”; dispone también: “QUE DEBERÁN SER TAMBIÉN REGISTRADOS, ASÍ COMO SUS ENDOSOS”. Es decir, como cualquier pagaré, EL HIPOTECARIO es transmisible por la vía del endoso.

Este endoso no solamente transmite el CRÉDITO EN EL DOCUMENTO, sino también LA GARANTÍA DE LA HIPOTECA, con todos sus efectos frente a terceros, sin necesidad de nueva escritura pública, cabe preguntarse si el endoso necesita de una escritura o un acta del endoso, nuestra legislación no dice nada al respecto, solamente dispone que el endoso debe Inscribirse también en el Registro, existen diversas corrientes, la primera corriente y con la que comparto plenamente es la que dice que, para dar formalidad al ENDOSO, es necesario que el mismo sea formalizado a través de un acta, y la otra corriente es la que dice que no es necesario documentar el acto del endoso porque nuestra disposición legal no exige y aparentemente es lo que se da en la práctica registral.

9. CONCLUSIÓN

Antes de terminar el tema que nos ocupa, quisiera analizar dos artículos, el primer artículo del Código Civil Paraguayo, el 2371, ya transcrito in-extenso en el desarrollo del presente tema y el otro artículo es el 448 inciso b) es del Código Procesal Civil, que lo transcribo parcialmente en la parte que nos ocupa, y es la que dice: "...O CUYA FIRMA ESTUVIERE AUTENTICADA POR ESCRIBANO CON INTERVENCIÓN DEL OBLIGADO Y REGISTRADO EN EL LIBRO RESPECTIVO".

Previamente hay que señalar que el CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO, entró en vigencia el PRIMERO DE ENERO DEL AÑO 1987 y el CÓDIGO PROCESAL CIVIL en NOVIEMBRE DEL AÑO 1989.

Cabe señalar también que la FUERZA EJECUTIVA DEL PAGARÉ HIPOTECARIO LE VIENE DEL ARTÍCULO 2371 DEL CÓDIGO CIVIL, no siendo necesario por lo tanto QUE EL ESCRIBANO ACTUANTE CERTIFIQUE LA FIRMA CONSIGNADA DEL DEUDOR EN EL PAGARÉ, porque su fuerza ejecutiva proviene de ese

artículo del Código Civil, ahora bien, como el CÓDIGO PROCESAL CIVIL entró en vigencia después del CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO, y es ahí donde se presentan nuevos inconvenientes jurídicos en la ejecución del título, entonces, para evitar contratiempos en los juicios de ejecución hipotecaria, a mi criterio es necesario que la firma del pagaré sea certificada por el escribano actuante para así evitar dilaciones, que prevaleciéndose en el artículo 448 inciso b) del CÓDIGO PROCESAL CIVIL, planteen inhabilidad de título, por falta de reconocimiento de la firma, aludiendo falta de preparación de la vía ejecutiva.

Ante tal circunstancia creo que las firmas obrantes en los pagarés hipotecarios deben estar certificadas por los Escribanos actuantes para así evitar contratiempos y demoras en el juicio respectivo.

10. PONENCIA

10.1. LEY ESPECIAL SOBRE PAGARÉ HIPOTECARIO

Si bien es cierto que este tema ha sido debatido por diversos tratadistas, la naturaleza jurídica del pagaré hipotecario y del pagaré común o simple, existen grandes diferencias entre ambos Instrumentos, lo que lleva a sostener que EL PAGARÉ HIPOTECARIO se trata de una figura COMPLEJA a la que se aplican no solo las normas relativas a los pagarés, sino también las referidas al derecho hipotecario, por tratarse de un título de crédito incompleto que se integra con la escritura hipotecaria, con la vinculación de ésta con el pagaré, llevando al dorso de éste documento la constancia de la escritura del cual proviene y la intervención del funcionario del Registro de Inmuebles en ambos documentos, lo que permite al acreedor del pagaré contar con todas las ventajas que da el pagaré hipotecario. Sin embargo, la problemática jurídica que plantean estos documentos no es tan simple

de resolver, debido a que un solo artículo del Código Civil Paraguayo, el 2371, habla del pagaré hipotecario, su transmisión por endoso y otras circunstancias. Esto denota prácticamente una ausencia legal, teniendo en cuenta la importancia del pagare hipotecario. En consecuencia, sugiero que una ley especial destinada a tal fin podría reglar el vacío imperante en cuanto a este TIPO DE PAGARÉS.

10.2. UNIFORMIDAD

10.2.1. Certificación de Firmas:

Que se uniforme el criterio de la CERTIFICACIÓN DE LAS FIRMAS EN LOS PAGARÉS HIPOTECARIOS, mediante la aplicación del artículo 448, inciso b), del Código Procesal Civil.

10.2.2. Acta de Endoso

Sería conveniente unificar el criterio del endoso, formalizando el mismo a través de un acta, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 700 del Código civil. “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; ...h) todos los contratos que tengan por objeto modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas nacidas de actos celebrados mediante escritura pública, o los derechos procedentes de ellos...”.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALICIA E. GOLDENBERG. “Ejecución Hipotecaria”. Ediciones La Roca, año 2004.
2. BLAS HERMOSA. “Derechos Reales”. La Ley Paraguaya S.A. Año 2003.
3. MIGUEL ÁNGEL PANGRAZIO. “Código Civil Paraguayo Comentado”. Ediciones Cromos, año 1987.
4. GUILLERMO BORDA. “Manual de Derechos Reales”. Ediciones Abeledo-Perrot. Año 2003.
5. LUIS M. REZZONICO. “Manuel de las obligaciones”. Ediciones Roque Depalma. Año 1959.
6. Código Procesal Civil. Edición Oficial. Año 1989.

IMPLEMENTACION DEL SISTEMA PROGRESIVO EN NUESTRA NUEVA LEY DE EJECUCION PENAL

Cinthia Fleitas Ibarra *

LAS NUEVAS FIGURAS PROCESALES INNOVADORA FIGURA PROCESAL: “LA REDENCIÓN”

Se ha implementado en nuestro país un sistema de cumplimiento de penas, bajo un régimen penitenciario con el sistema de progresividad, que deberá distribuirse en modalidades, las cuales se dividirán en periodos de tiempos conforme a la pena impuesta, y ello constará en: OBSERVACIÓN, TRATAMIENTO, PERIODO DE PRUEBA, y por último LIBERTAD CONDICIONAL, el cual es el último instituto procesal aplicable para la libertad de los condenados bajo condiciones de conducta.

* Abogada por la Universidad Nacional de Asunción, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Especialista en Didáctica Universitaria, expedido por el Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción, año 2012. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Asunción, Facultad de Postgrado. Derecho y Ciencias Sociales. Master en Ciencias Penales, Universidad Nacional de Asunción, Facultad de Postgrado, Derecho y Ciencias Sociales, año 2014. Diplomado en Derecho Penal “Parte General y Especial”, por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” y el Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Derechos Humanos “René Cassin”, año 2013. Diplomado de Ejecución Penal por la Corte Suprema de Justicia y el ICDH, año 2015. Diplomado en Derecho Penal Económico por la Asociación de Magistrados del Paraguay y el Instituto “René Cassin. Docente de las cátedras de Medicina Legal y Criminología, en la carrera Derecho y Notariado de la Universidad Iberoamericana.

EL PERIODO O FASE DE OBSERVACIÓN

Debe consistir en el estudio médico, psicológico y socio-ambiental del condenado, mediante los procedimientos propios a cada una de las disciplinas científicas, y con ello se deberá obtener un diagnóstico y plan de programa para la ejecución de la pena. De este estudio interdisciplinario, por tanto, debe surgir un diagnóstico y un pronóstico criminológico. Como consecuencia de ese estudio se podrá agenciar: el establecimiento o sección a que debe ser incorporado el interno y del programa de tratamiento que deberá aplicarse al mismo. Una última tarea cierra el periodo de observación: señalamiento de la fecha en que deberán verificarse los resultados para proceder a la actualización del tratamiento, el equipo interdisciplinario elaborara la historia criminológica.

Hay que tener en cuenta que para que funcione dicho periodo, es menester contar con un **ÓRGANO TÉCNICO-CRIMINOLÓGICO**, que si bien lo menciona el nuevo Código de Ejecución Penal, **NO PROYECTA SU EJECUCIÓN NI FUNCIONES ESPECÍFICAS, COMO TAMPOCO A CARGO DE QUIÉN ESTARÍA, LA FORMA DE ORGANIZACIÓN**, en síntesis, mencionar un organismo sin su creación y organización vigente es una utopía. Es así que los establecimientos de ejecución de la pena deben contar con **centros de observación** para el estudio criminológico del condenado y planificación de su tratamiento. Dicho organismo debe contar además con un equipo técnico-criminológico, del que forma parte un equipo multidisciplinario, constituido por un psicólogo, psiquiatra, asistentes o trabajador social, un profesor, un abogado que actúe como asesor del centro para los condenados, todos ellos deben estar preparados y capacitados en criminología en general, y deberá ser un Centro a cargo del Ministerio de Justicia, y los tratamientos de observación realizados controlado por el juez de Ejecución Penal, por ende, el abogado o asesor del centro,

deberá elevar un informe del legajo de la fase de observación, con los dictámenes resultantes del diagnóstico y pronóstico criminológico realizado por el equipo técnico- criminológico, al juez de Ejecución, para que evalúe si procede o no, pasar a la otra etapa o fase de tratamiento. Por último, es importante mencionar que el periodo de observación, debe durar como mínimo 15 días y como máximo 45 días, conforme al Art. 74 del Código de Ejecución Penal.

PERIODO DE TRATAMIENTO

Posterior a la fase de Observación, y una vez que el juez de Ejecución considere que el condenado puede pasar a la otra fase y aprueba la del tratamiento, ello teniendo en cuenta que el Art. 44 del CEP refiere que toda la labor dentro del periodo de observación del órgano técnico criminológico estará bajo el control del juez de Ejecución Penal, comunicará al centro de observación, en un plazo no mayor de CINCO DÍAS. La segunda fase o periodo del programa penitenciario, consiste en el TRATAMIENTO DEL CONDENADO, la cual se dividirá en fases de tratamiento (socialización, consolidación, confianza), y cada fase podrá significar el cambio de sección dentro del establecimiento o el traslado a otro de tipo diferente (establecimiento cerrado, o semi-abierto), y esas posibles fases tienen un límite de tiempo, no pueden contener modalidades específicamente integrantes del periodo de prueba (régimen abierto, salidas transitorias, semi-libertad).

Dichas fases, son indispensables para que el condenado demuestre primeramente su **socialización**, la cual consiste, en la aplicación intensiva de técnicas individuales y grupales tendientes a consolidar y promover los factores positivos de la personalidad del interno y a modificar o disminuir aspectos. Posteriormente, nos encontramos ante la fase de consolidación, la cual se inicia una vez que el interno haya alcanzado los objetivos fijados en el programa de tratamiento para la

fase de socialización. Consiste en la aplicación de una supervisión atenuada que permita verificar la cotidiana aceptación de pautas y normas sociales y en la posibilidad de asignarle labores o actividades con menores privados de libertad con medidas socioeducativas.

PERIODO DE CONFIANZA O AUTODETERMINACIÓN

La última fase del tratamiento consiste en ayudar con profesionales asignados a tal efecto, al interno a que el mismo obtenga CONFIANZA, y en las demás personas, y con ello, a definir su autodeterminación, a fin de evaluar la medida en que internaliza los valores esenciales para una adecuada convivencia social, conforme a la ejecución del programa de tratamiento.

En cuanto a la evaluación, es importante conocer que ello corresponderá al organismo técnico criminológico y deberá realizarse cada SEIS MESES, en ella se verificará, actualizará y evaluará el tratamiento que se encuentra siguiendo el privado de libertad.

En el Art. 53 del CEP, se encuentra una disposición innovadora y de realce para los privados de libertad, en cuanto el director del establecimiento con la solicitud de un organismo estatal encargado de obras públicas y claramente con el consentimiento del condenado, el juez podrá disponer que el interno preste servicios en OBRAS PÚBLICAS, y este trabajo deberá ser remunerado.

LA REDENCIÓN. PERIODO DE TRATAMIENTO

En relación al tiempo del PERIODO DE TRATAMIENTO, el mismo transcurrirá desde la culminación del periodo de observación hasta la mitad de la pena, pero **no podrá durar menos de SEIS MESES.**

Otra de las innovaciones más IMPORTANTES Y RESALTANTES EN EL PRESENTE PERIODO ES LA REDENCIÓN o

denominado “TRES POR UNO”, el cual se encuentra establecido en los Art. 120/123 del CEP, y que permite que los condenados a una pena privativa de libertad mayor a tres años que se encuentre en el PERIODO DE TRATAMIENTO, dentro del Sistema Progresivo mencionado precedentemente, y que posean una conducta calificada como “MUY BUENA”, podrán ser beneficiados con el régimen de REDENCIÓN ORDINARIA, o DESCUENTO DE PENA POR TRABAJO O ESTUDIO realizado dentro de la Penitenciaría mientras dure el tiempo de su privación de libertad.

El mismo, será realizando de la siguiente forma:

SE RESTARÁ UN(1) DIA de privación de libertad, a la condena impuesta por sentencia firme y ejecutoriada, por cada TRES DIAS DE TRABAJO O ESTUDIO, pero ello solo y únicamente habiendo realizado OCHO HORAS de TRABAJO O ESTUDIO en cada día, pero dichas horas, también podrán ser sumadas en varios días de trabajo o estudio, no pudiendo acumularse en meses, sino solo en días, ello quiere decir, que dentro del mes, el condenado podrá ir acumulando sus horas, hasta alcanzar OCHO HORAS hasta llegar a VEINTICUATRO HORAS, que sería el resultado de OCHO HORAS POR TRES DÍAS, y la que sería igual a UN DÍA de descuento de pena privativa de libertad.

En ese mismo sentido, es importante resaltar, que podrá ir sumando dentro del mes, hasta un MÁXIMO DE SIETE DÍAS POR MES, además NO SE PODRÁ ACUMULAR HORAS DEL MES ANTERIOR, CADA MES ES INDEPENDIENTE DEL OTRO, POR LO QUE SI EL INTERNO HACE MÁS HORAS EN UN MES NO PODRÁ SER ACUMULADO AL OTRO MES.

EN SÍNTESIS, EN UN MES SE PODRÁ DESCONTAR HASTA SIETE DÍAS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD, ello, rea-

lizando un cálculo, sería CIENTO SESENTAY OCHO HORAS COMO MÁXIMO EN UN MES, lo cual equivaldría a SIETE DÍAS DE DESCUENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN UN MES, si ello se cumpliera, siendo que SIETE DÍAS POR VEINTICUATRO HORAS, resulta CIENTO SESENTAY OCHO DIAS.

Una vez, especificado el cálculo que debe realizarse a fin de hacer efectiva la REDENCIÓN establecida en nuestro nuevo Código de Ejecución Penal, también debemos referirnos a los problemas existentes en dicho sentido, siendo que hay confusión acerca de cuantificar las horas de ESTUDIOS ACADÉMICOS, O DE OFICIO, por ejemplo, en una Universidad o Instituto, siendo que no se encuentran establecidos a la fecha las horas reloj y diarias de cada carrera u oficio realizado, tanto en las certificaciones, como en los títulos, por lo que hoy día ello genera una duda acerca de cuantificar correctamente el descuento de pena.

Asimismo, es importante interpretar correctamente esta normativa en cuanto refiere POR UN DÍA se entenderá LA SUMA DE OCHO HORAS DE TRABAJO O ESTUDIO, por un máximo de SIETE DÍAS, por lo que se refiere y dirige al artículo anterior (Art. 120 CEP) donde dice SE RESTARÁ UN DÍA A LA CONDENA, y luego inmediatamente en el artículo posterior (art. 121) refiere SE ENTENDERÁ POR UN DÍA, es así que el máximo a descontar será DE SIETE DÍAS EN UN MES, no pudiendo descontarse más del límite máximo establecido en cada mes, por más que se hayan realizado más horas en un mes de trabajo o estudio.

Dicho beneficio procesal en etapa de ejecución penal, deberá ser revocado, por comisión de una falta gravísima, y su efecto es la pérdida total inclusive de lo ya capitalizado, pero ASIMISMO, ello sin perjui-

cio de que pueda volver a ser beneficiado posteriormente a la sanción disciplinaria cumplida impuesta al mismo por la falta, pero una vez que el mismo sea beneficiado nuevamente debe iniciar una nueva capitalización, ello es solo en caso que el mismo se encuentre en el periodo de tratamiento. Porque si el interno ha sido beneficiado por la redención, y ha evolucionado al periodo de prueba, el juez de Ejecución debe (norma imperativa) REALIZAR UN CÓMPUTO DEFINITIVO, el cual ya no podrá ser revocado o perdido por ningún motivo, siendo que será UN DERECHO ADQUIRIDO DEL INTERNO, ello se encuentra establecido en el Art. 123 del Código de Ejecución penal.

PERIODO DE PRUEBA

A continuación tendríamos al PERIODO DE PRUEBA, en el cual el condenado, se puede incorporar a un establecimiento abierto, o por lo menos que carezca de impedimentos físicos que prevengan la evasión de muros, cercos, vigilancia de guaridas, o a una sección del establecimiento que se base en el principio de autodisciplina.

En esta etapa, se puede (norma facultativa) otorgar al penado, conforme a su comportamiento en ejecución de la fase, salidas transitorias, como también, comprende el régimen semi-abierto, o en semi-libertad, por el cual podrá trabajar fuera del establecimiento, regresando al final de cada jornada laboral en una hora establecida, por ejemplo, lo cual será fijada por el juez de Ejecución Penal con la documentación del trabajo realizado en plazos que a criterio del juez sean necesarios para el control eficiente. El condenado tendrá dicho permiso solo en el lugar fijado para los trabajos realizados, en el horario establecido, de ninguna manera podrá utilizar dicho horario para otras actividades fuera del lugar establecido al efecto.

Asimismo, la salida transitoria podrá otorgarse para un relacionamiento o vínculo familiar, por 24 a 48 horas, en el domicilio fijado

por el mismo y sus familiares, y a tal efecto la trabajadora social deberá verificar dicho domicilio, a los efectos del otorgamiento de dicho beneficio procesal, es así que es importante resaltar **LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA OTORGAR LAS SALIDAS TRANSITORIAS**, y en ellas se puede verificar que taxativamente el legislador ha determinado cuáles serían, por lo que una vez cumplidos los mismos, sería factible el otorgamiento de las mismas, siendo las siguientes:

1. Haber cumplido por lo menos la mitad de la pena.
2. No tener causa abierta u otra condena pendiente.
3. Poseer buena conducta.
4. Informe técnico-criminológico y del Consejo Asesor, sobre un concepto favorable de los efectos que generaría la salida transitoria o el régimen semi-libertad.

El juez de Ejecución es el facultado para disponer las salidas transitorias y el régimen de semi-libertad, pudiendo el condenado presentar las observaciones y solicitar modificaciones cuando procediere según sus fundamentos y justificaciones. Asimismo, en caso de incumplimiento el juez las revocará o suspenderá el beneficio, siempre y cuando sea grave o reiterado el incumplimiento y sin justificación alguna.

Concedida la autorización de salidas transitorias, el director del establecimiento será el encargado de hacer efectivas dichas salidas, y tendrá la obligación de informar al juez de Ejecución el cumplimiento de las mismas, así también podrá disponer de personas idóneas para la supervisión.

La última fase o periodo del régimen progresivo, y el cual nuestro ordenamiento jurídico cuenta ya con dicho beneficio, es la **LIBERTAD CONDICIONAL**, lo cual supone que el condenado se encuentra en condiciones de reinsertarse en la sociedad.

Como ya me he referido a la libertad condicional, conforme al Código Penal Paraguayo, donde se establecen los parámetros a tener

en cuenta en la libertad condicional, en este punto, me remito a dichos comentarios precedentes, asimismo me refiero al articulado del nuevo Código Procesal Penal, en cuanto a que **existen algunos presupuestos nuevos en los Arts. 70, 71 y 72 del Código de Ejecución Penal.**

La innovación más interesante y relevante del articulado mencionado, se refiere al tiempo y plazo que determina para solicitar la libertad condicional y las condiciones para acceder a la misma, siendo que el condenado podrá solicitar la libertad condicional entre SESENTA Y NOVENTA DÍAS ANTES del tiempo establecido en el Código penal, y esto deberá el Juez de Ejecución resolverlo en un plazo de TREINTADÍAS DESDE SU PRESENTACIÓN, es por ello que la innovación de la presente normativa es sobre todo QUE EL JUEZ DE EJECUCIÓN OTORGARÁ LA LIBERTAD CONDICIONAL ANTES DEL TIEMPO ESTABLECIDO INCLUSIVE, PERO NO PROCEDERÁ A LA LIBERTAD INMEDIATA DEL CONDENADO HASTA TANTO PARTICIPE DE UN PROGRAMA INTENSIVO DE PREPARACIÓN PARA SU RETORNO A LA VIDA LIBRE, Y ELLO SE HARÁ CON CONTROL DEL JUEZ DE EJECUCIÓN, POR PARTE DE PROFESIONALES DEL SERVICIO SOCIAL Y DEBERÁ coordinarse con las instituciones de asistencia a condenados de libertad como EL PATRONATO DE LIBERADOS Y LA ASESORÍA DE PRUEBA, quienes acompañarán y apoyarán al condenado una vez en libertad.

Asimismo, este programa será realizado entre TREINTA Y SESENTA DÍAS ANTES DE SU EGRESO, por lo que el juez debe controlar que el programa se encuentre realizando efectivamente en dicho tiempo, antes de ordenar la libertad al beneficiado con la libertad condicional.

El fin primordial debe enfocarse exclusivamente en el fin de la pena, dispuesto constitucionalmente en nuestro país, como también

en nuestra ley procesal, y más aún en personas privadas de libertad, siendo el único fin de la pena la readaptación del condenado mientras dure la privación de libertad en un establecimiento, no así el castigo al condenado, o la retribución al mismo, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un derecho penal del acto, el cual ya fue juzgado en juicio previo bajo las reglas debidas, y no así del autor, en el cual muchas veces los privados de libertad en instituciones penitenciarias son víctimas de un sistema penitenciario de un castigo, no siendo ello el fin de las instituciones penitenciarias, siendo que los mismos deben ser lugares de readaptación, no así de castigo al autor, por lo que es de considerar las condiciones reales en que se encuentran y con ello determinar los puntos resaltantes de protección e impulso para el cumplimiento de dicho fin, siendo que el Estado es el encargado de tutelar integralmente a las personas condenadas por medio de sus órganos encargados, y que se cumpla lo estipulado por la Constitución Nacional, salvaguardando los derechos y la dignidad humanas como eje de nuestro sistema republicano.

CONCLUSIÓN

La implementación del sistema penitenciario, basado en la progresividad, es el más conveniente para su aplicación en nuestro Sistema Penitenciario, el mismo, tiene como objeto principal limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviéndole en lo posible, conforme su evolución favorable, su incorporación a instituciones semi-abiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina. Ello deberá establecerse conforme a una división de tiempo de la sanción penal, que se dividirán en programa o fases o de cualquier otro modo, debiendo contener cada uno sus especificaciones propias, siguiendo un orden de sucesión uno con otro, y ello, además del tiempo, se evaluará conforme a una

valoración personal y actualizada del condenado, consistente en el grado de su rehabilitación que el mismo haya alcanzado en dicho momento.

En ese sentido, también debe existir los establecimientos carcelarios semiabiertos, o abiertos, en los cuales deben tenerse en cuenta su evolución favorable en las fases de los programas anteriores, es así que el condenado podrá ser promovido excepcionalmente a cualquier fase del periodo de tratamiento que mejor se adecue a sus condiciones personales de acuerdo con los resultados de la evaluación técnico-criminológico y del Consejo Asesor, y para ello es esencial el trabajo y/ o el estudio que realizan los internos dentro de una institución penitenciaria, siendo que el trabajo considere en un instrumento de disciplina esencial para el interno institucionalizado, siendo que el mismo ocupa el tiempo de los mismos, y con ello evita inclusive conflictos, por ociosidad, además que ocupan su mente en una actividad laboral, que lo aleja de cualquier pensamiento que pueda implicar desorden, o violación de normas de convivencia o institucional.

En artículos 138, 139 y 140 del Código de Ejecución Penal encontramos el concepto de trabajo dentro de una institución penitenciaria, como así también los principios y fines del mismo, y tenemos que el trabajo es la base fundamental para la efectividad de un tratamiento (periodo del sistema progresivo) de readaptación del condenado y reinserción social, el mismo podrá ser educativo, productivo, propenderá a la formación y al mejoramiento de los hábitos, laborales del interno, como también servirá de medio de formación profesional con miras a su capacitación para desempeñarse en la vida en libertad, así también facilitará al interno el cumplimiento de sus deberes de manutención y de indemnización, o inclusive ahorros de fondos cuando vuelva en libertad, en su caso, ello teniendo en cuenta que el trabajo también podrá ser remunerado, y los mismos podrán depositar en la caja de ahorro de la Cooperativa de la Penitenciaría, para su vida posterior en

libertad, como también podrá ser para sus hijos menores o familiares si el interno así lo considerare.

Por tanto, teniendo una ley innovadora que ya se encuentra vigente en nuestro país, y que muy pocos conocen aun, la misma tendría una muy buena expectativa si se cumpliera, principalmente para evitar sobre todo la reincidencia, y que esa persona privada de su libertad una vez en libertad sea útil para su comunidad, familia y sociedad misma, y para ello se debe promover la organización de sistemas y programas de formación y reconversión laboral, las que podrán realizarse con la participación concertada de las autoridades laborales, agrupaciones sindicales, empresarias, y otras entidades sociales inculcadas al trabajo y a la producción, de cualquier índole.

Además, el trabajo constituye un derecho y un deber del interno, siendo el mismo, una de las bases fundamentales de la efectividad el periodo de tratamiento y tiene positiva incidencia en su formación y readaptación, es un elemento esencial que contribuye decididamente a la reintegración social del penado.

Se debería promover e impulsar permanentemente la creación de empleo para los privados de libertad para su posterior incorporación a las actividades socioeconómicas de la sociedad. Desarrollar y ampliar los diferentes programas productivos del Sistema Penitenciario Nacional, con alto nivel de calidad y productividad, tanto así que en un tiempo futuro quizás sería beneficioso para el propio Estado, siendo que ya no tendría que encargarse de la alimentación diaria de los mismos, pues ellos producirán sus propios alimentos, con la producción diaria laboral, pero para ello, antes, deben establecerse relaciones comerciales con cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, para ofertar y comercializar los productos provenientes de las actividades agropecuarias y agroindustriales, así como aquellos otros productos cuyo origen radique en las actividades industriales, artesanales, grupos culturales o artísticos, o de otra índole, generados por la producción.

Asimismo, deben ejecutarse conjuntamente con las instituciones encargadas dependientes del Estado paraguayo las políticas, planes y programas contemplados para el cumplimiento del fin de la pena, constitucionalmente establecido en nuestro Art. 20, y 3° del CPP, el cual busca la readaptación del condenado y protección a la sociedad. Además, deben existir pautas establecidas específicas para la etapa de ejecución penal, siendo una etapa muy distinta y con fines distintos a las demás etapas procesales, pues no podemos equiparar un proceso penal abierto con un proceso penal con sentencia o resolución definitiva, los cuales conllevan otras formas de ejecución, como bien se denomina a la Etapa de Ejecución, es así que deben definirse específicamente los roles de las partes dentro de la etapa de ejecución penal y deben coordinar, planificar y atender a dicha etapa procesal tan importante, así como las actuaciones que deben realizar cada parte y el propio juez de ejecución quien debe tutelar los derechos de los condenados y las condiciones de su reclusión, y controlar la ejecución de todas las sentencias y resoluciones que son de su competencia, así como las instituciones de libertad condicional, con la debida antelación al otorgamiento de la libertad, junto a las instituciones que deben estar encargadas al efecto, y con el fin preventivo de disminuir la reiteración del delito.

Por último, es importante mencionar en cuanto al régimen progresivo, que si bien el mismo no puede APLICARSE A LOS PROCESADOS PRIVADOS DE LIBERTAD, por la presunción de inocencia que les rige, y ello no sería congruente hasta poseer una sentencia firme y ejecutoriada, no podrá tratárselo como un condenado, por tanto, ello generaría una PENA ANTICIPADA, pero también es importante considerar que si el mismo se ha encontrado, TODO EL TIEMPO DE SU PROCESO DENTRO DE UNA INSTITUCIÓN PENITENCIARIA PRIVADO DE SU LIBERTAD, Y QUE POSTERIORMENTE HAYASIDO CONDENADO, SE DEBEN TENER EN CUEN-

TA TODOS LOS BENEFICIOS DE IGUAL FORMA DESDE EL INICIO DE SU PRIVACIÓN DE LIBERTAD, siendo que siempre que SEA A SU FAVOR DEBE APLICARSE, CON EFECTO RETROACTIVO “INCLUSIVE” LA NORMA QUE MÁS LE FAVORECE, ello se encuentra plenamente establecido en los Arts. 6° y 11 del Código de Ejecución Penal, siendo que ningún prevenido o condenado podrá sufrir limitación o menoscabo de su libertad y otros derechos no sea consecuencia directa o inevitable de la naturaleza de la pena o la medida impuesta, de su regulación legal expresa y de la decisión judicial que le imponga, dentro del marco constitucional y legal, como así también las normas contenidas en dicho Código de Ejecución Penal, como es el sistema progresivo y la redención por trabajo o estudio, serán aplicables en forma retroactiva, siempre que sean más favorables a los prevenidos y condenados.

ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL LAVADO DE DINERO

*Rocío Vallejo Ávalos **

Regulación del lavado de dinero en la legislación paraguaya

El lavado de dinero es un hecho punible previsto en las legislaciones penales desde tiempos recientes, sin embargo, es tan antiguo como la actividad delictiva que genera los beneficios ilegales. La finalidad de sancionar este hecho es atacar el beneficio económico que producen las actividades al margen de la ley.

1. Leyes que regulan la actividad del lavado de dinero

La Constitución Nacional del Paraguay establece que *“El Estado reprimirá la producción y el tráfico ilícitos de las sustancias estupefacientes y demás drogas peligrosas, así como los actos destinados a la legitimación del dinero proveniente de dichas actividades”*.¹

* Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Egresada de la Escuela Judicial. Especialización en Derecho Penal con el Prof. Dr. Wolfgang Schöne. Cursó la Maestría en Derecho Penal en la Universidad Nacional de Asunción. Diplomado en Políticas Públicas y el diplomado de Proyectos Públicos en la Universidad Unida. Desempeñó el cargo de Agente Fiscal de Delitos Económicos y Anticorrupción, llegando a ocupar además el cargo de Agente delegada de la Unidad de Delitos Económicos y Anticorrupción. Desempeñó el cargo de Directora General de Migraciones y Directora Nacional de Aduanas. Actualmente ejerce la profesión de abogada en forma independiente.

1. Constitución Nacional, año 1992, Capítulo VI, De la Salud, Art. 71.

En este contexto, el Congreso de la Nación Paraguaya sanciona la Ley N° 1015/1997 “Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes”, en la que se tipifica por primera vez el “lavado de dinero”.

Al sancionarse el nuevo Código Penal, Ley 1160/1997, se incorpora el tipo penal de lavado de dinero, quedando éste ubicado en el Capítulo IV “Hechos punibles contra la restitución de bienes” en el artículo 196, quedando derogados los artículos de la Ley 1015/1997 relativos a la tipificación de la conducta analizada².

La disposición prevista en el artículo 196 del Código Penal es nuevamente modificada, esta vez por la Ley N° 3440/2008 “Que modifica varias disposiciones de la Ley 1160/97, Código Penal”, quedando ubicado el artículo en el Capítulo V “Hechos punibles contra la restitución de bienes”.

Por otro lado, también la Ley 1015/1997 sufre modificaciones, las cuales se encuentran plasmadas en la Ley N° 3783/2009. La modificación fundamental fue la de incorporar la obligación de prevenir que el sistema financiero y otros sectores sean utilizados para financiar el terrorismo, es decir que los sujetos obligados deben prevenir que sus actividades no sean utilizadas para lavar dinero ni para financiar el terrorismo.

2. Origen del nombre

En primer lugar es importante conocer el origen histórico del nombre de lavado de dinero. En las décadas de 1920-1930, hubo una activa presencia del crimen organizado en los Estados Unidos. Un grupo de delincuentes con negocios relacionados a la venta ilegal de alcohol, apuestas, extorsión y otros crímenes, compraron una cadena

2. Corte Suprema de Justicia, *Compilación de leyes penales especiales complementarias al Código Penal, Legislación Nacional*. Tomo II, Volumen I año 1999. pp. 219 al 221.

de lavanderías y ello a fin de realizar la actividad de mezclar el dinero proveniente de las actividades ilícitas con el proveniente de la actividad lícita de lavar prendas de vestir, quedando en conjunto justificadas como dinero obtenido de actividades legales, entonces se decía que el dinero había sido lavado³.

3. Qué es el lavado de dinero

Podemos decir que el lavado de dinero consiste en la *incorporación de los capitales ilícitamente obtenidos a los círculos económicos legales*⁴.

Asimismo la SEPRELAD⁵ indica que el término “lavado de dinero” se refiere a las actividades y transacciones financieras que son realizadas con el fin de ocultar el origen verdadero de fondos recibidos. Dichos fondos son provenientes de actividades ilegales y el objetivo de la misma es darle a ese dinero ilegal, la apariencia de que proviene del flujo lógico de alguna actividad legalmente constituida. Y una vez efectuado este proceso estar disponible para la utilización de las bandas delictivas o terroristas⁶.

4. Bien jurídico protegido

Al no existir solo un bien jurídico afectado por el hecho punible de lavado de dinero, son cada vez más los autores que consideran a éste un hecho punible con bien jurídico pluriofensivo.

-
3. Solís, Leopoldo (Comp) 2001. “El Lavado de dinero: distorsiones económicas e implicaciones sociales”. México: Instituto de Investigación Económica y Social Lucas Alemán, A.C.
 4. Aranguez Sánchez, Carlos, “El delito de blanqueo de capitales”. Monografías jurídicas. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; año 2000, Madrid, España, p. 35.
 5. SEPRELAD: Secretaría de prevención del lavado de dinero.
 6. Seprelad, <http://www.seprelad.gov.py/lav1a.html>

Así lo sostienen Vives Antón y González Cussac diciendo que el lavado de dinero compromete el orden “socioeconómico”, ya que dificulta la transparencia del sistema financiero y la seguridad del tráfico comercial, pero también advierten se lesiona la “Administración de justicia”⁷.

De igual modo es importante referenciar lo que dice el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilegal de narcóticos y sustancias psicotrópicas, aprobada en Viena el 19 de diciembre de 1988, donde se afirma que “los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él socavan las economías lícitas amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los estados” y que “los considerables rendimientos financieros y grandes fortunas permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la Administración Pública, las actividades comerciales y financieras lícitas, y la sociedad en todos sus niveles”.

5. Etapas del lavado de dinero

El hecho punible de lavado de dinero, es considerado como un proceso, por ello la doctrina ha establecido las etapas por las que pasa el mismo. Existen varios modelos de las etapas del lavado, entre otros encontramos: el modelo naturalista de Zúnd, profesor suizo que recurre a la circulación natural del agua para explicar los ciclos del lavado, este modelo es innecesariamente complejo. Por otro lado se encuentra el modelo circular del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos; el modelo teleológico de Ackerman; y el de dos fases de Bernasconi. Sin embargo el modelo de tres fases del GAFI⁸ es el seguido por la gran mayoría de los autores.

7. Ídem (4) pp. 90-91.

8. GAFI: Grupo de acción financiera internacional.

Estas etapas brevemente reseñadas son:

1º) Colocación: Es el acto de colocar el dinero en efectivo generalmente proveniente de las actividades ilícitas en el sistema financiero o bancario. Es la etapa más arriesgada y es la más cercana al hecho punible.

Ej.: Depósitos fraccionados realizados en el sistema bancario; cambio de billetes de pequeña denominación (1, 5, 10, 20 \$) por otros de mayor denominación (50, 100 \$), convertir el efectivo en artículos de consumo, joyas, etc.

2º) Transformación o estratificación: En esta etapa se busca esconder, ocultar y disfrazar los ingresos ilegales.

3º) Integración: Esta etapa consiste en la definitiva reintroducción de los fondos en el circuito legal, bajo la apariencia de una actividad normal. La confusión de las ganancias lícitas con las ilícitas alcanza un alto nivel.

6. Aspectos del lavado de dinero: prevención y represión

Cuando se habla de lavado de dinero, se debe distinguir la etapa de prevención del lavado de dinero y por otro lado, la de persecución o represión.

En el ámbito de la prevención es la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero –SEPRELAD– la que dicta las resoluciones que regulan las actividades de los sujetos obligados y en el de persecución se encuentra el Ministerio Público, que debe actuar conforme al principio de legalidad procesal previsto en el Art. 18 del CPP, es decir cuando existen suficientes indicios fácticos sobre la existencia del hecho punible.

8. Sujetos obligados

Dentro del sistema de prevención del lavado de dinero, la Ley 1015/97 y su modificatoria establecen quiénes son los sujetos obligados a reportar a la SEPRELAD cualquier hecho u operación con independencia de su cuantía, respecto de los cuales exista algún indicio o sospecha de que estén relacionados con el lavado de dinero o con el financiamiento del terrorismo.

Los sectores que deben reportar operaciones sospechosas son: los bancos, las financieras, las casas de cambios, las compañías de seguro, las sociedades y agencias de valores (bolsas de valores), las sociedades de inversión, las sociedades de mandato, las administradoras de fondos mutuos de inversión y de jubilación, las cooperativas, las que explotan juegos de azar, las inmobiliarias, las organizaciones sin fines de lucro, las casas de empeño, las entidades gubernamentales, las actividades y profesiones no financieras, las personas físicas o jurídicas que se dediquen de manera habitual a la intermediación financiera, el comercio de joyas, piedras y metales preciosos, objetos de arte, antigüedades, a la inversión filatélica o numismática y las que realicen actos de comercio en general, que impliquen transferencias de dineros o valores, sean éstas formales o informales. La enumeración no es taxativa⁹.

Por otro lado la SEPRELAD en el marco de sus atribuciones ha dictado resoluciones para regular las actividades de los sujetos obligados que forman parte del sistema financiero, así también existen normas que regulan la actividad de prevención para las compañías de seguros, cooperativas, sector inmobiliario y últimamente han ingresado también entre los sujetos obligados los escribanos y aquellos que se dedican a la venta de automóviles, entre otros.

9. Art. 13, Ley 3783/2009, modificatoria de la Ley 1015/97.

En ese sentido, los escribanos deben solicitar datos sobre el origen de los fondos cuando las operaciones a ser realizadas sean superiores a 50.000 dólares o su equivalente en otras monedas y siempre que sean en efectivo. Si la transacción se realiza con cheque, el Escribano no va a preguntar por el origen de los fondos porque esa verificación ya fue realizada por la institución que ha emitido el cheque.

¿Qué ocurre si no se declara el origen del efectivo ante el escribano? En ese caso el Escribano igual realiza la escritura, pero conforme a la Resolución 325/2013, la negación del requirente de declarar el origen de los fondos es una señal de alerta, y el Escribano según el caso debe reportar la operación como sospechosa a la SEPRELAD.

Lo mismo ocurre con el sector de automóviles, pero el monto a ser justificado, siempre que sea en efectivo, es a partir de 10.000 dólares o su equivalente en otras monedas.

Las entidades del sistema financiero deben fortalecer el concepto de **“Conozca a su cliente”**, a fin de identificar correctamente a las personas a cuyo nombre se realiza una operación, para lo cual se requiere a los interesados presenten datos y documentos relativos a sus ingresos y actividades, lo cual en muchos casos se dificulta por la resistencia de las personas a dar información.

Las entidades o sujetos obligados, de acuerdo a sus respectivas regulaciones cuentan con las denominadas “señales de alerta” que deben ser tenidas en cuenta para reportar o no una operación como sospechosa, estas dependen del sector al cual va dirigida la reglamentación.

9. Trámite de los reportes de operaciones sospechosas en la SEPRELAD

Elevados los reportes de operaciones sospechosas “ROS” a la SEPRELAD por parte de los sujetos obligados al detectar éstos una de

estas operaciones, éstos deben ser procesados en la SEPRELAD en el departamento de análisis financiero. Estos reportes deben contener la siguiente información: **¿Quién o quiénes** están involucrados en la operación sospechosa?; **¿Qué** instrumentos o mecanismos están siendo utilizados para facilitar las transacciones?; **¿Dónde** se llevó a cabo la operación sospechosa?; **¿Cuándo** se llevó a cabo la operación sospechosa?; **¿Por qué** el oficial de cumplimiento considera que la operación es sospechosa? **¿Cómo** se llevó a cabo la operación?¹⁰

Entre las atribuciones de la SEPRELAD se encuentra la de “elevar al Ministerio Público los casos en que surjan **indicios vehementes** de la comisión de delitos relacionados con el ámbito de aplicación de esa ley para que se inicie la investigación correspondiente”¹¹.

10. **Ámbito penal**

De acuerdo al principio de legalidad establecido en el art. 18 del Código de Procedimientos Penales el Ministerio Público está obligado a ejercer la acción penal pública siempre que haya **indicios fácticos suficientes** de la comisión de un hecho punible.

Como ya lo manifestara precedentemente, el hecho punible de lavado de dinero se encontraba tipificado en un inicio en la Ley 1015/97, luego pasar a formar parte del catálogo de hechos punibles del nuevo Código Penal Paraguayo, Ley 1160/97, artículo 196, siendo éste modificado por la Ley 3440/08.

En cuanto a las modificaciones introducidas con relación al art. 196 del Código Penal, es relevante mencionar lo discutido y plasmado en la “Exposición de motivos del Proyecto de ley que modifica el Código

10. Báez, Ángel, Exposición en el Seminario intensivo ALD, ACAMS, octubre 2009. Asunción.

11. Ley 3783/2009, Art. 28 inc. 6.

penal”, en ese sentido se expresa: “*En su afán de responder a las exigencias de una política criminal eficaz la subcomisión ha atendido especialmente los desafíos de una delincuencia transnacional, respetando también las obligaciones internacionales del país. En ese contexto se ha ampliado el catálogo de las conductas que la República del Paraguay en virtud de tratados y convenios internacionales ratificados debe penalmente perseguir...*”¹².

Entendiendo entonces que el lavado de dinero consiste en darle apariencia de origen lícito a algo que en realidad tiene un **origen ilícito**, podemos concluir que si hablamos de lavado de dinero estamos afirmando la existencia de un hecho antijurídico (un delito o crimen) precedente.

11. ¿Cuáles son los hechos antijurídicos precedentes al lavado de dinero?

En la redacción anterior del art. 196, el catálogo de hechos antijurídicos precedentes era muy limitado, así se incluía a: un crimen; un hecho punible realizado por un miembro de una asociación criminal prevista en el art. 239 del Código Penal; un hecho punible señalado en la Ley 1340/88, arts. 37 al 45 (Ley de drogas).

Sin embargo, los legisladores adecuándose a las normativas internacionales han ampliado los hechos antijurídicos precedentes al lavado de dinero, los que serán enumerados, encontrándose los mismos in extenso en el Código Penal.

Dice el art. 1º del art. 196 vigente: “A los efectos de este artículo, se entenderá como hecho antijurídico:

1. Los previstos en los artículos:

12. Ley 1160/97, Código Penal Paraguayo, Intercontinental Editora, Edición 2008, p 166.

Art. 129a. Rufianería.

Art. 129b. Trata de personas con fines de su explotación sexual *

Art. 129c. Trata de personas con fines de su explotación personal y laboral *

Art. 139. Proxenetismo.

Los tipos penales mencionados para que puedan ser analizados como precedentes del lavado de dinero, deben generar ganancias que deben ser “lavadas” mediante su introducción al sistema financiero o por medio de otras actividades que permiten darle una apariencia lícita a lo que tiene un origen ilícito.

Actualmente el hecho punible de trata de personas es considerado uno de los principales generadores de importantes ganancias ilegales que son introducidas al sistema financiero, junto con el narcotráfico y el tráfico de armas.

Continúa el catálogo de hechos precedentes con los siguientes:

Art. 184a. Violación del derecho de autor y derechos conexos.

Art. 184b. Violación de los derechos de marca.

Art. 184c. Violación de los derechos sobre dibujos y modelos industriales.

* Los artículos 129b y 129c mencionados en el art. 196 del Código Penal modificado por Ley 3440/2008, fueron derogados expresamente por el Artículo 52 de la Ley 4788/12 “Integral contra la trata de personas”. Sin embargo, esta ley ha previsto en el artículo 12 que serán aplicables las disposiciones del art. 196 del C.P. respecto al ocultamiento de objetos provenientes de hechos punibles previstos en la Ley.

Estos hechos punibles se encuentran previstos en los capítulos correspondientes a los hechos punibles contra el derecho de autor, contra los derechos de la propiedad marcaría e industrial.

En la lucha de este flagelo deben intervenir todos los sectores involucrados a fin de obtener resultados positivos, lo cual pasa primordialmente por la educación que debe iniciarse desde la más temprana edad, y el ejemplo que lógicamente debe provenir de nosotros, las personas adultas. Una conducta que hasta tal vez la consideremos inofensiva, como comprar un CD de música versión económica (trucho), implica la realización de varios hechos punibles por parte de quienes se encuentran en el proceso de producción, comercialización y demás conductas previstas en el Código Penal, completando el catálogo de hechos punibles con el previsto en el art. 196 del Código Penal, Lavado de dinero.

Además se prevén en la modificación del art. 196 los contemplados en el Capítulo IV de “Hechos Punibles contra el patrimonio” y son:

Art. 185. Extorsión

Art. 187. Estafa

Art. 188. Operaciones fraudulentas por computadora¹³

Art. 192. Lesión de confianza

Art. 193. Usura

Se incorporan también entre los hechos precedentes al lavado de dinero a disposiciones previstas en el Capítulo de “Hechos punibles contra las bases naturales de la vida humana” que son:

Art. 200. Procesamiento ilícito de desechos

13. Modificado por Ley 4439/2011.

Art. 201. Ingreso de sustancias nocivas en el territorio nacional

Se incluyen igualmente disposiciones penales previstas en el Capítulo de “Hechos punibles contra el ejercicio de funciones públicas”, y son las siguientes:

Art. 300. Cohecho pasivo

Art. 301. Cohecho pasivo agravado

Art. 302. Soborno

Art. 305 Prevaricato

Considerando la incorporación de los tipos penales mencionados y haciendo especial énfasis en el hecho punible de cohecho, en el que se requiere una cualidad especial en el autor que es la de ser funcionario, adquiere especial relevancia para el sistema financiero y demás sujetos obligados, el comportamiento económico de aquellas personas que se encuentran cumpliendo funciones públicas, ya que si el mismo no se corresponde con el perfil del cliente, podría ser una operación sospechosa en los términos de la reglamentación respectiva.

Así mismo el artículo 196 indica que son precedentes del lavado de dinero:

2. Crimen: Es el hecho punible cuya pena sea superior a cinco años, por ej: Art. 105: Homicidio con ánimo de lucro, secuestro y otros hechos previstos en el Código Penal. También tenemos el tipo penal de enriquecimiento ilícito.

3. El realizado por un miembro de una asociación criminal previsto en el artículo 239 del Código Penal;

4. Los señalados en los arts. 37 al 45 de la Ley de Drogas.

Los ítems 2, 3 y 4 eran los previstos en la redacción anterior del

art. 196, siendo los únicos precedentes del lavado de dinero hasta la modificación del Código Penal Ley 1160/97 por Ley 3440/08.

También se prevé:

5. El señalado en el artículo 81, párrafos I y II de la Ley 1910/02 de Armas de fuego, municiones y explosivos: fabricación, tráfico de armas, sus componentes, municiones y explosivos.*

6. El previsto en el artículo 336 de la Ley 2422/04 “Código Aduanero”, que se refiere al Contrabando.

Con esto concluye el catálogo de hechos precedentes al lavado de dinero, observándose que la Ley 3440/08 ha introducido un importante número de tipos penales que amplía de manera considerable el ámbito de aplicación del hecho punible de lavado de dinero.

Es importante mencionar que el tipo penal de evasión de impuestos previsto en el artículo 261 del Código Penal no es precedente al hecho punible de lavado de dinero, si bien en otros países constituye un hecho precedente.

12. Conductas previstas en el hecho punible de lavado de dinero

La realización de los hechos precedentes o subyacentes mencionados debe generar un “objeto”, éste se refiere a cosas tangibles y también de existencia ideal, no tangible, pero con valor económico. Y con respecto a este “objeto” debe darse alguna de las conductas previstas en el art. 196 del Código Penal, que son las siguientes:

* La Ley 1910/02, De Armas de Fuego fue derogada por Ley 4036/2010 “De armas de fuego, sus piezas y componentes, municiones, explosivos, accesorios y afines”. En esta ley no se prevé que los hechos punibles descriptos sean precedentes al lavado de dinero.

Ocultar: dice el inciso 1º del artículo 196: “El que ocultara un objeto proveniente de un hecho antijurídico”. Ocultar significa disfrazar el origen del objeto.

Disimular: El que disimulara la procedencia de un objeto proveniente de un hecho antijurídico”. Es decir, hacer que el objeto parezca distinto a lo que es.

Frustrar o peligrar: El que frustrara o peligrara el conocimiento de su procedencia o ubicación, su hallazgo, su comiso, su comiso especial o su secuestro” (del objeto).

Obtener: El que obtuviera un objeto procedente de un hecho antijurídico”. Significa incorporar al patrimonio de una persona el objeto proveniente del hecho antijurídico.

Proporcionar: El que proporcionara a un tercero un objeto procedente de un hecho antijurídico.

Guardar o utilizar: El que guardara o utilizara para sí o para otro un objeto, habiendo conocido su procedencia en el momento de la obtención.

Las enunciadas son las conductas previstas en el Código Penal y, poniendo un ejemplo, podemos decir: si una persona dedicada al tráfico de armas, se acerca a una entidad bancaria a fin de depositar el producto del negocio ilícito, y manifiesta al oficial de cuentas que el origen del efectivo proviene de la venta de un inmueble y para ello presenta una escritura en la que consta un monto sobrevaluado de la venta, es decir, existió la venta de un inmueble, pero solo por 10.000 dólares americanos y en la escritura se hace constar que la venta se realizó por la suma de 100.000 dólares americanos, esta sería una acción de disimular el origen del dinero, y de no ser detectada la falsedad del monto de la operación se estarían lavando 90.000 dólares. Por otro lado, en el ejemplo planteado, para el oficial de cuentas de la entidad bancaria debería constituir una señal de alerta que, teniendo en cuenta el monto del depósito, éste se realice en efectivo.

13. Aspecto subjetivo

El tipo penal de lavado de dinero prevé la conducta dolosa, que consiste en conocer y querer la realización del hecho, en este caso no es suficiente haber realizado por ejemplo la incorporación al sistema financiero de una suma de dinero proveniente de un hecho antijurídico precedente, sino además se debe tener conocimiento del origen de dichos fondos.

El art. 196 prevé además la forma culposa, especificando que se castiga al que por negligencia grave, desconociera la procedencia del objeto de un hecho antijurídico de los mencionados anteriormente. Se trata de aquellos casos donde una determinada persona debe poner el debido cuidado a fin de conocer cuál es el origen de los bienes.

14. Conclusión

El hecho punible de lavado de dinero, es un tipo penal complejo, de difícil comprobación. La dificultad radica en conectar la operación sospechosa con un hecho antijurídico precedente, ya que en eso radica el lavado de dinero, recordando lo dicho al principio, lavar dinero significa darle una apariencia lícita a algo que tiene un origen ilícito.

Sin embargo, existen sentencias condenatorias por lavado de dinero, teniendo como hechos precedentes al narcotráfico y al tipo penal de enriquecimiento ilícito, el cual está previsto en la Ley 2523/04 y al tener éste una pena prevista de 1 a 10 años, entra en la categoría de crimen.

Con las modificaciones introducidas al Código Penal a fin de ajustarse la legislación paraguaya a las exigencias internacionales en el tema de lavado de dinero, se han incorporado una serie de tipos penales de frecuente realización en nuestro país, tales como los hechos relativos a violación de derechos de autor, marcas, cohecho (coima de

funcionarios públicos), contrabando, entre otros, tal como se explicara precedentemente.

Esta nueva realidad legislativa debería trasladarse en la capacitación continua de los sujetos obligados, quienes son los que deben en primer término reportar las operaciones sospechosas de lavado de dinero, por lo que el “conocer al cliente” se constituye en una herramienta fundamental para combatir ese ilícito e impedir la utilización del sistema financiero para el disfrute de las ganancias provenientes de las actividades ilícitas.

Además las campañas de concienciación de la ciudadanía deberían ser una constante, a fin de internalizar la importancia de no colaborar con la adquisición de productos de contrabando; de objetos que son producidos en violación de los derechos de autor, marcas; comprar armas de fuego, municiones, etc. del mercado negro; pagar coimas a funcionarios públicos, etc., todas estas actividades desencadenan en la necesidad de darle una apariencia lícita al producto de las actividades ilícitas, con el fin último del disfrute de las ganancias por parte de quienes operan desde la clandestinidad e ilegalidad en detrimento de las personas que optan por trabajar legalmente en el Paraguay y hacer de éste un mejor país. La elección está en cada uno de nosotros.

BIBLIOGRAFÍA

1. Constitución Nacional, año 1992.
2. Corte Suprema de Justicia, Compilación de leyes penales especiales complementarias al Código Penal, Legislación Nacional. Tomo II , Volumen I año 1999.
3. Solís, Leopoldo (Comp) 2001. “*El Lavado de dinero: distorsiones económicas e implicaciones sociales*”. México: Instituto de Investigación Económica y Social Lucas Alemán, A.C.

4. Aranguez Sánchez, Carlos, El delito de blanqueo de capitales. Monografías jurídicas. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; año 2000, Madrid, España.
5. Seprelad, <http://www.seprelad.gov.py/lav1a.html>
6. Ley 1015/1997 “Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes”.
7. Ley 3783/2009 “Que modifica varios artículos de la Ley 1015/97”.
8. Ley 1160/1997, Código Penal Paraguayo, Intercontinental Editora, Edición 2008.
9. Ley 3440/2008, “Que modifica varias disposiciones de la Ley 1160/97, Código Penal”.

**DERECHOS INHERENTES AL SER HUMANO:
PROPIEDAD, TRABAJO, LIBERTAD DE EMPRESA.
¿SON LIMITANTES ENTRE SÍ?**

Zully Almirón*

Desde una visión jurídica constitucional, pasando por los orígenes de los derechos inherentes al ser humano y su reconocimiento como derechos humanos, se realiza en éste trabajo un somero análisis de los derechos de propiedad, trabajo y libertad de empresa.

La defensa de los mismos por la Doctrina Social de la Iglesia y su elevación a la categoría de derechos humanos. El reconocimiento de

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

los mismos por normas internacionales y la necesidad de su promoción y defensa, para alcanzar un desarrollo sustentable, por el Estado.

A continuación el desarrollo de nuestro criterio sustentado por normas nacionales e internacionales.

La Constitución paraguaya en su art. 1° establece que la República del Paraguay se constituye en un Estado Social de Derecho, adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana.

Esta declaración es de suma importancia para situar al ciudadano en sus derechos y obligaciones y los que el Estado tiene hacia él.

Se hace necesario analizar las obligaciones estatales y su cumplimiento a fin de tomar conciencia de los derechos y obligaciones que tienen los ciudadanos y la repercusión de su cumplimiento o no en la sociedad.

El Estado Social supone que los poderes públicos (principalmente la Administración) asumen la responsabilidad de otorgar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para la satisfacción de sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina alemana ha denominado “procura existencial”. También se le ha definido como una serie de disposiciones legales que dan derecho a los ciudadanos a percibir prestaciones de seguridad social y contar con servicios estatales organizados en una variedad de situaciones de necesidad y contingencia. Se destacan dos rasgos comunes: 1) el Estado se presenta como un prestador de servicios y; 2) esos servicios se otorgan en la medida que exista una necesidad vital insatisfecha.

Desde esta perspectiva, el Estado centra sus funciones en la búsqueda y realización de la justicia distributiva y la justicia material, con un Estado gestor al servicio de los ciudadanos. Por tanto, las medidas concretas estarán encaminadas a la seguridad de aspectos vitales en la sociedad, que no sólo tienen que ver con la defensa, sino

también con la prevención y sanción del delito o el cuidado del medio ambiente. Asimismo, caben prestaciones como la fijación de un salario mínimo, la protección del empleo y la salud, el acceso a la vivienda, medidas para mejorar la distribución de la riqueza, la formación de capital cultural en las distintas clases sociales, etc.

Según la Doctrina Social de la Iglesia (DSI), el Estado está al servicio del ser humano, y no esté al servicio del Estado que se da en los regímenes totalitarios.

En este trabajo mencionamos la DSI, porque ésta fue la primera institución en levantarse contra una división del trabajo basado solamente en el capital separado de principios éticos, y por supuesto opuesta a doctrinas como la lucha de clases. Preconizó así la moralización de las relaciones laborales, el respeto a la dignidad de la persona humana en todo tiempo y lugar, el valor redentor del trabajo humano y la necesidad de armonizar los derechos de la libertad del hombre con las superiores exigencias del bien común. Esta noción de BIEN COMÚN no se identifica con el bienestar de la sociedad, sino que involucra indivisiblemente en el bienestar colectivo, el bien de todas las personas que lo integran. Los derechos de éstas no pueden dañar el bien del conjunto, pero al conjunto o sociedad tampoco le es lícito avasallar los derechos inalienables de la persona humana.

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

Ante todo la sociedad es un ente de orden, justamente porque no es una sola sustancia, sino un conjunto de elementos, los seres humanos unidos entorno a un fin. Esa unión está dada por la mutua relación que hay entre los elementos del conjunto, relación que es algo más que

la mera suma de los elementos. Necesariamente hay un fin, todo agente obra por un fin, el hombre obra por un fin, y por ende los hombres al unirse en sociedad obran por un fin también. Pero en la sociedad se trata de un fin común a varios. Y como todo agente obra por un fin que es un bien para el agente, se deduce que el fin común a los integrantes del grupo social es para ellos un bien común.

El hombre, nos dice Santo Tomás, es naturalmente social, porque necesita de la sociedad para su desarrollo, y ¿cuál debe ser el desarrollo del hombre? Desde el punto de vista ético, el desarrollo del hombre implica la actualización plena de sus potencialidades específicas, lo cual implica llegar a su fin último que es la Excelencia o Dios, para los creyentes.

Por ende, si el hombre necesita de la sociedad para su desarrollo, deben darse a ésta una serie de condiciones que permitan el aludido perfeccionamiento de las potencialidades específicamente humanas, y tal será el bien común debido. Ese bien común es lo que nuestra Carta Magna garantiza y lo que las leyes deben regular para defender los derechos reconocidos y que son inherentes al mismo.

Expresa Pío XII en su encíclica “Con Sempre”: “Origen y fin de la vida social ha de ser la conservación, el desarrollo y perfeccionamiento de la persona humana”. Cuando se menciona al “Origen y fin de la vida social” se refiere al Estado, es él el que debe reconocer los derechos que nos lleva al bienestar armónico de la convivencia, que es el Bien Común. Este facilita el cumplimiento del fin último del hombre, pero no lo obliga necesariamente. Entonces, el principio básico de la ética social es la primacía del bien común sobre el bien particular. Esto significa que deben ser respetadas en el marco social las condiciones de vida que permitan el desarrollo de la persona. Debemos entender que la persona no está para el bien común político, sino que el bien común político está para la persona humana. Por eso decía Pío XII que el fin de la vida social es el desarrollo de la persona humana. Y su

antecesor Pío XI, había dicho, en contra del totalitarismo marxista, que la sociedad es para el hombre y no el hombre para la sociedad.

La declaración constitucional de gobierno como democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana, justamente está basada en una concepción cristiana del hombre; en el reconocimiento de que el hombre encierra valores espirituales que están más allá del ordenamiento jurídico positivo, es esto lo que garantiza y defiende nuestra Constitución.

Y esto se debe a que nuestro ordenamiento jurídico se basa en el derecho natural cuyos principales representantes son Santo Tomás de Aquino y Aristóteles, surgiendo con los mismos la corriente iusnaturalista. El iusnaturalismo es un nombre genérico para todas las teorías que aceptan que hay un derecho natural, las cuales como es obvio difieren enormemente en sus explicaciones sobre el derecho natural y sobre sus verdaderos contenidos.¹ El Derecho Natural basa sus fundamentos en que los derechos están fundados en preconceptos que hacen a los principios en los cuales se basan las normas positivas.

Los defensores del Derecho Natural consideran que las legislaciones no otorgan derechos, los reconocen porque los derechos son inherentes al ser humano. De ahí los Derechos Humanos, que están fundamentados en el Derecho Natural, los reconoce como intrínsecos a la persona humana.

Los Derechos Humanos son esa expresión de moralidad que no puede ser rebasada y que exige la salvaguarda absoluta de una persona como titular de derechos, postulado este de evidente raigambre iusnaturalista.

Debemos entender que la corriente iusnaturalista entiende que el derecho no puede ser entendido exclusivamente como un conjunto

1. “Derecho Natural, Tradición, Falacia Naturalista y Derechos Humanos”. Javier Saldaña.

de reglas o normas, sino que en éste concurren otro tipo de estándares, igualmente normativos, que juegan un papel relevante a la hora de decidir, sobre todo en aquellos casos difíciles; es decir el derecho no se compone exclusivamente de normas, sino que está integrado por otro elemento, el derecho natural, es decir, por principios de justicia anteriores y superiores a las normas del derecho positivo.

A fin de entender mejor esta corriente, podemos afirmar que sólo a través de principios de justicia prepositivos estamos en condiciones de evaluar el derecho injusto.

La Constitución paraguaya al respecto menciona en su Art. 86: Del derecho al trabajo: “Todos los habitantes de la República tienen el derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas.

“La ley protegerá el trabajo en todas sus formas, y los derechos que ella otorga al trabajador son irrenunciables”,

Debemos entender aquí que cuando nos referimos al trabajo, como actividad remunerada, nos referimos a la dimensión económica del ser humano y la primera condición básica de la actividad económica es la apropiación. Sin propiedad privada no es posible ningún tipo de economía y la primera propiedad del ser humano es su propia persona, por extensión el hombre tiene la posesión de su trabajo, de su productividad.

Esta dimensión económica del ser humano, nos lleva al uso de los bienes materiales que ayudan a alcanzar un bienestar, la verdad es que sin un mínimo de bienestar material no es posible un bienestar espiritual, emocional, síquico o físico.

Por esta razón la Economía es la base del Derecho, porque genera propiedades sobre las cuales se debe legislar; es decir, establecer la ley que las proteja y defienda, paso que se da en toda sociedad de modo natural.

Entonces, si la primera propiedad del ser humano es su propia persona y por extensión, su trabajo y sus frutos, entonces es el Dere-

cho Laboral es el encargado de proteger esa consecuencia de la primera propiedad del hombre, el trabajo, su productividad.

Del Derecho se espera garantía para las posesiones y acciones, como también se busca justicia ante eventuales conflictos. Nos dice López Hermida que la Economía necesita una garantía universal que está dada por la Ley, entendida como una forma universal que posibilita la libertad concreta y que se erige como prolongación de la confianza entre unos y otros.

El trabajo es considerado un derecho humano de segunda generación, denominado así por su orden de aparición, es un derecho social.

El Derecho del Trabajo, regulador de esta primera consecuencia de la propiedad del ser humano, es conocido como el conjunto de principios teóricos y normas positivas que regulan las relaciones jurídicas entre empleadores y trabajadores, y de ambos con el Estado, originadas por la prestación voluntaria, subordinada y retribuida de la actividad humana para la producción de bienes y/o servicios. Es de naturaleza mixta por formar parte del Derecho Público y Privado a la vez. Público por la intervención estatal en una relación de carácter privado en la cual prima la voluntad de las partes para el inicio de las mismas que continúa marcada por normas imperativas, como son las jornadas, el salario, los descansos, entre otros que forman parte de la relación laboral.

Y a eso se refiere nuestro art. 86: “Todos los habitantes de la República” esto implica ciudadanos, nacionalizados o radicados tienen el derecho a un trabajo lícito, esto comprende una actividad que no está prohibida y que se encuentra regulada por ley, escogido en forma voluntaria y a realizarse como dice la norma en condiciones dignas y justas. Es decir, dentro del plano de desigualdad económica que existe en la relación laboral, la norma jurídica garantiza la igualdad de ésta relación, sólo así podría ser justa, respetando los derechos

que son inherentes a la persona humana guardando de ésta forma su dignidad. El artículo 4° de la Declaración Socio-Laboral del Mercosur en consonancia con esta garantía constitucional expresa que: “Todo trabajador migrante, independiente de su nacionalidad, tiene derecho a ayuda, información, protección e igualdad de derechos y condiciones de trabajo reconocidas a los nacionales del país en el que estuviere ejerciendo sus actividades, de conformidad con las reglamentaciones profesionales de cada país”.

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas tendientes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera y a llevar a cabo las acciones necesarias a fin de mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de estos trabajadores”.

Vemos entonces cómo los tratados internacionales van normalizando las garantías constitucionales, reconociéndolas y elevándolas a normas supranacionales para cumplimiento de los Estados Partes del Mercosur.

De esta forma, una norma internacional reconoce que la actividad productiva del ser humano, aparte de desarrollar el potencial que posee y que puesto al servicio de los demás va superándose, debe otorgar al mismo la posibilidad de sustentarse asimismo y a su familia dentro de un bienestar material que le permita un bienestar físico, síquico, emocional y espiritual, en otras palabras, para simplificar, que le permita vivir con salud, lo cual sólo se puede dentro de un ambiente sano. Me refiero al ambiente de trabajo que engloba el ambiente físico, síquico, emocional y espiritual.

Aparte de esto, el segundo párrafo nos hace ver que el Estado interviene en esta relación en la cual reconoce los derechos, otorga obligaciones que deben cumplirse por imperio de la ley, porque son irrenunciables, para todos sus habitantes.

De esta forma las normas internacionales, los tratados como el Mercosur y las normas de la OIT, reconocen la necesaria protección

del trabajo humano como un derecho inherente a la persona humana. En la actualidad estas normas buscan promover empresas sustentables a través del trabajo decente. El trabajo decente es el trabajo digno y justo a la cual nuestra Constitución se refiere.

El Art. 87, Del pleno empleo, de nuestra Constitución que expresa: “El Estado promoverá políticas que tiendan al pleno empleo y a la formación profesional de recursos humanos, dando preferencia al trabajador nacional”.

Si analizamos ésta norma con el art. 1° que declara que el Paraguay es un Estado Social de derecho, otorgar pleno empleo es un deber del Estado, porque el art. 86 reconoce el trabajo como un derecho de todos los habitantes de la República, por ende el Estado está obligado a promover políticas que tiendan al pleno empleo, es su deber, nuestro derecho.

Ahora este artículo 86 que estamos analizando se encuentra dentro del Capítulo VIII de la Constitución denominado “Del Trabajo”, Sección I “De los Derechos Laborales”, podría interpretarse que se refiere sólo al trabajo dependiente, formal, sin embargo la OIT al referirse al Trabajo Decente incluye, aparte de estos, a los trabajadores autónomos (independientes), otorgando también a estos seguridad en el trabajo, una remuneración digna y condiciones adecuadas a la salud ocupacional.

Considero que una norma garantista como es la Constitución debe ser interpretada de igual manera, más aún por el deber del Estado de promover políticas que tiendan al pleno empleo. Recordemos que el trabajo es un Derecho Humano, y nuestra Constitución obliga al Estado a proteger éste derecho, que les reconoce a todos los habitantes de la República.

Si seguimos analizando el artículo 87 como deber del Estado y lo vinculamos al artículo 176, que se encuentra en el Capítulo de la Política Económica del Estado, Sección del Desarrollo Económico

Nacional, esta norma denominada “De la política económica y de la promoción del desarrollo, expresa: “La política económica tendrá como fines, fundamentalmente, la promoción del desarrollo económico, social y cultural.

“El Estado promoverá el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles, con el objeto de impulsar un crecimiento ordenado y sostenido de la economía, de crear nuevas fuentes de trabajo y de riqueza, de acrecentar el patrimonio nacional y de asegurar el bienestar de la población. El desarrollo se fomentará con programas globales que coordinen y orienten la actividad económica nacional”.

En atención a la norma que estamos analizando, que refuerza aún más las obligaciones del Estado, podemos entender que el artículo 86 no sólo se refiere al trabajo dependiente, también se refiere al trabajo independiente, para el desarrollo sostenido de la economía (mencionado en el artículo 176), y éste nos lleva a la libertad de empresa denominado en nuestra Constitución como la Libertad de Concurrencia, que expresa: Art. 107: “Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado”.

Esta norma garantiza la libertad de empresa se encuentra asociada al concepto de libertad y forma parte del complejo sistema de derechos fundamentales, el derecho del trabajo es también un derecho fundamental y existe una estrecha relación entre ambos derechos al igual que el derecho de propiedad, sin perjuicio de que coincida también con otros, en éste trabajo desarrollaremos sólo estos.

Nuestra Constitución establece: Artículo 109: “DE LA PROPIEDAD PRIVADA: Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán establecidos por la ley, atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerla accesible para todos. La propiedad privada

es inviolable. Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial”.

Dijimos que la primera propiedad del hombre es su propia persona, y lo que emana de su creación, le es propio, es suyo. La palabra propiedad deriva del latín *proprietas* que significa “cualidad de ser uno mismo, sus raíces son “pro”, “privus” “tas”:

Pro que significa “delante de”; privus “de uno mismo, que no es público”, y “tas” que significa estabilidad.

La propiedad es un principio inherente al ser humano que al existir un mandato que lo protege se convierte en un derecho. Es por eso que dijimos que la economía es la base del derecho porque la propiedad es un instituto netamente económico, vinculada a la libertad, porque ella encuentra su estímulo en el derecho de propiedad. León XIII en su famosa Encíclica *Rerum Novarum* expresa: “Poseer bienes en privado es derecho natural del hombre; y usar de este derecho sobre todo en la sociedad de la vida, no sólo es lícito, sino incluso necesario en absoluto”.

Por los arts. 86, 87, 107 y 109 el Estado paraguayo garantiza el pleno empleo, la propiedad y garantiza la competencia en el mercado, cabe recordar que la segunda parte del art. 86 establece que la ley protegerá el trabajo en todas sus formas, esto incluye al trabajador dependiente e independiente y éste último es el empresario.

Cabe recalcar, y haciendo un poco de derecho comparado, la Constitución Chilena no asegura el derecho al trabajo, ya que, al parecer, no puede afirmar que las personas puedan contar con un trabajo efectivo o garantizar el pleno empleo. La Constitución Española en cambio expresa que: “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo”. La Constitución argenti-

na en un solo artículo resume las protecciones laborales que en nuestra Constitución se garantizan en 15 artículos laborales, asegurando al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor. Nuestra Constitución, responsabiliza al Estado el pleno empleo de todos sus habitantes, no de sus nacionales como hace la española.

Ahora no cabe duda, de que el derecho del trabajo como un derecho fundamental constituye un limitante al derecho de empresa al expresar en su in fine el art. 86: “los derechos que ella otorga son irrenunciables”. Analicemos esto, una empresa es una unidad productiva pero precisa de personas que hagan efectivo el despliegue de la actividad económica. Por tanto, el empresario se convierte en empleador y como tal debe respetar las normas establecidas en el Código del Trabajo, las que reconocen, entre otros principios, “la función social que cumple el trabajo” y el que “las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona”. Al respecto el art. 9° del Código del Trabajo preceptúa: “El trabajo es un derecho y un deber social y goza de la protección del Estado. No debe ser considerado como una mercancía. Exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta, y se efectuará en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico compatible con las responsabilidades del trabajador padre o madre de familia”.

Por lo que vemos, el derecho del trabajo se presenta como un límite a la libertad de empresa, no sólo porque hay actividades económicas que no se pueden realizar por estar prohibidas por la legislación, sino porque las condiciones en las cuales se ejerce el trabajo deben considerar el espíritu proteccionista de esta normativa. Por otra parte, no debemos olvidar que existen ciertos derechos que corresponden a los trabajadores que tienen una incidencia directa en la actividad económica de una empresa, por ejemplo el derecho a la negociación colectiva, y el derecho a la huelga. (arts. 97 y 98 de la Constitución).

Ahora, nos preguntamos ¿por qué un derecho fundamental puede limitar a otro derecho fundamental, cuando no hay jerarquía? Porque existe otra garantía constitucional y que se constituye en un principio objetivo, que es la igualdad; el artículo 46 de la Constitución expresa: “Todos los habitantes son iguales en dignidad y derechos... Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”, así, como ejemplo, tenemos: art. 47 CP. El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: la igualdad para el acceso a la justicia; la igualdad ante la ley; Art. 88, De la no discriminación: “No se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos étnicos, de sexo, edad, religión, condición social y preferencias políticas o sindicales; El trabajo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas o mentales será especialmente amparado”; art. 92, igualdad de salario, entre otros.

Esto se debe a la relación asimétrica existente entre trabajador y empleador, porque existe una distribución desigual de poder económico y social entre empresa y dependiente y esto eleva el riesgo de eventuales menoscabos a los derechos fundamentales del trabajador. De manera que cuando se dota al trabajador de una mayor protección legal se debe a que éste por su condición de inferioridad en la relación puede verse despojado de sus derechos fundamentales, de ahí que la Constitución los considere irrenunciables.

Por ende, en base al art. 46 de la Constitución se busca otorgar “garantías legislativas diferenciadas”², que son aquellas que atienden “a las necesidades específicas de determinados grupos y clases de personas y que establezcan, al mismo tiempo, cargas diferentes para los particulares de manera proporcional a su tamaño, recursos e in-

2. Pisarrello, G. “Los derechos sociales y sus garantías”.

fluencia. Como estas garantías tienden a producir relaciones de mayor simetría entre las diversas partes, para que puedan llegar a ser un instrumento de igualación real, las intervenciones del legislador dirigidas a tutelar a los sujetos más débiles, deben venir acompañadas de otras intervenciones que aseguren deberes a los sujetos más fuertes, comenzando por los que ocupan mayores posiciones de poder dentro del mercado³.

Esto es lo que ocurre en la relación jurídica laboral, en la cual el empleador tiene más obligaciones, como el de contar con los documentos laborales obligatorios, como libros laborales, recibos de salario, de aguinaldo, de vacaciones, aviso de vacaciones, entre otros cuya ausencia suponen el no cumplimiento del deber.

Así también todo lo referente a la salud ocupacional es obligación suya, esto no sólo por una norma laboral, sino civil porque nuestra legislación sigue la teoría del riesgo creado, es decir que cada uno es responsable por la actividad que crea.

Entonces, esta protección social declarada en la Constitución que debe dar el Estado lo encontramos en el art. 2º de la Declaración Socio-Laboral del Mercosur: Los Estados Partes deben tener presente: el desarrollo de medidas de protección social; el respeto, difusión y aplicación de los principios y de derechos fundamentales del trabajo. Este último compromiso de los Estados Partes en la norma citada, cabe resaltar porque se obligan a promover la difusión y aplicación de principios del derecho del trabajo reconocidos constitucionalmente y como parte de los derechos humanos.

Aquí es donde los Estados partes deben equilibrar los derechos fundamentales como el de propiedad, libertad de empresa y el trabajo. Es evidente que el derecho de propiedad es consustancial al ejercicio

3. Christian Viera Álvarez. “Libre Iniciativa Económica y Estado Social”. 2013.

de la libertad económica o que la libertad de empresa “no es sino la expresión dinámica del derecho de propiedad”⁴.

Ahora cómo diferenciamos estos tres derechos fundamentales, por una parte tenemos:

Libertad de Empresa	Libertad de Propiedad	Derecho al Trabajo
Se proyecta sobre actividades económicas.	Sobre activos para tal desarrollo, actúa como presupuesto de las actividades económicas.	Se proyecta sobre un capital y es apoyo de la actividad económica.
Ampara el derecho a iniciar y sostener una actividad económica.	Constituye una garantía para usar y disponer un conjunto de bienes.	Es un limitante de los dos derechos anteriores para conseguir la armonía en el bien común.

Como vemos, se trata de derechos muy unidos y que constituyen pilares de una economía que encuentra en el mercado el principal mecanismo para las relaciones de intercambio de bienes y servicios, lo cual genera una relación de producción entre los seres humanos, relación empresa, trabajador, Estado, cliente.

El Estado regula el derecho de propiedad, regula la libertad de empresa, regula la relación empleador/trabajador, regula la relación empresa consumidor, (derechos del Consumidor) en todas estas regulaciones se está velando por no alterar los derechos de unos y otros, creando desigualdades para igualar.

4. Christian Viera Álvarez. “Libre Iniciativa Económica y Estado Social”. 2013. Pág. 296.

De manera que, es obvio que para promover el bien común el Estado que está al servicio del ciudadano, debe crear políticas estatales dentro de un marco de razonabilidad y proporcionalidad, y como vivimos en un mundo globalizado se hace necesario que los Estados unan sus esfuerzos para lograr este bien común, este bienestar que nos permitirá un desarrollo sustentable.

BIBLIOGRAFÍA

- CONSTITUCIÓN PARAGUAYA
- CÓDIGO DEL TRABAJO DEL PARAGUAY
- LA LIBRE INICIATIVA ECONÓMICA Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO. Christian Viera Alvarez. Año 2013.
- LOS DERECHOS SOCIALES Y SUS GARANTÍAS. Pisarello G. Año 2013.
- WWW.ACADEMIAVIRTUALDEDERECH/UNIVERSIDAD DEROSARIOARGENTINA. DERECHO NATURAL, TRADICIÓN, FALACIA NATURALISTA Y DERECHOS HUMANOS. JAVIER SALDAÑA.

Anexo

PROGRAMA
“SIGUIENDO LAS HUELLAS DEL MAESTRO”

En el AULA MAGNA “AUGUSTO ROA BASTOS”, ACTO ACADÉMICO DEL PROYECTO INSTITUCIONAL “SIGUIENDO LAS HUELLAS DEL MAESTRO”.

EL Dr. LUIS FERNANDO SOSA CENTURIÓN, HOMENAJEADO POR SU IMPORTANTE APORTE INTELECTUAL EN EL ÁMBITO JURÍDICO Y EN EL ÁMBITO EDUCATIVO DE NUESTRO PAÍS, CONSTITUYÉNDOSE EN UN REFERENTE DE GENERACIONES DE UNIVERSITARIOS.

La Universidad Iberoamericana, como institución que ha nacido de manos de una gran educadora, la Prof. Nidia Sanabria de Romero, ha tomado desde sus inicios el desafío de trascender desde las aulas a la sociedad, interpretando de esa manera el compromiso social que se resume en su misión de formar “UNA MENTALIDAD NUEVA PARA UN MUNDO MEJOR”.

Es así como se ha abocado siempre a realizar proyectos que van dinamizando su vida institucional en todos los niveles educativos. Uno de ellos es el proyecto denominado “Siguiendo las huellas del Maestro”, que tradicionalmente, año tras año, va ejecutándose de mano de profesores y estudiantes, rindiendo así un merecido reconocimiento a docentes de diferentes puntos de nuestro país. En años anteriores han sido merecedores de esta distinción de la UNIBE, en el área del Derecho, el Dr. MIGUEL ÁNGEL PANGRAZIO, el DR. ALEJAN-

DRO ENCINA MARÍN, el DR. RAÚL SAPENA BRUGADA y el Dr. LINNEO YNSFRÁN, profesor también de esta Universidad.

La UNIBE ha mantenido, desde su inicio, importantes actividades que llevan a vivenciar experiencias válidas con destacados profesionales de nuestro país, siendo una de ellas este programa de “Siguiendo las huellas del Maestro”, que en este año 2016 otorga dicha



distinción al Dr. LUIS FERNANDO SOSA CENTURIÓN que en el marco del programa fuera previamente entrevistado por alumnos de la cátedra de Finanzas Públicas, acompañados por el docente de dicha cátedra, abogado Eduardo Velázquez Romero.

En las fotos, las autoridades de la UNIBE hacen entrega de la distinción, Placa y Medalla de Reconocimiento, al Dr. LUIS FERNANDO SOSA CENTURIÓN quien, seguidamente al acto de la premiación, brindó una conferencia al auditorio presente en el Aula Magna.



