

REVISTA JURÍDICA

DEL CIDUPE

Año 2 | N° 2 | 2016



Sede Ciudad del Este



Cidupe
Centro de Investigaciones en
Derecho y Ciencias Sociales de
la Universidad Privada del Este

REVISTA
JURÍDICA
DEL CIDUPE

Sede Ciudad del Este

Año 2 | N° 2 | 2016



Cidupe
Centro de Investigaciones en
Derecho y Ciencias Sociales de
la Universidad Privada del Este



Rector

Abog. Juan Bautista González Flores

Vicerrector

Dr. Roberto González Vaesken

Directora Académica Sede Ciudad del Este

Ing. Amb. Sandra Andino

Decano Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales

Dr. Lulio Vicente Gamarra Medina

Coordinadora Académica Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales - Sede Ciudad del Este

Abog. Ignacia Gregoria Cáceres de Kao

Coordinador del Centro de Investigaciones en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Privada del Este

Dr. Cecilio Arnaldo Rivas Ayala

Consejo Editorial

Dr. Roberto González Vaesken
Dr. Lulio Vicente Gamarra Medina
Dr. Carlos Rubén Galeano Arias
Dr. Cecilio Arnaldo Rivas Ayala

**CENTRO DE INVESTIGACIONES EN DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA DEL ESTE (CIDUPE),
Sede Ciudad del Este**

Publicación semestral del Centro de Investigaciones en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Privada Del Este (CIDUPE), Sede Ciudad del Este, queda prohibida su reproducción total o parcial sin la citación expresa de la fuente.

Editor: Dr. Cecilio Arnaldo Rivas Ayala

Diagramación: Nilton Laskos

Diseño de tapa y arte: Nilton Laskos

La opinión de los autores de los artículos de la presente edición, es de entera responsabilidad de los mismos.

Las jurisprudencias fueron reproducidas fielmente, respetando los textos originales y fueron obtenidas ante el órgano jurisdiccional competente.

Esta publicación es de distribución gratuita y se encuentra disponible en formato digital en la página: upecde.edu.py/revistajuridicadelcidupe

Dirección: B° Mburucuya Km. 6.800 Ruta Internacional José G. Rodríguez de Francia. Ciudad del Este - Paraguay.

Contactos: (595+61) 571 876 - 579 441/2

www.upecde.edu.py

revistajuridicacidupe@upcde.edu.py

Editorial

Nos encontramos en un momento histórico en donde el manejo de la información y su adecuada utilización se tornan claves, se habla de la existencia de una “Sociedad de información” y de una “Sociedad de conocimiento”, y es en ese escenario que el CIDUPE de la Sede Ciudad del Este, lanza la segunda edición de su revista jurídica.

En esta entrega, además de incluir doctrina nacional e internacional, son agregadas dos jurisprudencias nacionales, a los efectos de enriquecer más el debate en el ámbito académico, enriquecido en este caso con las opiniones de magistrados que interpretan el ordenamiento jurídico y buscan su correcta aplicación.

Los cánones de evaluación de la educación superior cada vez otorgan mayor preeminencia a la cantidad y calidad de la producción bibliográfica, de los alumnos y profesores de las instituciones de enseñanza superior, la visibilidad de una universidad se evalúa por la exportación que realiza de los trabajos de investigación desarrollados en sus campus.

Es por esa razón, que la Universidad Privada del Este, fomenta a diario la implementación de ideas innovadoras, que permitan el fortalecimiento del sistema educativo, es sabido que, la investigación científica juntamente con la extensión universitaria y la docencia impartida en las aulas, constituyen los tres ejes fundamentales de una institución de educación superior, es a través de ellos que ella logra consolidarse.

Celebramos esta segunda edición, manteniendo el compromiso incólume de crear los medios propicios para que la investigación científica forme parte integral del cotidiano de los profesores y alumnos de nuestra institución.

Dr. Cecilio Arnaldo Rivas Ayala
Coordinador del CIDUPE

CONTENIDO

Doctrina Nacional

TERRORISMO Y DERECHO PENAL. UNA RELACIÓN POLÍTICO-CRIMINALMENTE DETERIORADA

David-Eleuterio Balbuena Pérez..... **Pág. 07**

EXPERIENCIAS COTIDIANAS DE ACOSO CALLEJERO EN MUJERES DOMICILIADAS EN CIUDAD DEL ESTE, PARAGUAY

Elvira Noemi Barreto Uronicz..... **Pág. 21**

EL DERECHO COMO ÉTICA AMPLIADA

Marcelo Andrés Panza Lombardo..... **Pág. 35**

REFORMA CONSTITUCIONAL: ¿INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL?

Pedro Fabián Fernández Avalos..... **Pág. 45**

Doctrina Internacional

LIMITES DO DESENVOLVIMENTO E DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS NA AMÉRICA LATINA: ALTERNATIVAS PELA NOÇÃO DE *BUEN VIVIR*

Danielle de Ouro Mamed

Roger Luiz Paz de Almeida..... **Pág. 57**

Jurisprudencia

ACUERDO Y SENTENCIA N° 11

“RODOLFO ERNESTO ZOTTI SICULI C/

EUZA CORONEL LUGO S/ DESALOJO”..... **Pág. 81**

JUICIO: “DIEGO PIZZIOLO C/ NEREO TISO Y OTROS S/ NULIDAD DE ACTO JURÍDICO, FRAUDE Y OTROS”.

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: DOSCIENTOS

VEINTICUATRO..... **Pág. 87**

TERRORISMO Y DERECHO PENAL. UNA RELACIÓN POLÍTICO-CRIMINALMENTE DETERIORADA¹

*David-Eleuterio Balbuena Pérez*²

RESUMEN: El derecho penal paraguayo no contempla la pena de muerte entre sus consecuencias jurídicas del delito, y menos aún es posible en el ordenamiento paraguayo el sacrificio de vidas inocentes para combatir el terrorismo. En el presente artículo se realizan algunas reflexiones sobre las propuestas realizadas por algunos integrantes de la Cámara de Senadores del Paraguay como reacción ante la amenaza del terrorismo interno, desde el punto de vista sistemático en coherencia con los tratados internacionales y con el marco constitucional.

PALABRAS CLAVE: Terrorismo. Pena de muerte. Derecho penal del enemigo. Corte penal internacional

Sumario: I. Introducción. II. Terrorismo y legitimación para el uso de la fuerza. III. Tumores cancerosos y dogmas penales. IV. Implicaciones internacionales. V. ¿Pena de muerte a los terroristas? VI. Conclusiones. VII. Bibliografía citada.

«En medio del terror y de la sospecha, con la mente agitada y los ojos asustados, buscamos soluciones y planeamos qué hacer para escapar de la segura amenaza que tan espantosamente nos acecha. Y sin embargo nos equivocamos, ese no es nuestro camino; las noticias eran falsas (o no escuchamos, no comprendimos bien). Otro desastre, otro que nunca habíamos pensado, Súbita, tempestuosamente cae sobre nosotros, y sin darnos tiempo –sin prepararnos– nos arrebatá».

¹ El presente trabajo es una versión revisada de un artículo publicado con el mismo título en el número 8 de la *Revista Jurídica de la Universidad del Norte*, Asunción, 2015, pp. 17 a 42.

² Doctor en Derecho por la Universidad Jaume I de Castellón (España). Licenciado en Derecho y Diplomado en Estudios Avanzados por la Universidad Jaume I de Castellón (España). Doctor en Derecho por la Universidad del Norte de Asunción (Paraguay). Abogado. Profesor de Derecho penal y procesal en la Universidad Nacional de Asunción (Paraguay). Profesor colaborador del área de Derecho penal de la Universidad Jaume I de Castellón (España), profesor de Derecho penal en el máster de abogacía de la Universidad Internacional de la Rioja (España).

–KAVAFIS, *Fin.*

I. Introducción

El problema del terrorismo en Paraguay está generando un intenso debate a nivel social y político con propuestas tan drásticas como las recientemente protagonizadas por algunos representantes del pueblo en la Cámara de Senadores, que consisten en prescindir del derecho penal y combatir al terrorismo con una suerte de «guerra sucia» sin sujeción a los límites constitucionales ni a las garantías procesales. En concreto la senadora Mirta Gusinky³, realizó unas declaraciones en varios medios de comunicación⁴, en las que vino a decir que lo conveniente para combatir a la delincuencia terrorista (en concreto al Ejército del Pueblo Paraguayo, EPP) es el bombardeo programado de la región en la que dicha organización se encuentra, aun cuando esa intervención militar necesariamente vaya a provocar la muerte de personas inocentes. Para ello, la senadora adujo el argumento de que el terrorismo es como un cáncer al que conviene combatir sacrificando algunas «células vírgenes» que son buenas, y a tal efecto solicitó a la ciudadanía que le otorgue un «cheque en blanco» al presidente Cartes para que pueda enfrentar al EPP con mayor agresividad, identificando mediante tecnología a los terroristas para atacarles con bombas y granadas, aduciendo que «y seguramente cuando los matemos a ellos va a tener que morir gente inocente, pero de cualquier manera también está muriendo gente inocente. Es hora de que, en vez de criticar, como ciudadanía comprometida, también nos pongamos a analizar qué es lo que en realidad queremos». Además, explicó que conviene pedir ayuda a los Estados Unidos y a otros países que «tienen los elementos tecnológicos y que realmente le entablemos una guerra y un punto final al EPP».

No es éste el lugar adecuado para hacer un análisis profundo del alcance y significado político que tales afirmaciones contienen –y además este trabajo tampoco lo pretende– ni tampoco para analizar las razones personales ni los trágicos sucesos que, no nos cabe duda, son de gran importancia y que vienen motivando la proliferación de esta clase de propuestas; aunque sí es posible realizar algunas consideraciones desde el punto de vista interpretativo y desde el entramado jurídico paraguayo en el que las propuestas deben integrarse. Del análisis jurídico y de las implicaciones internacionales de la llamada «guerra al terrorismo»⁵ tratan las siguientes líneas.

II. Terrorismo y legitimación para el uso de la fuerza

Como paso previo conviene hacer una aclaración: el hecho de que estén muriendo personas inocentes a causa de la actividad terrorista no legitima a que el uso de la fuerza estatal acabe con la vida de más personas, inocentes o

³Senadora colorada que además ejerce como defensora de los derechos humanos en la comisión que integra en la Cámara alta.

⁴Entre otros en el Diario ABC Color de 15 de agosto de 2015, «Para acabar con EPP deberán morir inocentes»; en el Diario Hoy de 14 de agosto de 2015, «Gusinky pide liquidar al EPP con bombas: va tener que morir gente inocente».

⁵Vid. BALLESTEROS MARTÍN, M.A., «¿Guerra contra los terroristas?». En GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.) / HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A. (Coord.), *Fuerzas Armadas y seguridad pública. Consideraciones en torno al terrorismo y la inmigración*. Castellón: Universitat Jaume I, 2007, p. 24;

terroristas, sino que tan solo confiere legitimidad para perseguir y sancionar penalmente a los responsables de dichas muertes. Eso es todo. Por tanto, si mueren más ciudadanos inocentes pero no a causa del terrorismo sino por culpa del funcionamiento del aparato estatal de poder, será responsable quien compone dicho aparato y no el criminal terrorista, por lo que, de producirse dichas muertes, no serían precisamente pocas las personas que serían llamadas a responder en el ámbito penal, como trataré de explicar a continuación.

La regulación del terrorismo en Paraguay se encuentra en una ley penal especial, la Ley 4.024/2010, «que castiga los hechos punibles de terrorismo, asociación terrorista y financiamiento del terrorismo», norma que prevé la imposición de penas privativas de libertad de hasta 30 años, límite temporal máximo para las penas privativas de libertad que, con carácter general, contiene el texto punitivo paraguayo⁶, aunque además se puede imponer la llamada *reclusión de seguridad* (art. 75 CP), basada en el modelo alemán de la *Sicherungsverwahrung*⁷, que puede tener una extensión de hasta 10 años por encima de la pena.⁸ Por tanto, en materia de terrorismo, las sanciones penales previstas en el ordenamiento paraguayo son las más graves y extensas de entre todas las posibles.

En efecto, la ley 4.024/2010, en su art. 1º castiga el *terrorismo* con pena privativa de libertad de entre 10 y 30 años, y lo define como la comisión de genocidio, homicidio, lesiones graves, hechos punibles contra la libertad (arts. 125, 126 y 127 CP), contra las bases naturales de la vida humana (arts. 197, 198, 200, 201 CP), contra la seguridad de las personas frente a riesgos colectivos (arts. 203 y 212 CP), contra la seguridad de las personas en el tránsito (arts. 213 al 216 CP), contra el funcionamiento de instalaciones imprescindibles (arts. 218 al 220 CP), sabotaje (arts. 274 y 288 CP), siempre que su perpetración responda a la finalidad de infundir o causar terror, obligar o coaccionar para realizar un acto o abstenerse de hacerlo, a la población paraguaya o a la de un país extranjero, a los órganos constitucionales o sus miembros en el ejercicio de sus funciones, o a una organización internacional o sus representantes. En su art. 2º castiga con pena privativa de libertad de entre 5 y 15 años la *asociación terrorista* y la conducta consiste en crear una asociación organizada que tenga por finalidad cometer los hechos de terrorismo que se enumeran en el art. 1º de la misma norma, ser miembro de ella, participar, sostenerla económicamente, proveerla de apoyo logístico, prestarle apoyo o promoverla. Y, por último, en su art. 3º castiga el «*financiamiento del terrorismo*», con pena privativa de libertad

⁶GONZÁLEZ VALDEZ, V., en CASAÑAS LEVI, J.F. / CENTURIÓN ORTIZ, R.F. / BOGARÍN GONZÁLEZ, J.E. / GONZÁLEZ VALDEZ, V. / MARTÍNEZ IRIGOITIA, M.P., *Código penal de la República del Paraguay. Comentado. Libro Primero. Parte General. Tomo I. Asunción: La Ley Paraguaya. 2011*, pp. 191 a 196; LÓPEZ CABRAL, M.O., *Código Penal paraguayo. 2ª ed. Asunción: Intercontinental, 2009*, p. 250.

⁷Vid. GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008*, pp. 51 a 58; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General. 4ª ed.*, traducida por José Luis Manzanares Samaniego, Granada: Comares, 1993, pp. 739 y ss.; ZACHARIAS, S., «La medida de custodia de seguridad a posteriori. ¿Pena o medida de seguridad?». En DÍAZ CORTÉS, L.M., (coord.), *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales. Memorias del II Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias penales. Universidad de Salamanca, 2012*, pp. 187 a 208.

⁸Vid. CASAÑAS LEVI, J.F., *Manual de Derecho penal. Parte General. 6ª ed. Asunción: La Ley Paraguaya, 2012*, pp. 175 a 200; MORA RODAS, N., *Código Penal paraguayo comentado. 4ª ed. Asunción: Intercontinental, 2009*, pp. 241 a 243; SCHÖNE, W., *Contribuciones al orden jurídico-penal paraguayo. Asunción: Intercontinental, 2000*, pp. 114 y 115; ROLÓN FERNÁNDEZ, E. / RODRÍGUEZ KENNEDY, O., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. 3ª. Ed. Asunción: AGR. 2012*, pp. 121 a 123 y 583 a 585; BALBUENA PÉREZ, D.E., *Las consecuencias jurídicas del hecho punible en el ordenamiento jurídico paraguayo. Asunción: Marben, 2013*, pp. 198 a 213.

de entre 5 y 15 años, y la conducta consiste en proveer, solventar o recolectar objetos, fondos u otros bienes, con la finalidad de que sean utilizados total o parcialmente para cometer los hechos de terrorismo que se enumeran en el art. 1º del mismo cuerpo legal, o a sabiendas que serán utilizados para dicha finalidad.

Por tanto, la reacción penal prevista para el terrorismo en el ordenamiento paraguayo no es precisamente de baja intensidad, sino que en el encuadre sistemático, las consecuencias jurídicas derivadas de la perpetración de crímenes de terrorismo son las más graves posibles en el ordenamiento jurídico, y es en ese orden de cosas donde se propone, a nivel político, la introducción de una suerte de derecho penal de excepción como si se tratase de derecho penal ordinario, sin evaluar previamente los riesgos para el sistema jurídico-penal que todo ello comporta, pues como afirma CUERDA ARNAU, «pretender que una norma pase por ordinaria sin serlo es no querer ver, ni hacer ver, los riesgos que comporta. No afrontarlos de forma expresa en la confianza de que será bien aplicada, es legislar de forma irresponsable, pues, sabido es que un ordenamiento no puede descansar exclusivamente en las espaldas más capacitadas y más fuertes de sus mejores aplicadores e intérpretes».9

III. Tumores cancerosos y dogmas penales

Situado en otro plano y en el núcleo del problema, aparece el argumento del delincuente como tumor canceroso que conviene extirpar de la sociedad, cuyo origen se remonta a la sofística griega del siglo V a.C., y que se advierte con claridad en los Diálogos de PLATÓN, en *Protágoras*¹⁰, que narra cómo al incapaz de participar en honor y en justicia hay que eliminarle como una enfermedad de la ciudad; aunque también teólogos y juristas del siglo XIII como SANTO TOMÁS DE AQUINO, en la *Summa Theologica*¹¹, refirió a este extremo afirmando la posibilidad del exterminio del considerado «indigno» como si fuese un animal (*velut bestia*), y ROUSSEAU en su teoría contractualista hablaba del criminal como enemigo al que hay que destruir. También KANT, en su obra *Sobre la paz perpetua*¹³, refirió a esta categoría de «enemigos» a quienes abandonan el estado de paz y regresan al estado de la naturaleza, porque en dicho estado suponen una amenaza real que los convierte en peligrosos, posibilitando una especial repulsa independientemente de sus actos; y especialmente relevante es la teoría de HOBBS, en *Leviatán*¹⁴, que afirmaba que en esa guerra de todos contra todos en la que la sociedad se halla inmersa (*bellum omnium contra omnes*) el ciudadano transfiere parte de sus derechos al Estado para que garantice su supervivencia, de modo que goza de total libertad para hacer lo que sea necesario y posibilitar el mantenimiento de la sociedad, pudiendo, entre otras cosas, tratar al criminal como enemigo incluso articulando un derecho de guerra que justifique su eliminación.

9CUERDA ARNAU, M.L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia e interior. 1995, p. 683.

10Vid. PLATÓN, *Protágoras*, 322d. Traducción de J. Velarde. Oviedo: Pentalfa ediciones. 1980; PLATÓN, «Las leyes. Libro quinto». En PLATÓN, *Obras completas*. Traducción de Patricio de Azcárate. Tomo 9. Madrid: Medina y Navarro. 1872, pp. 241 y 242.

11 TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica* II, 2, qu. 64.2.

12 ROUSSEAU, J.J., *El contrato social*. 1762. Madrid: Sarpe. 1983. Libro II, cap. V, p. 67.

13 KANT, I., *Sobre la paz perpetua*. 1795. Madrid: Tecnos 1996, p. 14.

14 HOBBS, T., *Leviatán*. 1651. Madrid: Alianza Editorial. 1999. cap. 11, p. 94 a 196.

En la actualidad se formularon algunas teorías que rescatan el debate filosófico sobre el delincuente por tendencia, el incorregible o el delincuente por convicción como enemigo de la sociedad, que fundamentalmente han sido desarrolladas en Alemania por autores como JAKOBS en su célebre teoría del derecho penal del enemigo (*Feindschaft*)¹⁵ formulada a finales de los años 90 y que poco a poco ha ido perdiendo intensidad por las constantes objeciones doctrinarias¹⁶ que se han ido formulando contra sus argumentos centrales que podemos resumir en que se puede someter a la criminalidad terrorista a un derecho penal distinto del que se aplica a los demás delincuentes, es decir, tratando a los terroristas (delincuentes por convicción) como enemigos y como no-personas, frente a los infractores que se mantienen dentro del rol de ciudadanos (personas), a quienes, si delinquen, se les aplica el derecho penal común.¹⁷

Los ejemplos del uso de estas técnicas legislativas en el mundo son múltiples y todos ellos han recibido las críticas unánimes de la comunidad científica en el ámbito jurídico, como la norteamericana *Patriot Act 2001* que se promulgó como respuesta a los atentados del 11 de septiembre en el *World Trade Center*,¹⁸ las respuestas bélicas frente a los atentados terroristas, las leyes de supresión de garantías procesales para la investigación y enjuiciamiento de terroristas¹⁹, las intensificaciones punitivas mediante penas de extrema dureza para delitos de terrorismo, la creación de figuras de adoctrinamiento, colaboración o pertenencia a organizaciones terroristas, apología y enaltecimiento del terrorismo²⁰, etc., en multitud de países como España.²¹ En Paraguay la reforma de la ley de defensa nacional a través de la ley 5.036/2013 y el Decreto 103/2013, disposiciones por las que se posibilitó la intervención de las fuerzas armadas para combatir al EPP, enviando directamente al ejército a los departamentos de Concepción, San Pedro y Amambay, sin necesidad de declarar formalmente estado de excepción y al margen de las garantías del proceso, pero de este aspecto ya me ocupé en otro lugar al que me remito íntegramente.²²

Como se ha visto, la concepción originaria del sacrificio de un miembro del grupo como un tumor canceroso para salvar al resto de la sociedad, no se

15 JAKOBS, G., «Derecho penal de ciudadano y Derecho penal del enemigo». En JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*. 2ª Ed. Madrid: Thomson Civitas. 2006, p. 24 y ss.

16 Vid., por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas. Lección inaugural del curso 2005/2006*. Castellón: Universitat Jaume I. 2005, pp. 34 y 35; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., «Algunos apuntes sobre el carácter retórico de la crítica al Derecho penal del enemigo». En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, núm. 11, 2007, pp. 763 a 773; MUÑOZ CONDE, F., «De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"». En PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed.), *Vniversitas vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Universidad de Salamanca. 2007, pp. 522 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «¿Qué les corten la cabeza?». En *Revista Claves de la Razón Práctica*, nº 145, 2004, pp. 34 a 41, entre muchos otros.

17 JAKOBS, G., «¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad». En CANCIO MELIÁ, M. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. 2. Madrid: Edisofer. 2006, pp. 101 a 116; JAKOBS, G., «¿Terroristas como personas en Derecho?». En CANCIO MELIÁ, M., / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2. Madrid: Edisofer, 2006, pp. 77 a 92.

18 VERVAELE, J.A.E., «La legislación antiterrorista en Estados Unidos: ¿Un derecho penal del enemigo?». En GARCÍA RIVAS, N. / RODRÍGUEZ YAGÜE, C. / PÉREZ CEPEDA, I. / DEMETRIO CRESPO, E. / VERVAELE, J.A.E. / ACALE SÁNCHEZ, M., / Portero Henares, M. / QUINTERO OLIVARES, G. / VIGANÓ, F., *El Derecho penal frente a la inseguridad*. Albacete: Bomarzo, 2007, pp. 214 a 216.

19 Vid. PÉREZ CEBADERA, M.A., «Las medidas antiterroristas de Estados Unidos». En SERRANO PIEDECASAS, J.R. / DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*. Madrid: Iustel, 2010, pp. 488 a 499.

20 CUERDA ARNAU, M.L., «El derecho penal ante el proceso de paz». En GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.) / HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A. (Coord.), *Fuerzas Armadas y seguridad pública. Consideraciones en torno al terrorismo y la inmigración*. Castellón: Universitat Jaume I, 2007, pp. 129 y 130; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Apología del terrorismo». En DE TOLEDO Y UBIETO, F., / GURDIEL SIERRA, M. / CORTÉS BECHIARELLI, E., (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 553 a 581; CUERDA ARNAU, M.L., «El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión». En *Estudios de Derecho judicial*, 128. *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 2007, pp. 105 a 121.

21 Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «La regulación del terrorismo en el código penal español». En PÉREZ ÁLVAREZ, F., (ed.), *Vniversitas vitae*, Universidad de Salamanca, 2007, pp. 359 a 371; CANCIO MELIÁ, M., «Delitos de terrorismo». En ÁLVAREZ GARCÍA J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.

basaba en sacrificar al inocente sino al criminal. Aun así, con el tiempo esas teorías han dejado de tener validez porque el sistema represor estatal gravita sobre los principios constitucionales y sobre los derechos fundamentales que actúan como límites al ejercicio del poder punitivo estatal, pues como ha venido poniendo de manifiesto la doctrina penalista, «el derecho penal como límite al poder penal estatal ha generado un conjunto de principios para el sistema penal en su conjunto, esto es, derecho penal sustancial, procesal, de ejecución y referente a las Fuerzas de Seguridad, cuya observancia permite convertir la inseguridad del poder penal estatal en seguridad para el ciudadano. En otras palabras, seguridad, a diferencia de lo que se quiere a veces hacer creer, no surge desde el ejercicio del poder penal estatal, sino desde los límites a dicho ejercicio, desde el derecho penal entendido como un conjunto de principios limitadores tanto formales como materiales que rigen todo el sistema penal».²³

Por tanto, la conclusión no puede ser más simple: el exterminio de los criminales y el sacrificio de miembros inocentes del grupo no son, ni de lejos, actuaciones estatales permitidas en democracia ni tampoco por el derecho penal de las sociedades civilizadas, pues como afirma GONZÁLEZ CUSSAC, la lucha contra el terrorismo no puede quedar fuera de los «límites infranqueables de un Derecho penal de un Estado de Derecho *democrático*. [...] Fuera del seno de este modelo de organización del poder, éste se va convirtiendo en absoluto y el Derecho penal es el instrumento clásico para emprender cualquier camino de involución a la barbarie y a la tiranía. Ni el terrorismo ni la simplificación de la idea de seguridad son un pretexto para escapar de nuestro sistema de derechos fundamentales. Hay que defender la democracia frente a los enemigos extremos, los terroristas, pero también frente a sus enemigos internos, el fascismo. Por todo ello, acabo diciendo que sólo el Derecho es el futuro de la Democracia».²⁴

IV. Implicaciones internacionales

De lo anterior se desprende que dichos argumentos no solo no pueden tener cabida en el ordenamiento vigente por ir en contra de todo el sistema de libertades civiles, de libertades constitucionales y de la protección de los derechos fundamentales, sino porque además supondrían, directamente, vulneraciones de derechos humanos y la perpetración de crímenes catalogados como de lesa humanidad²⁵ y contra la comunidad internacional –ni siquiera desde tiempos recientes–, pudiendo dar lugar a la intervención de la Corte Penal Internacional en Paraguay por tratarse de bienes jurídicos de protección

En LUZÓN PEÑA, D.M., *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*. Madrid: La Ley, 2010, pp. 897 a 1008.

²²Vid. BALBUENA PÉREZ, D.E., «Derechos fundamentales y organizaciones criminales: análisis crítico de la respuesta del legislador paraguayo ante la creciente amenaza del terrorismo». En *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. 2/2014. Barcelona, 2014, pp. 2 a 24.

²³BUSTOS RAMÍREZ, J., «In-seguridad y lucha contra el terrorismo». En LOSANO, M.G. / MUÑOZ CONDE, F., (Coords.), *El derecho penal ante la globalización y el terrorismo. «Cedant arma togae»*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 407.

²⁴GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas». En GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / GÓMEZ COLOMER, J.L., (coords.), *Terrorismo y Proceso penal acusatorio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 93 y 94.

universal²⁶ y de conductas prohibidas por multitud de tratados internacionales de los que es parte.

No olvidemos que el 21 de diciembre de 2000, Paraguay ratificó el Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional que entró en vigencia en 2002 y, en consecuencia, la Corte puede intervenir en el territorio nacional llevando a los responsables a responder ante su jurisdicción si se comete alguno de los crímenes tipificados en el Estatuto²⁷, siempre y cuando, en virtud del principio de complementariedad, se haya producido previamente la inactividad de las autoridades paraguayas para la persecución de dichos crímenes.²⁸ En ese sentido, el uso de bombas por parte del ejército que se cobra vidas de ciudadanos inocentes aunque sea para acabar con un grupo terrorista, es uno de los crímenes que proscribe el citado Estatuto²⁹, porque no se trata de alcanzar objetivos militares legítimos y porque los civiles inocentes que permanecen ajenos al conflicto entre el Estado y el terrorismo, no tienen el deber jurídico de soportar los excesos ni la barbarie que en no pocas ocasiones han protagonizado los aparatos de poder.

Además, conviene tener presente que esta clase de argumentos fueron precisamente los utilizados en las dictaduras militares del siglo XX, no solamente en América Latina, donde miles de personas inocentes fueron exterminadas y desaparecidas con base en argumentos similares.³⁰ Ese extraño «cheque en blanco» al presidente para combatir al EPP mediante el bombardeo programático de regiones identificadas, incorpora un crédito adicional para posibilitar el eventual sacrificio de vidas inocentes; título habilitante a fondo perdido de la instauración del miedo y susceptible de generar una deuda imprescriptible en la sociedad paraguaya que puede que ni el olvido ni el lento transcurrir del tiempo sean capaces de saldar.

Por otra parte, hay que recordar que el Protocolo de la Convención Americana de Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte fue firmado, curiosamente, en la ciudad de Asunción el 8 de junio de 1999³¹, posicionando al Paraguay frente al mundo como un símbolo inequívoco del abolicionismo de la pena capital, alejándose definitivamente del carácter

²⁵Cfr. CANO RADIL, B., *Manual de Derecho constitucional y político*. Asunción: Catena, 2003, pp. 183 a 191.

²⁶Cfr. HELLMAN MORENO, J., *Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales. Su aplicación en España*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. 2011, pp. 338 a 345; RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., «Desafiando la impunidad: un Tribunal Penal Internacional para el siglo XXI». En DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R. / SÁNCHEZ LÓPEZ, V., *Derecho penal: Implicaciones internacionales*. Madrid: Colex. 1999, pp. 107 a 123.

²⁷Vid. MONTANÍA CIBILS, C., «Marco Normativo para la efectiva implementación del Estatuto de Roma en la Rca. del Paraguay». En ROLÓN LUNA, J., *La Implementación del Estatuto de Roma en Paraguay. Aspectos legales, institucionales, participativos y Plan de Acción*. Asunción: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP/PY), 2004, pp. 15 a 67.

²⁸Vid. WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, C., «El principio de complementariedad en el Estatuto de la CPI: una primera aproximación». En *Cuadernos de Derecho Penal*, nº 4, 2015, pp. 9 a 18; GARCÍA RAMÍREZ, S., «El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma». En *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, vol. 4, 2004, pp. 149 a 188.

²⁹Vid. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: la Corte Penal Internacional». En GARCÍA ARÁN, M. / LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen Internacional y jurisdicción universal. El Caso Pinochet*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225 a 269.

³⁰Vid. GUTIÉRREZ CONTRERAS, J.C. / VILLEGAS DÍAZ, M.R., «Derechos humanos y desaparecidos en dictaduras militares». En DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R. / SÁNCHEZ LÓPEZ, V., *Derecho penal: Implicaciones internacionales*. Madrid: Colex. 1999, pp. 35 a 77.

represivo de los Estados totalitarios. Por eso, con mayor motivo debe ahora evitarse el empleo de bombas y de artillería pesada contra los terroristas, porque las únicas penas que tienen cabida en el ordenamiento son distintas a la capital y ni siquiera son válidas las penas indefinidas o perpetuas, por lo que no es tampoco posible acabar con la vida de los terroristas y mucho menos asesinar, a su vez, a ciudadanos inocentes en una suerte de *daños colaterales* de contenido deshumanizador.

V. ¿Pena de muerte a los terroristas?

La propuesta de la senadora a la que hacíamos referencia al comienzo de este trabajo, incluye, de forma clara, la legitimación del uso de la fuerza para exterminar a los del EPP, lo que en principio sería la restauración de la pena capital. Empezando por la cuestión más simple, las penas que resultan de las transgresiones a las leyes penales solamente pueden ser impuestas por el Estado, por los jueces y tribunales, y por medio del proceso, triple requisito que conforma lo que la doctrina denomina «los tres monopolios de aplicación de derecho penal»³², por lo que esta forma de imponer penas –que son capitales– a través de bombardeos, iría en contra del monopolio procesal y del monopolio judicial, que en Paraguay rigen el funcionamiento jurisdiccional para la adecuada aplicación del derecho penal democrático, por lo que, al menos jurídicamente, esta estrategia de combate al EPP sería –como mínimo– inconcebible, porque implicaría castigar al terrorista aplicando penas sin sentencia y sin pasar por las solemnidades del proceso.³³ Forma de castigar que, por lo demás, es arbitraria e ilegítima y, por tanto, inaplicable.

Por otra parte, se torna necesario recordar que la pena capital es la más grave de las sanciones penales que puede imponer el Estado como reacción ante la lesión a ciertos bienes jurídicos que tutela penalmente.³⁴ Es una pena que estuvo vigente en Paraguay hasta finales del siglo XX, pues el Código penal de 1910 (modificado en 1914), contemplaba la pena de muerte en sus artículos 62 a 35, y se aplicó por última vez en 1917, en el caso de Gastón Gadín y Cipriano León, condenados por haber cometido un parricidio en Villa Morra en 1915.³⁶ Estamos, pues, a punto de cumplir un siglo desde que el derecho penal propiamente, utilizó este mecanismo sancionador para impartir justicia en Paraguay. En estos cien años, la sociedad no solo se ha transformado de forma

31 ALTAMIRANO, J.V., (Dir.) / GIANI DI ESCAVONE, R.M. / MONTAÑÍA, C., (Coords.), *Aplicación del Pacto de San José de Costa Rica por Órganos Jurisdiccionales de la República del Paraguay*. Asunción: Corte Suprema de Justicia. División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios Judiciales (CIEJ). 2005, pp. 7 y ss.

32 Vid. MONTERO AROCA, J. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1997, pp. 15 a 21; MONTERO AROCA, J., *Proceso Penal y Libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Navarra: Thomson-Civitas, 2008, pp. 25 a 36; y MONTERO AROCA, J., «Introducción». En MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J.L. / MONTÓN REDONDO, A. / BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. 18ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 11 a 14.

33 Sobre las garantías básicas del proceso penal paraguayo, vid. BOGARÍN GONZÁLEZ, J., *Manual del Derecho procesal penal*. Asunción: La Ley, 2013, pp. 5 a 35; BAREIRO PORTILLO, P., *Código Procesal Penal de la República del Paraguay comentado*. Tomo I. 2ª Ed. Luque: Grafimac, 2002, pp. 17 a 38.

34 CÁRDENAS IBARROLA, T.D., «La pena de muerte». En *Revista Jurídica de la Universidad del Norte*, n° 3. Asunción: Universidad del Norte, 2005, pp. 170 y ss; EDELMIRO PORTO, J., *La pena de muerte*. Buenos Aires: Sociedad Bibliográfica Argentina. 1943, pp. 12 a 77.

35 GONZÁLEZ, T., *Lecciones de Derecho Penal Comentado*. Tomo I. 3ª Ed. Asunción: Cerro Cora. 1982, pp. 250 y 251.

significativa, sino que su marco constitucional, sus instituciones, sus figuras jurídicas, su entramado de normas, su sistema procesal penal, su derecho penal y la protección de los derechos fundamentales, han tomado otros derroteros que se apartan sensiblemente de aquella concepción totalitaria en la que las penas se imponían con total severidad. Además, hay que tener presente que, como dice CUERDA ARNAU, «una sociedad transformada por medio de la pena se convierte en una insoportable tiranía».³⁷

No obstante, no conviene perder de vista que la pena de muerte quedó abolida formalmente en Paraguay en 1989, bajo la vigencia de la Constitución Nacional de 1967, mediante la primera ley de la postdictadura (Ley 1/1989, de 8 de agosto, que aprueba y el Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969)³⁸; y la Constitución Nacional de 1992, la erradicó definitivamente del ordenamiento al haber proclamado en su lugar el derecho fundamental a la vida³⁹ y, a su vez en su artículo 4, la abolición de la pena de muerte⁴⁰, al disponer que «el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos». Unos años más tarde, se aprobó la Ley 1.557/2000, «que aprueba el Protocolo de la Convención Americana de Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte», Protocolo que, como ya se ha dicho, fue precisamente adoptado en la ciudad de Asunción el 8 de junio de 1999.

V. Conclusiones

La doctrina científica se ha venido refiriendo a este tipo de propuestas de incremento de la represión penal ante determinados hechos que sensibilizan a la población, como populismo punitivo, oportunismo político y derecho penal del enemigo, que se basa en la proclamación, de forma recurrente, de las antiguas teorías de la venganza punitiva –descargadas sobre determinadas categorías de delincuentes que cometen infracciones especialmente repugnantes– para obtener la simpatía de los grupos sociales afectados o de quienes resultan más sensibles a esta clase de infracciones. Los ejemplos en el derecho comparado, se cuentan por centenares.⁴¹

Afortunadamente para los sistemas democráticos, el derecho penal no lo hacen las víctimas, ni es legítimo utilizar su dolor para recortar libertades y suprimir derechos fundamentales. El sistema penal encuentra su legitimidad en el Estado de derecho, no en el sensacionalismo de la prensa ni en la venganza privada como mecanismo de administrar justicia.

³⁶GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. / FERNÁNDEZ CELAURO, A., *El caso Gastón Gadin*. Asunción: Intercontinental. 2011, pp. 14 y ss.

³⁷CUERDA ARNAU, M.L., «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal». *Estudios en Memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Vol. I. Valencia: Universidad de Valencia. Instituto de Criminología. 1997, p. 449.

³⁸ALTAMIRANO, J.V., (Dir.) / GIANI DI ESCAVONE, R.M. / MONTANÍA, C., (Coords.), *Aplicación del Pacto de San José de Costa...*, cit. pp. 7 y ss.

³⁹CAMACHO, E., *Lecciones de Derecho constitucional*. Tomo I. Asunción: Intercontinental. 2007, pp. 120 a 122.

⁴⁰RAMÍREZ CANDIA, M.D., *Derecho constitucional paraguayo*. Tomo I. 2ª Ed. Asunción: Litocolor. 2005, p. 274.

⁴¹*Vid.* BALBUENA PÉREZ, D.E., «Tendencias de la legislación penal actual y Derecho penal del enemigo». En *Fórum de Recerca*, núm. 15. Castellón: Universitat Jaume I. 2010, pp. 79 a 92.

Nadie duda de que los actos de terrorismo son crímenes atroces que conviene castigar y erradicar de la sociedad, pero no a costa del sacrificio de las más elementales conquistas de las sociedades civilizadas y democráticas. Paraguay superó felizmente aquella forma de entender el derecho penal como mecanismo de coacción psicológica que pretendía atemorizar a la población mediante la aplicación cruel y despiadada de penas draconianas en su máxima expresión. Recuperar todo eso y renunciar al avance del conocimiento jurídico, justamente cuando el Paraguay goza de la presencia de grandes corrientes doctrinarias y jurisprudencia consolidada que viene proclamando –a ultranza– la existencia de una serie de garantías individuales que actúan como mecanismos de fijación de límites frente a los excesos del poder, es cuando –incomprensiblemente– se hacen las propuestas más atrevidas hacia la dirección opuesta y hacia la instauración del contrasentido.

La evolución de los tiempos ha convertido al Paraguay en un país avanzado a nivel normativo en la protección de derechos fundamentales y en la lucha contra los crímenes graves, que son, en esencia, los de lesa humanidad, los de guerra y, en definitiva, los crímenes contra la comunidad internacional. Por ese motivo, la sola proliferación de una de estas propuestas punitivas, posibilitaría la volatilización de todo lo conseguido hasta el momento y la desaparición de ese *espejismo* al que llamamos libertad, que sería irremediablemente sustituido por el fantasma del *Terreur* (del incorruptible ROBESPIERRE, 1793 y 1794), que, lejos de seguir siendo una forma de criminalidad a la que combatir con el proceso, sería en una muestra más de la fragilidad de nuestros derechos.

Ahora solo nos resta preguntarnos si esa transformación es lo que realmente necesita el Paraguay para alcanzar la convivencia pacífica en democracia, para mantener el orden constitucional establecido y para posibilitar que la sociedad quede verdaderamente protegida. Un paso en falso podría provocar –sin ningún género de dudas– un deterioro importante de todo lo conseguido gracias a la voluntad democrática de una sociedad que aparece, cada vez más, necesitada de propuestas coherentes con los avances producidos y no de retrocesos que podrían provocar daños irreparables en el valor de la justicia.

VII. Bibliografía

ALTAMIRANO, J.V., (Dir.) / GIANI DI ESCAVONE, R.M. / MONTANÍA, C.,

- (Coords.), *Aplicación del Pacto de San José de Costa Rica por Órganos Jurisdiccionales de la República del Paraguay*. Asunción: Corte Suprema de Justicia. División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios Judiciales (CIEJ). 2005
- BALBUENA PÉREZ, D.E., «Tendencias de la legislación penal actual y Derecho penal del enemigo». En *Fórum de Recerca*, núm. 15. Castellón: Universitat Jaume I. 2010
- BALBUENA PÉREZ, D.E., *Las consecuencias jurídicas del hecho punible en el ordenamiento jurídico paraguayo*. Asunción: Marben, 2013.
- BALBUENA PÉREZ, D.E., «Derechos fundamentales y organizaciones criminales: análisis crítico de la respuesta del legislador paraguayo ante la creciente amenaza del terrorismo». En *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. 2/2014. Barcelona, 2014
- BALLESTEROS MARTÍN, M.A., «¿Guerra contra los terroristas?». En GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.) / HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A. (Coord.), *Fuerzas Armadas y seguridad pública. Consideraciones en torno al terrorismo y la inmigración*. Castellón: Universitat Jaume I, 2007.
- BAREIRO PORTILLO, P., *Código Procesal Penal de la República del Paraguay comentado*. Tomo I. 2ª Ed. Luque: Grafimac, 2002.
- BOGARÍN GONZÁLEZ, J., *Manual del Derecho procesal penal*. Asunción: La Ley, 2013.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., «In-seguridad y lucha contra el terrorismo». En LOSANO, M.G. / MUÑOZ CONDE, F., (Coords.), *El derecho penal ante la globalización y el terrorismo. «Cedant arma togae»*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- CAMACHO, E., *Lecciones de Derecho constitucional*. Tomo I. Asunción: Intercontinental. 2007.
- CANCIO MELIÁ, M., «Delitos de terrorismo». En ÁLVAREZ GARCÍA J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- CANCIO MELIÁ, M., «El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código penal español». En LUZÓN PEÑA, D.M., *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*. Madrid: La Ley, 2010.
- CANO RADIL, B., *Manual de Derecho constitucional y político*. Asunción: Catena, 2003.
- CÁRDENAS IBARROLA, T.D., «La pena de muerte». En *Revista Jurídica de la Universidad del Norte*, nº 3. Asunción: Universidad del Norte, 2005.
- CASAÑAS LEVI, J.F., *Manual de Derecho penal. Parte General*. 6ª ed. Asunción: La Ley Paraguaya, 2012.
- CUERDA ARNAU, M.L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia e interior. 1995.
- CUERDA ARNAU, M.L., «Aproximación al principio de proporcionalidad en

- Derecho Penal». *Estudios en Memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Vol. I. Valencia: Universidad de Valencia. Instituto de Criminología. 1997.
- CUERDA ARNAU, M.L., «El derecho penal ante el proceso de paz». En GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.) / HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A. (Coord.), *Fuerzas Armadas y seguridad pública. Consideraciones en torno al terrorismo y la inmigración*. Castellón: Universitat Jaume I, 2007.
- CUERDA ARNAU, M.L., «El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión». En *Estudios de Derecho judicial*, 128. *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 2007.
- EDELMIRO PORTO, J., *La pena de muerte*. Buenos Aires: Sociedad Bibliográfica Argentina. 1943.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: la Corte Penal Internacional». En GARCÍA ARÁN, M. / LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen Internacional y jurisdicción universal. El Caso Pinochet*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000
- GARCÍA RAMÍREZ, S., «El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma». En *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, vol. 4, 2004.
- GONZÁLEZ, T., *Lecciones de Derecho Penal Comentado*. Tomo I. 3ª Ed. Asunción: Cerro Cora. 1982.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas. Lección inaugural del curso 2005/2006*. Castellón: Universitat Jaume I. 2005.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas». En GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / GÓMEZ COLOMER, J.L., (coords.), *Terrorismo y Proceso penal acusatorio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. / FERNÁNDEZ CELAURO, A., *El caso Gastón Gadín*. Asunción: Intercontinental. 2011.
- GONZÁLEZ VALDEZ, V., en CASAÑAS LEVI, J.F. / CENTURIÓN ORTIZ, R.F. / BOGARÍN GONZÁLEZ, J.E. / GONZÁLEZ VALDEZ, V. / MARTÍNEZ IRIGOITIA, M.P., *Código penal de la República del Paraguay. Comentado. Libro Primero. Parte General*. Tomo I. Asunción: La Ley Paraguaya. 2011.
- GUISASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- GUTIÉRREZ CONTRERAS, J.C. / VILLEGAS DÍAZ. M.R., «Derechos humanos y desaparecidos en dictaduras militares». En DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R. / SÁNCHEZ LÓPEZ, V., *Derecho penal: Implicaciones internacionales*. Madrid: Colex. 1999.
- HELLMAN MORENO, J., *Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales. Su aplicación en España*. Tesis doctoral. Universidad

- Autónoma de Madrid. 2011
- HOBBS, T., *Leviatán*. 1651. Madrid: Alianza Editorial. 1999.
- JAKOBS, G., «¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad». En CANCIO MELIÁ, M. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. 2. Madrid: Edisofer. 2006.
- JAKOBS, G., «¿Terroristas como personas en Derecho?» en CANCIO MELIÁ, M. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2. Madrid: Edisofer, 2006.
- JAKOBS, G., «Derecho penal de ciudadano y Derecho penal del enemigo». En JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*. 2ª Ed. Madrid: Thomson Civitas. 2006.
- JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª ed., traducida por José Luis Manzanares Samaniego, Granada: Comares, 1993, pp. 739 y ss.
- KANT, I., *Sobre la paz perpetua*. 1795. Madrid: Tecnos 1996.
- LAMARCA PÉREZ, C., «La regulación del terrorismo en el código penal español». En PÉREZ ÁLVAREZ, F., (ed.), *Vniversitas vitae*, Universidad de Salamanca, 2007.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «¿Qué les corten la cabeza?». En *Revista Claves de la Razón Práctica*, nº 145, 2004.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Apología del terrorismo». En DE TOLEDO Y UBIETO, F., / GURDIEL SIERRA, M. / CORTÉS BECHIARELLI, E., (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- MONTANÍA CIBILS, C., «Marco Normativo para la efectiva implementación del Estatuto de Roma en la Rca. del Paraguay». En ROLÓN LUNA, J., *La Implementación del Estatuto de Roma en Paraguay. Aspectos legales, institucionales, participativos y Plan de Acción*. Asunción: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP/PY), 2004.
- MONTERO AROCA, J. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1997.
- MONTERO AROCA, J., *Proceso Penal y Libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Navarra: Thomson-Civitas, 2008.
- MONTERO AROCA, J., «Introducción». En MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J.L. / MONTÓN REDONDO, A. / BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. 18ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- MORA RODAS, N. *Código Penal paraguayo comentado*. 4ª ed. Asunción: Intercontinental, 2009.
- MUÑOZ CONDE, F., «De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”». En PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed.), *Vniversitas vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Universidad de Salamanca. 2007.
- PÉREZ CEBADERA, M.A., «Las medidas antiterroristas de Estados Unidos».

- En SERRANO PIEDECASAS, J.R. / DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*. Madrid: Iustel, 2010.
- PLATÓN, *Protágoras*, 322d. Traducción de J. Velarde. Oviedo: Pentalfa ediciones. 1980; PLATÓN, «Las leyes. Libro quinto». En PLATÓN, *Obras completas*. Traducción de Patricio de Azcárate. Tomo 9. Madrid: Medina y Navarro. 1872,
- RAMÍREZ CANDIA, M.D., *Derecho constitucional paraguayo*. Tomo I. 2ª Ed. Asunción: Litocolor. 2005.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A., «Algunos apuntes sobre el carácter retórico de la crítica al Derecho penal del enemigo». En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, núm. 11, 2007.
- RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., «Desafiando la impunidad: un Tribunal Penal Internacional para el siglo XXI». En DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R. / SÁNCHEZ LÓPEZ, V., *Derecho penal: Implicaciones internacionales*. Madrid: Colex. 1999
- ROLÓN FERNÁNDEZ, E. / RODRÍGUEZ KENNEDY, O., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. 3ª. Ed. Asunción: AGR. 2012.
- ROUSSEAU, J.J., *El contrato social*. 1762. Madrid: Sarpe. 1983.
- SCHÖNE, W., *Contribuciones al orden jurídico-penal paraguayo*. Asunción: Intercontinental, 2000.
- VERVAELE, J.A.E., «La legislación antiterrorista en Estados Unidos: ¿Un derecho penal del enemigo?». En GARCÍA RIVAS, N. / RODRÍGUEZ YAGÜE, C. / PÉREZ CEPEDA, I. / DEMETRIO CRESPO, E. / VERVAELE, J.A.E. / ACALE SÁNCHEZ, M., / Portero Henares, M. / QUINTERO OLIVARES, G. / VIGANÓ, F., *El Derecho penal frente a la inseguridad*. Albacete: Bomarzo, 2007
- WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, C., «El principio de complementariedad en el Estatuto de la CPI: una primera aproximación». En *Cuadernos de Derecho Penal*, nº 4, 2015.
- ZACHARIAS, S., «La medida de custodia de seguridad a posteriori. ¿Pena o medida de seguridad?». En DÍAZ CORTÉS, L.M., (coord.), *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales. Memorias del II Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias penales*. Universidad de Salamanca, 2012.

EXPERIENCIAS COTIDIANAS DE ACOSO CALLEJERO EN MUJERES DOMICILIADAS EN CIUDAD DEL ESTE, PARAGUAY

Elvira Noemi Barreto Uronicz1

RESUMEN

El acoso callejero es entendido como una forma de violencia invisible hacia la mujer que se da en los espacios públicos. Dichas prácticas diarias se constituyen en una materia pendiente de estudio en el Paraguay. En este contexto se plantea el siguiente problema de investigación: ¿Cuáles son las experiencias cotidianas de acoso callejero sufridas por mujeres domiciliadas en Ciudad del Este, Paraguay en el año 2015?. El presente trabajo analizó las vivencias diarias de acoso callejero sufridas por las mujeres domiciliadas en Ciudad del Este, departamento del Alto Paraná, Paraguay durante los meses de febrero a abril del año 2015. Para ello se tomó una población de mujeres de diversas edades, clases sociales, ocupaciones y niveles educativos, domiciliadas en Ciudad del Este, con acceso a internet y una cuenta en la red social Facebook. Se realizó una investigación online por medio de un cuestionario de preguntas cerradas dicotómicas elaborado a través de Google Drive y puesto a disposición en la plataforma social Facebook. El diseño de la investigación es no experimental con enfoque cuantitativo utilizando herramientas estadísticas representadas en gráficos. Los resultados arrojados por la presente investigación demostraron que la forma de acoso más frecuente sufrida por las encuestadas consiste en miradas lascivas; los sentimientos que estos hechos generan en las encuestadas se traducen mayormente en asco; las reacciones de las mismas consisten en ignorar al agresor y la frecuencia con que se dan estos hechos es de un par de veces al mes. Se evidencia además la falta de denuncias ante las autoridades sobre este hecho por parte de las víctimas. El trabajo permitió evidenciar la magnitud de estas prácticas y a la vez su invisibilización por no existir mayores datos o registros sobre este hecho. Finalmente se presentaron algunas propuestas desde la investigación como ser campañas de concienciación y espacios de debates para abordar el tema, así también como la

1 Abogada, Egresada de la Universidad Nacional del Este; Profesora de Introducción a las Ciencias Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales de la Universidad Privada del Este; Docente dedicada a la investigación científica; Contacto: noemi-barreto@hotmail.com

promulgación de leyes de protección integral de las mujeres.

Palabras claves: Mujer, acoso callejero, Ciudad del Este, violencia de género.
Barreto Uronicz, E.N: Autora

1. INTRODUCCIÓN

“Circular por el centro muchas veces es imposible, no hay respeto hacia nuestro género ni si estas embarazada. Es triste”. (Anónimo, encuesta vía Facebook, 2015).

“Los hombres piensan que es gracioso. Es injusto que las mujeres no podamos caminar tranquilas en las calles. HAGAMOS DEL RESPETO A LA MUJER UNA COSTUMBRE. (Anónimo, encuesta vía Facebook, 2015).

“El acoso callejero es la cosa más asquerosa que podemos pasar las mujeres, vivo eso todos los días en el centro de Ciudad del Este. Es molesto, verdaderamente muy molesto”. (Anónimo, encuesta vía Facebook, 2015).

“Es imposible recorrer el micro centro de Ciudad del Este sin ser acosada. Ya parece ser una costumbre. Para ir a hacer compras al centro tengo que pensar dos veces que ropa usar para no llamar la atención”. (Anónimo, encuesta vía Facebook, 2015).

Las relaciones de género en el ámbito laboral o familiar se caracterizan por ser objeto de estudios e investigaciones frecuentes. Actualmente existe gran cantidad de información al respecto. Sin embargo, lo mismo no ocurre con las relaciones de género en el espacio público (Vallejo, 2013).

A pesar de algunos importantes avances en materia de género en el país, no puede negarse que el acoso callejero es una realidad diaria en la vida de muchas mujeres y que se trata de un tema muy poco estudiado. Por tal motivo, la presente investigación plantea analizar las distintas experiencias vividas por las víctimas del acoso callejero con domicilio en Ciudad del Este, Paraguay durante los meses de febrero a abril del año 2015, para de esta forma comprender mejor el fenómeno y plantear posibles soluciones a esta problemática que constituye un tema pendiente en la agenda política del gobierno.

Atendiendo al contexto se plantean algunas interrogantes como:

- § ¿Cuáles son las edades y ocupaciones de las mujeres víctimas de acoso callejero?
- § ¿Cuáles son las formas de acoso callejero más frecuentes?

- § ¿Cuáles son los sentimientos que genera en las mujeres un hecho de acoso callejero?
- § ¿Cuáles son las reacciones de las mujeres ante un hecho de acoso callejero?
- § ¿Las víctimas de acoso callejero denuncian estos hechos antes las autoridades competentes?
- § ¿Con que frecuencia ocurren estas prácticas?

2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1 OBJETIVO GENERAL

Analizar las experiencias cotidianas de acoso callejero sufridas por las mujeres domiciliadas en Ciudad del Este, departamento del Alto Paraná, Paraguay en el año 2105.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Caracterizar a las víctimas de acoso callejero.
- Determinar las formas de acoso callejero más recurrentes.
- Identificar los sentimientos generados en la mujer por un hecho de acoso callejero.
- Examinar las reacciones de las mujeres ante un hecho de acoso callejero.
- Estimar la frecuencia con que se dan estas prácticas.
- Averiguar la existencia de denuncias sobre un hecho de acoso callejero por parte de las víctimas.

3. FUNDAMENTACIÓN

El acoso callejero es considerado también como un tipo de violencia de género y se constituye en un hecho ignorado por las instituciones del Estado e incluso por las propias mujeres, lo que conlleva a que las cifras y datos estadísticos en el Paraguay y sobre todo en la región del Alto Paraná referente al número de mujeres que han sido víctimas de este hecho sean prácticamente inexistentes. “Las estadísticas en Paraguay a este respecto, por la misma manera en la que está planteada la ley, están muy restringidas. El Ministerio Público registra denuncias hechas en dependencias en todo el país, ciñéndose a lo que establece el Código Penal. De esta manera, contabiliza “Hechos punibles cometidos con mayor frecuencia contra la Mujer”, a partir de denuncias recibidas a nivel país”. (Rojas, A. 24 de enero 2014. Acoso callejero, materia pendiente. Diario ABC Color. Recuperado el 20 de febrero de 2015 de <http://www.abc.com.py/especiales/fin-de-semana/piropo-acoso-encubierto-1206250.html>. Corsi (2005, pág. 4) sostiene que la falta de inscripciones

materiales que hagan visible a la violencia contra la mujer y la falta de herramientas o instrumentos necesarios para percibirlos contribuye a la invisibilización de estas prácticas y al mismo tiempo dificulta en gran medida su estudio. Por otra parte, la falta de informes o registros y la deficiencia en la metodología conllevan a la compilación de datos erróneos y poco confiables, proporcionando a su vez información engañosa que puede conducir a la aplicación de políticas inadecuadas (Basu, Jaising, Collective, 2005). Por tal motivo, el presente trabajo pretende suplir de alguna forma la falta de investigaciones y estadísticas sobre el tema en Ciudad del Este y aportar información a fin de tomar conocimiento sobre este hecho y poder adquirir un estado de conciencia respecto a la realidad que aflige a muchas mujeres. Dilucidar el fenómeno podría traducirse en un futuro no muy lejano en la aplicación de políticas de Estado tendientes a castigarlo y prevenirlo, ya que la penalización del acoso callejero se trata de una materia pendiente en el Paraguay.

4. MARCO TEÓRICO

LA VIOLENCIA HACIA LA MUJER

El fenómeno “violencia hacia la mujer” está definido y decretado desde el 20 de diciembre de 1993 por la Organización de Naciones Unidas (ONU). Esto significa que antes de 1993, aunque se supiera que existía, el fenómeno no había sido reconocido. Fue en esa fecha cuando un documento titulado “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”, definió qué constituye esta práctica: “Se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada” (ONU, 1993, p. 4). La citada declaración cuenta con seis artículos en los que hace mención, en primer lugar, a la definición de este tipo de violencia. Menciona además los casos que comprende, aclarando que la violencia hacia la mujer en ningún caso está limitada al ámbito familiar o sexual o vinculada solamente a los actos del Estado. Otro hito en la historia de la lucha contra la violencia hacia la mujer tuvo lugar en fecha 5 de marzo de 1995 cuando entró en vigor la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: Convención de Belem Do Pará. Esta convención, un poco más extensa que la postulada por la ONU, fue formulada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 9 de junio 1994 en Belem Do Pará (Santamaría, 2013). Se menciona y afirma en el preámbulo que “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita

total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades” (Convención Belem do Para, 1995, pág.1). En el mes de septiembre del mismo año, se llevó a cabo la IV Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre las mujeres que se celebró en Beijing, China. La Plataforma de Acción de Beijing aprobada por la Cumbre, promovió la recopilación de datos e investigación sobre la violencia contra las mujeres ante la falta de datos sobre el tema en cuestión. Así mismo, exhortó a los gobiernos a iniciar investigaciones sobre las causas y consecuencias de las distintas formas de violencia contra la mujer. También instó a los mismos a trabajar con las universidades y organizaciones de la sociedad civil para desarrollar políticas en materia de violencia contra las mujeres (Basu, Jaising, Collective, 2005). A partir de esto, cada 5 años se convocaba a un encuentro de la Conferencia Mundial sobre la Mujer con el fin de evaluar con los estados la aplicación de la plataforma de acción. En dichos encuentros los problemas que se habían discutidos eran los relativos a: igualdad, paz, desarrollo, participación y la eliminación de la discriminación por género. Sin embargo el problema del acoso callejero no había sido abordado aún de manera relevante y empezó a discutirse recién a partir del año 1995 (Santamaría, 2013).

VIOLENCIA INVISIBLE: ACOSO SEXUAL CALLEJERO

La mayor parte de los estudios describe el acoso callejero como una forma de control de los hombres sobre las mujeres. La antropóloga Micaela Di Leonardo sostiene que el acoso callejero acontece cuando uno o más hombres extraños hostigan a una o más mujeres en un lugar público, el cual no es el lugar de trabajo de la mujer. A través de palabras, miradas o gestos el hombre afirma su derecho de llamar la atención de la mujer, definiéndola como un objeto sexual y obligándola a interactuar con él (Bowman, 1993). Por su parte Tuerkheimer (1997) citado por Fileborn (2013, pág.3, 4) menciona que el acoso callejero ocurre cuando una mujer en un lugar público es molestada con palabras, ruidos o gestos provenientes de un hombre, afirmando su derecho a opinar sobre su cuerpo o otra característica de su persona, definiéndola a ella como objeto y a sí mismo como sujeto con poder sobre ella. Otros estudios consideran el acoso un problema estructural y cotidiano (Wise, 1992), otros lo ven como una discriminación laboral (Mackinnon, 1979) y otros como una extensión del poder que los hombres ejercen sobre las mujeres en la vida privada (Gutek, 1987).

Aunque muchas veces el acoso callejero es visto como una broma o un piropo inofensivo, investigaciones avalan que este tipo de violencia causan un efecto negativo en las víctimas (Fileborn, 2013). Macmillan and colleagues (2000) citado por Fileborn (2013, pág.7) vincula al acoso callejero con una serie

de resultados negativos en relación a estudiantes universitaria incluyendo: Ansiedad; Miedo; Vergüenza; Culpa; Dolor de cabeza; Trastorno del sueño; Reducción de apetito; Pérdida de peso.

De acuerdo con Stop Violence Against Women, este tipo de violencia contribuye en gran manera al proceso de naturalización de la violencia de género, percibiéndose el mismo como algo normal y corriente (Santamaría 2013). “De las 811 mujeres que tomaron la encuesta de Stop Street Harassment en el 2008, todas afirmaron que por lo menos una vez al mes asumían comportamientos que se pueden identificar como defensivos. Un 80% dijo que analizaba su entorno, 69% evitó hacer contacto visual, 37% usó ropa para voluntariamente llamar menos la atención y un 42% habló o fingió hablar por el celular. Además la encuesta reveló cuáles son los comportamientos más comunes para limitar el acceso a espacios públicos: por lo menos una vez al mes un 50% de las mujeres cambió de ruta o de acera, un 45% evitó salir de noche y un 40% evitó estar afuera sin compañía. Por último, se midió la forma como este tipo de acoso motivó a algunas mujeres a tomar decisiones importantes en su vida. Un 19% se mudó por lo menos una vez de vecindario por causa de los acosadores en la zona y un 9% cambió de trabajo al menos una vez por acosadores en su ruta diaria. El análisis de los resultados de la encuesta da a entender al grupo Stop Street Harassment que las mujeres viven en su mayoría con miedo a ser víctimas de esta violencia, si es que ya no la padecen. Dentro de sus conclusiones también se resalta la importancia de que exista algún tipo de respuesta o preocupación de la sociedad y del gobierno ante el fenómeno, para ofrecer protección y opciones a los ciudadanos que sean vulnerados” (Santamaría, 2013, pág.33).

Tuerkheimer (1997) citado por Fileborn (2013, pág.8) sintetiza el daño causado por un acto de acoso sexual diciendo que el daño a nuestra psiquis y nuestro espíritu es tan real como el daño causado a nuestro cuerpo cuando somos violadas y golpeadas.

5. METODOLOGÍA

5.1 Diseño y enfoque

El diseño del estudio es no experimental transeccional porque trata de evaluar el fenómeno sin la manipulación intencional de variables y en un espacio de tiempo determinado. El enfoque es cuantitativo porque presenta los resultados a partir de la utilización de herramientas estadísticas apoyados en gráficos para la presentación de resultados. El alcance de la investigación es exploratorio descriptivo, porque busca una aproximación al fenómeno estudiado.

5.2 Población

Mujeres residentes en Ciudad del Este, Paraguay, de diversas edades, clases sociales, ocupaciones y niveles educativos, con acceso a internet y una cuenta en la red social Facebook.

5.3 Lugar de la investigación

El área donde se llevó a cabo la presente investigación comprende el territorio de Ciudad del Este, departamento del Alto Paraná, Paraguay.

5.4 Tipo de muestreo

El muestreo es de tipo no probabilístico, intencional.

5.5 Instrumentos de recolección de datos

La recolección de datos se realizó a través del método de la encuesta. Se efectuó un sondeo online por medio de la red social Facebook, en forma anónima. Con la ayuda de la plataforma Google Drive, se elaboró un cuestionario de 8 preguntas cerradas dicotómicas destinado a recabar datos sobre las experiencias cotidianas de acoso callejero en la ciudad.

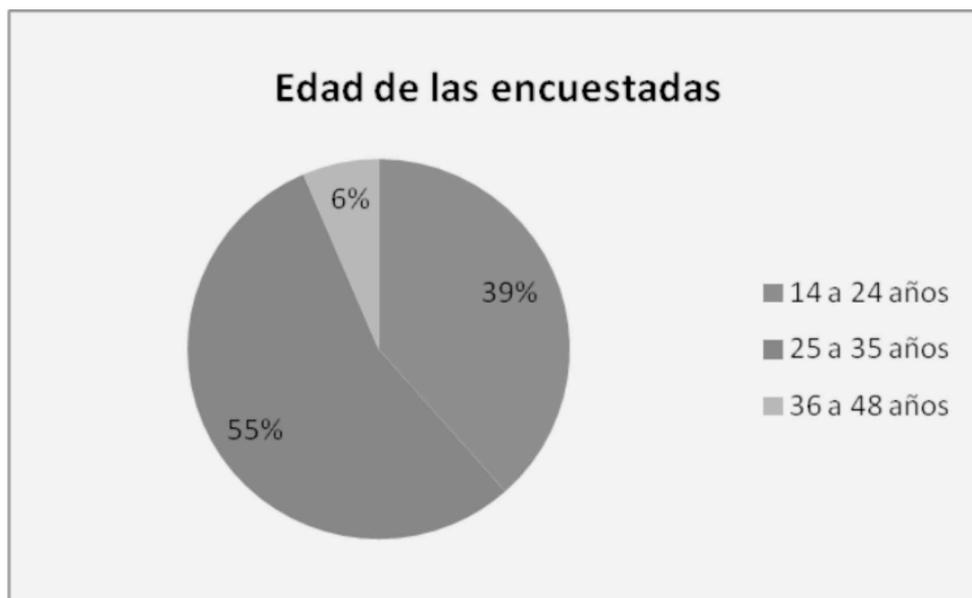
5.6 Análisis de datos

El análisis de datos se realizó a través de tabulación de frecuencia convertido en porcentaje y la presentación se desarrolló a través de gráficos.

RESULTADOS

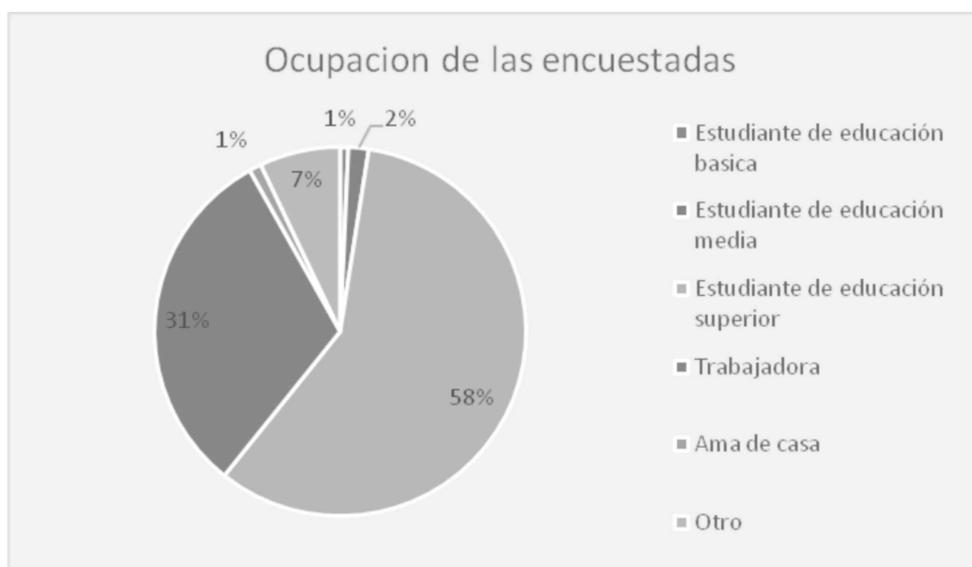
A continuación se exponen los resultados de la encuesta realizada. Fueron encuestadas 285 mujeres domiciliadas en Ciudad del Este, departamento del Alto Paraná, Paraguay.

GRÁFICO 1- Edad de las encuestadas



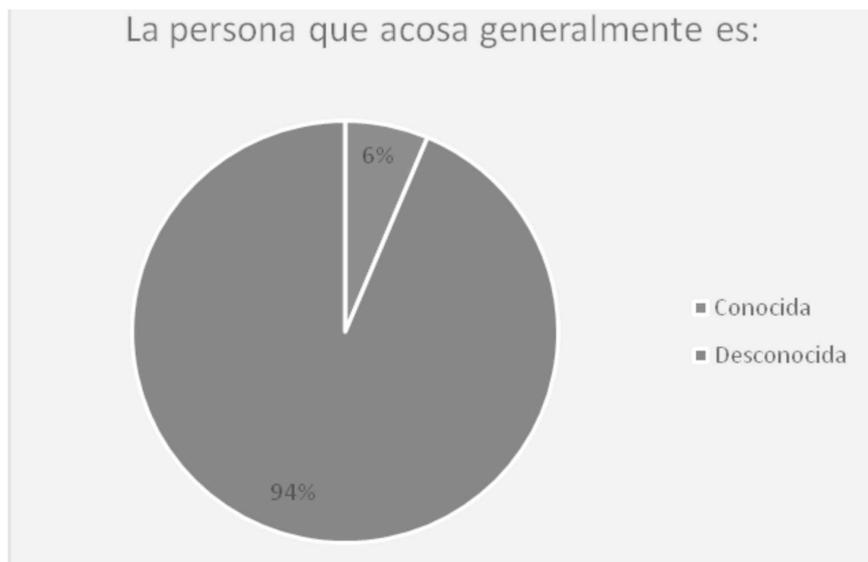
La primera pregunta del cuestionario sobre la edad de las encuestadas demuestra que la misma fluctúa entre los 14 y 48 años, con alta presencia de mujeres entre 25 y 35 años.

GRÁFICO 2- Ocupación de las encuestadas



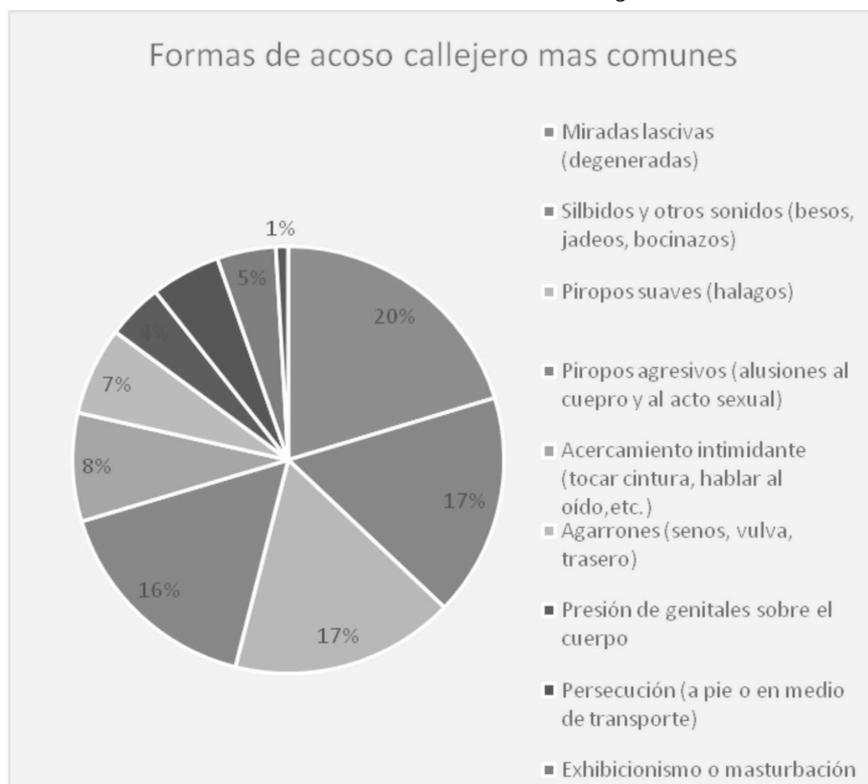
De las 285 encuestadas, el 58% de las mismas son estudiantes de educación superior y el 31% trabaja. En menor porcentaje, el 1% son estudiantes de educación básica, el 2% estudiantes de educación media y 1% ama de casa.

GRÁFICO 3 – Identificación del acosador



En la mayoría de los casos el acosador es un desconocido. La encuesta demuestra que el 94% de las mujeres encuestadas no conoce a su acosador y solo el 6% lo conoce o identifica.

GRÁFICO 4- Formas de acoso callejero más comunes



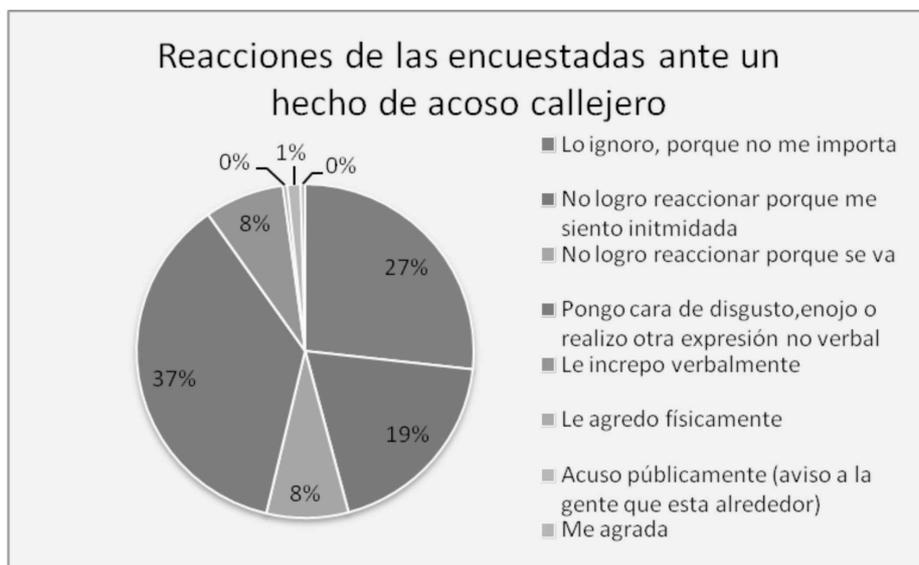
Con relación al tipo de acoso que han sufrido las encuestadas, los más recurrentes son las miradas lascivas (20%), silbidos y otros sonidos (17%) y piropos suaves (17%). Le siguen los piropos agresivos (16%), el acercamiento intimidante (8%), los agarrones de seno, vulva o trasero (4%), presión de genitales sobre el cuerpo víctima (4%), persecución (5%) y exhibicionismo o masturbación (1%).

GRÁFICO 5- Sentimientos generados por un hecho de acoso callejero

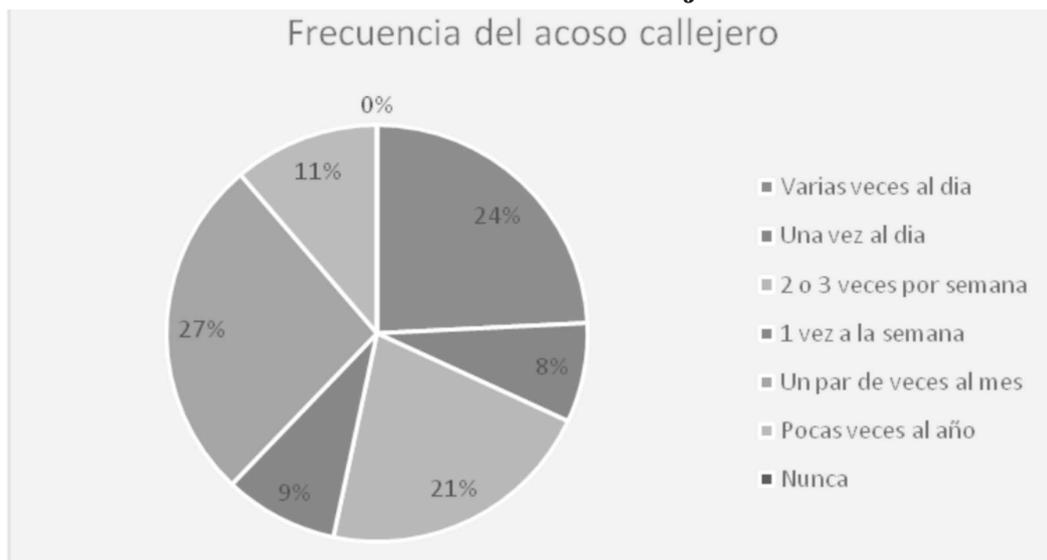


El acoso callejero tiene efectos psicológicos y en ocasiones puede provocar un trauma en las víctimas. Según las encuestadas, los principales sentimientos o emociones provocados por hechos de acoso son: asco (25%), rabia (23%), miedo (17%), inseguridad (16%), confusión (3%), culpa (1%) y otros sentimientos como impotencia o vergüenza (15%).

GRÁFICO 6- Reacciones de las encuestadas ante un hecho de acoso callejero



La tendencia es que cuando una mujer es acosada muy pocas veces responde a su acosador, sino que se queda en silencio. La encuesta lo confirma: el 37 % manifestó poner cara de disgusto al ser acosada y el 27 % lo ignora porque el hecho no le importa. El 19% no logra reaccionar porque se siente intimidada, otro 19% no logra reaccionar porque el agresor se va. El 8% acusa públicamente al agresor y a solo el 1% de las encuestadas les agrada estas prácticas que se dan en el espacio público.

GRÁFICO 7- Frecuencia del acoso callejero en las calles

Al consultar la frecuencia del acoso en las calles el 24% manifestó ser acosada varias veces al día y el 8% declaró ser acosada 1 vez al día. El 21% es acosa en las calles 2 o 3 veces por semana, el 9% una vez por semana, el 27% un par de veces al mes y el 11% pocas veces al año. Ninguna de ellas pudo manifestar nunca haber sido acosada (0%). Estos datos permiten derribar el mito de que la violencia de género es algo poco recurrente y aislada.

GRÁFICO 8- Denuncias sobre acoso callejero realizadas por las encuestadas

En el Paraguay, el acoso callejero no es considerado un delito, sino solo una falta que atenta contra la moral y las buenas costumbres de las personas. Teniendo en cuenta que en el Paraguay no contamos con una ley que sancione este tipo de violencia los hechos de acoso sexual callejero no son denunciados, lo que al mismo tiempo contribuye con su invisibilización. Esto se evidencia con la presente encuesta: el 98% de las mujeres encuestadas no realizan denuncias sobre este hecho y solo el 2% de ellas recurrieron ante los órganos competentes a fin de realizar la denuncia respectiva.

CONCLUSIÓN

El presente trabajo de investigación permitió entrever las experiencias cotidianas de acoso callejero sufridas en las mujeres, tales como sus reacciones, los sentimientos generados en las mismas, las formas más comunes de acoso callejero y su frecuencia, así como varios otros aspectos que hasta hoy eran desconocidos

Se está en presencia de una forma de violencia y desigualdad de género que afecta fundamentalmente a mujeres. El 55% de las víctimas de acoso callejero son mujeres de entre 25 y 35 años, siendo el 58% estudiantes de educación superior. El 20% manifestó que la forma más común de acoso callejero son las miradas lascivas. Estas mujeres manifestaron fervientemente su rechazo a este tipo de prácticas, pues la encuesta arrojó como resultado que al 0% de las encuestadas les agrada este hecho. En cuanto a las reacciones de las mismas ante estas prácticas, el 37% manifestó poner cara de disgusto o enojo o realizar otra expresión no verbal. Si bien algunos sectores de la sociedad paraguaya consideran a actos de acoso callejero (específicamente los piropos halagadores) como parte de la idiosincrasia y cultura es importante comprender que el contexto y consentimiento de parte de la persona son fundamentales.

Así mismo, se pudo evidenciar que el 94% de los acosadores son personas desconocidas. Muchos comentarios de parte de desconocidos en su mayoría, al no ser deseados son percibidos como violentos o transgresores, motivo por el cual es importante desmitificar el placer o respaldo que se le entrega a estos actos.

El acoso callejero se trata de una práctica social frecuente. El 27% de las encuestadas manifestó ser víctima de este hecho un par de veces al mes. Que dichas prácticas no hayan sido manifiestas como problemática hasta hoy, no quiere decir que no sea un tema necesario de abordar. El acoso callejero es una forma de violencia que permanece en silencio, debido a la inexistencia de un espacio que permita hablar del tema y la falta de registro claro de este tipo de actos lo que facilita su invisibilización, pues según la encuesta solo el 2% de las víctimas realizaron sus respectivas denuncias ante las autoridades competentes. Este hecho encuentra su justificación en la falta de una legislación específica que sancione este tipo de violencia contra las mujeres. Ni en la Fiscalía, ni en los Juzgados penales existen denuncias sobre hechos de acoso callejero por no encontrarse tipificado. Es por ello que las pocas denuncias que se realizan son encuadradas muchas veces dentro de otros tipos penales, como por ejemplo el de coacción (Art. 120 del Código Penal Paraguayo), como en el caso del acosador de la conocida modelo y actriz paraguaya Fiorella Migliore, imputado por este hecho por haberla manoseado en la vía pública.

UTILIDAD Y/O IMPACTO POSIBLE Y/O RELEVANCIA

El presente trabajo permitió demostrar las distintas vivencias de acoso callejero sufridas por las mujeres domiciliadas en Ciudad del Este, Paraguay y la magnitud de prácticas hasta hoy invisibilizadas en lo público.

Teniendo en cuenta esta problemática y buscando un aporte para paliar dicha situación se hace fundamental contar con una ley que permita enfocar el fenómeno como una forma de violencia de género. Recientemente la Cámara de Diputados aprobó de forma general el proyecto de ley de protección integral de las mujeres contra toda forma de violencia, que prevé sanciones para los hechos de acoso callejero, por lo que es necesaria la presión social de toda la ciudadanía para lograr su posterior promulgación. Sin embargo, dicha ley no debería limitarse a sancionar estas prácticas, pues aun cuando sería un aporte en el corto plazo, podría ser insuficiente para erradicar un fenómeno que ha sido históricamente visto como “normal”, que aparece fuertemente arraigado en la cultura y en la forma de vivir. Es por ello que es necesario pensar en un enfoque educativo de largo alcance, para dar paso a los cambios que esta sociedad pide y necesita.

Así mismo, crear espacios de debates donde estos temas puedan ser abordados también es muy importante y necesario. Las campañas de sensibilización y prevención tanto en escuelas, colegios, universidades, de forma presencial o por redes sociales constituyen una herramienta importante para empezar a visibilizar esta problemática.

Finalmente, parece justo evidenciar que este estudio, si bien representa un aporte importante para avanzar en el conocimiento de este fenómeno, no puede por sí solo dar cuenta de todas las facetas y todos los matices que caracterizan estas prácticas, por lo que se consideran necesarias otras investigaciones dirigidas a comprender el fenómeno, con una metodología y recursos que permitan su representatividad no solo a nivel local sino que también a nivel nacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Basu, A., Jaising, I., & Collective, L. (2005). Violence against women: a statistical overview, and challenges and gaps in data collection and methodology and approaches for overcoming them. Retrieved March, 4, 2008.
- Bowman, C. G. (1993). Street harassment and the informal

- ghettoization of women. *Harvard Law Review*, 517-580.
- Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer. “Convención de Belém Do Pará”. (1994). Recuperado de: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos8.htm>
 - Corsí, J. (2005) La violencia hacia las mujeres como problema social. Análisis de las consecuencias y de los factores de riesgo. Documentación de apoyo, Fundación Mujeres.
 - Fileborn, B. (2013). Conceptual understandings and prevalence of sexual harassment and street harassment. Australian Institute of Family Studies.
 - Gutek, B. A., & Dunwoody, V. (1987): “Understanding sex in the workplace”, en *Women at Work*, vol. 2, 249-269, Beverly Hills: Sage.
 - Mackinnon, C.A. (1979): *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*. New Haven, CT: Yale University Press.
 - Organización de las Naciones Unidas. (1993). Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. PAHO (OPS). Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.
 - Rojas, A. 24 de enero 2014. Acoso callejero, materia pendiente. *Diario ABC Color*. Recuperado el 20 de febrero de 2015 de <http://www.abc.com.py/especiales/fin-de-semana/piropo-acoso-encubierto-1206250.html>
 - Santamaría, A.G.. (2013). *Acoso sexual callejero: un golpe silencioso*. (Trabajo de grado inédito). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.
 - Vallejo, E., & Rivarola, M. P. (2014). *La violencia invisible: acoso sexual callejero en Lima Metropolitana y Callao*.
 - Wise, S., & Stanley, L. (1992). *El acoso sexual en la vida cotidiana*, Barcelona: Paidós Ibérica.

EL DERECHO COMO ÉTICA AMPLIADA

*Marcelo Andrés Panza Lombardo*¹

El *ius* positivismo ha producido avances en la investigación del derecho al permitir objetivar su dimensión normativa-formal, no obstante, sus aplicaciones en la ontología del derecho redundan en un empobrecimiento del mismo, descuidando aspectos fácticos sociales y filosóficos-éticos. En el presente trabajo se exponen tres argumentos contra el *ius* positivismo desde una perspectiva lógica, ontológica y ética. En primer lugar se niega el silogismo kelseniano, por el cual se establecía un nexo de causa y consecuencia entre el nihilismo ético y el derecho sin elementos éticos, sosteniendo que mientras que la primera premisa puede sostenerse dada la falta de objetividad de las ética normativas, no implica la conclusión *ius* positivista. A continuación se afirma que lejos de ser el derecho un sistema sin elementos éticos, lógicamente no existe distinción entre una norma jurídica y una norma ética. A su vez, todo el derecho, lejos de tener pretensiones meramente positivas, las tiene de corrección ética. Por último, el derecho es la materialización de preferencias, se prefiere el derecho a su ausencia, y ésta elección es netamente ética. Se concluye que el derecho, lejos de ser un fenómeno meramente formal-normativo, es a su vez una ética ampliada, constanding de normas que se pretenden correctas, y que se prefieren de manera explícita e implícita, siendo su positividad y su coerción elementos de amplificación.

Palabras clave: *Ius* positivismo, lógica deóntica, pretensión de corrección, preferencia, ética.

Introducción

El *ius* positivismo, doctrina que define al derecho como un sistema positivo de normas (Bobbio, 1995), se cimentó a partir de una certeza y una duda. La certeza de que se pueden conocer los contenidos positivos del derecho, y la duda con respecto a los fundamentos de la ética, tema que, por ser netamente filosófico, implica una multiplicidad de posturas, todas con argumentos a favor y en contra, y ninguna con una prueba objetiva de su veracidad. Así, en las expresiones de Kelsen (1960), el abordaje epistemológico del derecho debe imitar a las ciencias naturales, que lejos de considerar lo que está bien o mal en la naturaleza, se circunscriben a describir y explicar lo que la naturaleza es. Por lo tanto, el derecho es formal, es sistema normativo, y cualquier elemento ético es, por misma indefinición de la ética, contingente, o bien, por un nihilismo ético postulado por Kelsen, inexistente.

¹Psicólogo por la Universidad Nacional de Rosario (Título Revalidado en la Universidad Nacional de Asunción), Máster en Administración de Agronegocios por la Universidad Columbia, y PhD en Psicología por la Universidad de Palermo. Se desempeña como Psicólogo Clínico en consultorio privado en Ciudad del Este. Integra el equipo de docencia de Sensorium. Es co-autor y docente del Diplomado en Psicoterapias Basadas en la Evidencia, avalado por la Asociación Latinoamericana de Análisis y Modificación de la Conducta y dictado por Sensorium, docente de la Maestría en Psicología Clínica de la Universidad Nacional de Itapúa, ha sido docente de la Especialización de Psicología Clínica de la Universidad del Este, ha sido docente en la carrera Psicología de la Uninorte (Ciudad del Este). Es director de tesis de Doctorado en Psicología en la Universidad de Palermo, y de Maestría en Psicología Clínica en la Universidad Nacional de Asunción, y asesor metodológico-estadístico en proyectos de investigación académicos e institucionales. A su vez, es colaborador en el ámbito de investigación en el Centro de Investigaciones Médicas de la Facultad de Ciencias de la Salud, de la Universidad Nacional del Este.

El *ius* positivismo, inspirado primigeniamente en Bentham (1782/1970), fortalecido por Austin (1832/1995), y desarrollado con mayor profundidad en Kelsen (1960), Hart (1961/1994) y Raz (1979), entre otros, influyó notablemente en el estudio lógico de las normas jurídicas, puesto que si el derecho es un sistema normativo, el mismo debe ser estudiado por medio de la lógica aplicada a las normas, la lógica deóntica (von Wright, 1970; 1996). El hecho de separar aspectos filosóficos-éticos del derecho, para estudiarlo en su positividad, permitió un gran avance, como lo atestiguan diversos desarrollos formales en derecho (Alchourrón, & Bulygin, 1987; Jones, & Sergot, 1992; Bulygin, 2010; Clayton, & Jean-Pierre, 2016). No obstante, sus argumentos contra los aspectos éticos en el derecho fueron mucho más débiles que su pragmatismo epistemológico, generando múltiples críticas desde la sociología (Luhmann, 1998/2009), filosofía (Bunge, 2000) e incluso desde las mismas teorías del derecho, que consideraban imposible reducir su existencia a un sistema de normas (Dworkin, 1986; Goldschmidt, 1987; Summers, 1997; Atienza, & Manero, 2007; Alexy, 2009). Existen tres fenómenos que atentan contra la consideración *ius* positivista de la ontología del derecho. El primero, la misma estructura lógica del derecho y de los sistemas éticos, que implican particularidades propias de la lógica deóntica. El segundo, el hecho de que los sistemas normativos presentan pretensión de corrección, es decir, que pretenden ser correctos o justos, sin implicar esto la posibilidad de un absolutismo ético. El tercero, y para el autor del escrito, más importante, el hecho de que todo sistema de normas se prefiere a su ausencia, es decir, que el derecho es una elección de preferencia no trivial, general, y para darle aún más fuerza, reforzada con un sistema de sanciones. En síntesis, lejos de existir una ética única, tal cual como lo postulan elaboraciones del *ius* naturalismo excluyente, el derecho presenta aspectos éticos abiertos, consensuados, de preferencia, y mudables a través del tiempo y de las geografías. En el presente artículo se desarrollaran estos temas en amplitud, llegando a la conclusión que el derecho es un sistema de ética ampliada.

Los dos *sequitur* fallidos de Kelsen

El *ius* naturalismo dominó los primeros milenios de la filosofía del derecho en occidente, desde Platón (Cairns, 1942) en adelante, lo justo y lo legal debían ser idénticos, no obstante, desde temprano en la filosofía se destacó la dificultad para conocer lo ético (Sinnott-Armstrong, 2015), problema que aún hoy existe por el mero hecho de ser uno de naturaleza filosófica, no susceptible de resolverse por la prueba científica. Kelsen (1960) inaugura su teoría positiva del derecho basado en esta debilidad propia de la ética. Sosteniendo que es

imposible conocer lo éticamente correcto de manera objetiva e indubitable, es decir, apelando a un escepticismo meta-ético, Kelsen concluye que el derecho carece de elementos éticos. Además, afirmando que cualquier contenido puede ser una norma, siempre y cuando a un deber lo siga una sanción, concluye que el derecho carece de contenidos éticos, puesto que nada impide que lo que es un deber en un ordenamiento jurídico, sea una prohibición en otro. No obstante, en ambos razonamientos puede apreciarse una premisa bien sustentada, pero también, una conclusión inatingente. ¿Implica la imposibilidad de conocer lo correcto, que el derecho carezca de elementos éticos? ¿Implica que cualquier contenido con forma de deber pueda integrar una norma, que el derecho no posea elementos éticos? En primer lugar, la imposibilidad de conocer lo incorrecto sólo imposibilita una fundamentación del derecho sólo por lo correcto absoluto, es decir, puede verse que Kelsen está intentando combatir al *ius* naturalismo clásico o excluyente, mas no que pueda, por medio de este argumento, negar los contenidos éticos y filosóficos del derecho. En segundo lugar, que cualquier contenido pueda ser susceptible de ser derecho, es algo que virtualmente se le puede conceder, pero ello no implica que el derecho carezca de aspectos éticos generales. Una tercera crítica que se puede efectuar a la postura de Kelsen está vinculada con esto último, la validez no depende del contenido, sostiene, esto admitiendo que las normas de un sistema jurídico se aceptan por ser tales, cosa que depende del grado de malestar que generen en la población, y del grado de poder que tiene la población con respecto a dichas normas. Es decir, es una simplificación que lejos de tener como objetivo describir una situación realista, se ha realizado para argumentar contra del ya mal trecho *ius* naturalismo excluyente.

Sintetizando lo antecedente, la incognoscibilidad de la ética no implica la imposibilidad de la misma, y que virtualmente cualquier contenido, o mejor dicho, que contenidos contradictorios, por ejemplo, a favor o en contra del aborto, de la pena de muerte, de la eutanasia, puedan ser partes de sistemas normativos, no niega que los mismos tengan aspectos éticos. Se observa como Kelsen confunde un monismo ético normativo, propio del *ius* naturalismo excluyente, con la ética descriptiva, presente en casi cualquier actividad humana, y no ajena al derecho. Por lo tanto, Kelsen, con dos premisas aceptables, o al menos plausibles, llega a una misma conclusión no sustentada, el derecho carece de aspectos éticos.

La paradoja de la lógica deóntica

Dado que el *ius* positivismo restringe el estudio de derecho a su carácter positivo, y debido a que reduce al derecho a un sistema lógico-jurídico, aspecto

muy bien captado por Alchourrón y Bulygin (1987) en su formulación del concepto de sistemas normativos, su aplicación conduce a elaboraciones lógicas y sistémicas sobre los diversos ordenamientos jurídicos. El problema de la estructura lógica de las normas jurídicas fue abordado por múltiples autores, siendo la lógica deóntica (von Wright, 1970; 1996) una de las respuestas más aceptadas y utilizadas por el programa de investigación *ius* positivista. La coherencia meta-ética entre los autores *ius* positivistas y el autor de la lógica deóntica aparentemente facilitó este acercamiento, del escepticismo meta ético al emotivismo sólo hay dos nombres de distancia.

¿Son las normas jurídicas verdaderas o falsas? ¿Son las normas éticas verdaderas o falsas? La respuesta está relacionada con una isomorfía en su estructura, tanto las normas jurídicas como las normas éticas son prescripciones y prohibiciones, son órdenes, no son proposiciones, y por lo tanto no son ni verdaderas ni falsas (von Wright, 1996; Bulygin, 2009). La paradoja de la lógica deóntica no es lógica, sino más bien ontológica, y consiste en que lógicamente un sistema normativo y un sistema ético coinciden en sus elementos, las normas, y en las operaciones que con las mismas se pueden realizar, aspectos descritos en las elaboraciones de lógica deóntica. Todas las doctrinas éticas normativas, sean materiales, formales o axiológicas, y todos los sistemas de derechos, a pesar de sus obvias diferencias, están compuestos de los mismos elementos lógicos, las normas, y si bien esto no es un aspecto que permita sostener su igualdad, al menos permite apreciar un aspecto lógico que ambos sistemas tienen en común. Si bien podría argumentarse, por analogía, que tanto la filosofía como la ciencia constan de proposiciones, y son disciplinas diferentes, lo cierto es que precisamente, comparten elementos lógicos, lo cual no es menor, dado que los mismos estructuran ambas disciplinas y constituyen una zona de intersección entre ambos entes.

Así, tanto los sistemas éticos como los sistemas normativos comparten elementos lógicos, las normas, y ésta coincidencia, si bien explica en parte la confusión entre ética y derecho, también permite establecer relaciones más realistas entre los dos ámbitos.

La pretensión de corrección

Que la ética y el derecho compartan estructuras lógicas no es argumento suficiente para sostener que el derecho posee aspectos éticos. Pero sí permite afirmar que la ética y el derecho coinciden en estar compuestos de normas. Esto permite avanzar introduciendo el siguiente interrogante: ¿En qué aspecto podrían coincidir las normas éticas con las normas del derecho? Los aspectos en los cuales divergen ya fueron enumerados por múltiples autores, siguiendo a

Kelsen (1960), se podría decir que mientras que las normas del derecho son positivas, poseen sanciones también positivas y fácticas, e integran un sistema cuya validez se da por la norma en sí, lo cual nos retrotrae a la mítica y primigenia norma, la norma fundamental o *Grunnorm*, concepto difícil de sostener, como bien lo expresó Hart (1962), la ética implica normas que son válidas por la aceptación individual, carece de positividad en cuanto a ser parte de un sistema normativo, y también la única sanción es, si es que es una ética sincera, la conciencia moral. Volviendo con la pregunta, ¿Existen aspectos en los cuales las normas éticas y del derecho coinciden? Para responder esto es necesario conocer qué elementos en común comparten, además de la estructura lógica de las órdenes, la ética y el derecho.

Tanto las normas éticas como las normas del derecho pretenden ser correctas. La pretensión de corrección de las normas éticas es fácilmente admisible, pero la pretensión de corrección del derecho, desde el *ius* positivismo es negada. Para defender esta primera proposición, Alexy (2001; 2003; 2009) expone una situación hipotética, un experimento mental. Imaginemos que existiera una constitución que rezara: “X es una república soberana e injusta”. Dicho contenido, sostiene el filósofo, es imposible, y dicha imposibilidad radica en que contradice a uno de los dos elementos principales del derecho: La pretensión de corrección. El derecho se pretende correcto, sin importar su contenido, dicho contenido, para ser considerado dentro de un sistema de derecho, se ha pretendido correcto. Cambiando el eje de un absolutismo y monismo ético, a un pluralismo ético por consenso a partir de argumentos racionales, y de la verdad ética objetiva, a unos acuerdos sobre lo correcto por medio del consenso, Alexy supera al *ius* positivismo y al *ius* naturalismo excluyente, y sustenta una postura que sin negar los aspectos éticos del derecho, no cae en la dificultad de poder fundamentar de manera objetiva una ética absoluta.

La pretensión de corrección es lo que las normas del derecho y de la ética tienen en común, para hablar de manera más abstracta, es en lo que coinciden ontológicamente la ética (las éticas) y el derecho (Los diversos sistemas normativos). Así, el hecho de que, hasta el momento, y mientras aún existan seres capaces de interrogarse con respecto a la verdad, la ética carezca de fundamento objetivo, y por tanto, de una doctrina verdadera y absoluta, no es un argumento contra la existencia de elementos éticos en el derecho, sino más bien, sólo con respecto a querer fundamentar el derecho a partir de una sola doctrina ética.

La pretensión de corrección es un elemento del derecho y de la ética, por lo tanto, el argumento kelseniano con respecto a la ausencia de elementos éticos en el derecho sólo puede ser visto como una artilugio epistemológico para

acercarse a una de las dimensiones del derecho, la dimensión normativa-formal, pero nunca para elaborar una teoría general del derecho, o sea, una ontología del derecho.

La preferencia

Hablar de preferencia en la ética actualmente se vincula con el utilitarismo de preferencia (Hare, 1981). En esta elaboración no pretendo apelar a dicha teoría de ética normativa, sino apelar a la ética descriptiva. La existencia de un ente que requiere creación y manutención por parte del ser humano refleja, de manera explícita o implícita, una elección y una preferencia con respecto a dicho ente. La existencia del derecho, además y quizás por ser un factor fundamental con respecto a la supervivencia de la especie humana (Retana-Salazar, & Garita-Cabronero, 2010), refleja una preferencia por el mismo. Se supone que las leyes se prefieren a su ausencia, se supone que el ordenamiento jurídico se prefiere a la carencia del mismo. El mismo proceso pre-legislativo y legislativo presupone la preferencia de dichas normas por parte de quienes son los encargados de redactarlas y sancionarlas, y el hecho de que las normas estén vigentes y sean conservadas suponen una preferencia por parte de la población, o de al menos de la mayoría de la población, lo mismo es válido para los procesos de creación de leyes y para el sistema de derecho en su totalidad (Gauthier, 1986). En síntesis, el derecho se prefiere al no derecho, las normas se prefieren a su ausencia, en la creación y conservación del derecho se han elegido ciertas normas, y puesto en vigencia porque se consideran preferibles a otras normas y a su ausencia, lo mismo vale para el mismo sistema del derecho, por consiguiente el derecho es un fenómeno de preferencia..

¿Qué es la ética? La ética responde a la pregunta sobre qué se debe hacer, y su respuesta son un conjunto de normas, o, en ciertas posturas meta-éticas como el escepticismo, la ausencia de las mismas. Sea cual fuere la postura meta-ética, la cual derivará en una de las múltiples éticas normativas, la misma implica una preferencia de ciertas normas, o de incluso la ausencia de normas, frente a todas las demás opciones. Es decir, la ética es un fenómeno de preferencia vinculado con normas o con ausencia de las mismas. Analizando más en profundidad puede decirse que la reflexión ética en cuanto a su aspecto normativo siempre deriva en normas, es decir, en conclusiones generales de acción, así las mismas fueren: “Haz lo que se te da la gana” “No sigas ninguna norma ética”, puesto que siempre implicaría, al fin, una norma. El derecho también presupone, en sus más diversas manifestaciones sincrónicas y diacrónicas, la preferencia. Este fenómeno está vinculado pero no se agota en que el derecho tiene pretensión de corrección. Que las normas del derecho y de la ética pretendan ser correctas, sin

importar que dicho fenómeno sea, como lo es, imposible de confirmar o refutar, es algo que, a opinión del autor de este escrito, es de menor importancia, que el fenómeno de preferencia que tanto las normas éticas como las del derecho poseen. Afirmar que el derecho no posee aspectos éticos, cuando sus normas se prefieren a su ausencia, es como sostener que el derecho es un fenómeno inintencional, carente de deseos, fines, y, por consiguiente, preferencias. El mero hecho de la existencia de un ente creado y mantenido por el ser humano, independientemente de la opinión que el mismo pueda manifestar al respecto, es un hecho de preferencia.

Así, es la preferencia que existe en el derecho el factor principal que hace del mismo un fenómeno con una dimensión ética, el derecho es el fruto de un conjunto de decisiones explícitas e implícitas que permitieron su creación, y que permiten su existencia. Estas decisiones son de preferencia, son, finalmente, decisiones éticas.

¿Pretensión de corrección y preferencia en sistemas normativos que violan los derechos humanos?

El concepto de pretensión de corrección parece ser válido sólo en sistemas normativos recientes, republicanos, que respetan los derechos humanos. Una de las principales críticas que puede hacerse al concepto es su dificultad para aplicarlo a sistemas normativos que legislen a favor de la desigualdad entre las razas o etnias, entre el hombre y la mujer, entre los seres humanos en general. Al respecto puede decirse que para al menos el legislador-abstracción de los legisladores-dichos contenidos se pretenden correctos, no es necesario el consenso democrático, ni las argumentaciones racionales. Lo mismo puede argumentarse con respecto a la preferencia, así como existen éticas egoístas e individualistas, que prescriben al individuo obtener el mayor provecho de la vida, sin importar otro fin que la satisfacción individual (Sidgwick, 1874/1981), así mismo, un sistema que viole los derechos humanos no deja de ser un tipo de amplificación de una ética, ni de tener pretensión de corrección, ni de carecer de elecciones, es decir, de preferencias. Por todo lo consiguiente, los argumentos con respecto a sistemas normativos creados para oprimir a ciertas personas no invalida el hecho de que los mismos tengan pretensión de corrección y preferencia. No se debe confundir una ética normativa particular con la ética descriptiva, error que comparten Kelsen y el *ius* naturalismo excluyente.

El derecho como una ética ampliada

La función de la ética es regular la conducta no compeliada individual por medio de un conjunto de normas. Para hacerlo estas normas deben ser tenidas

como correctas, y deben preferirse a otras normas. El derecho hace lo mismo que la ética, pero su objeto es la sociedad y sus métodos, por ser su objeto más heterogéneo y menos controlable, son más claros y eficientes. El derecho, por medio de la positividad y de la coerción, pretende hacer que sus normas sean cumplidas. Dichas normas pretenden ser correctas, justas, adecuadas, y también implican, por consiguiente, y por el mismo hecho de existir siendo un fenómeno humano, una preferencia. La razón por la cual se confundió al derecho con la ética, error del *ius* naturalismo excluyente, se debe a que el derecho trata de normas, pretendidas correctas, siendo las mismas preferidas de manera explícita, fenómeno vinculado a la pretensión de corrección, y de manera implícita, hecho netamente ético. El error del *ius* naturalismo excluyente es pretender que la ética de respuestas unívocas a las preguntas que plantea. La ontología y la gnoseología se han enriquecido mucho a partir de la aplicación de la ciencia a sus interrogantes. No obstante, la ética, por ser la misma un ámbito de decisión de bienes, y/o de deberes, y/o de valores, nunca podrá obtener de un método de conocimiento objetivo más que respuestas parciales, dado que el principal interrogante es de una preferencia no deducible de la experiencia: ¿Debemos preferir la felicidad, el placer, la trascendencia, el deber, los valores? Y para dar una respuesta a esto, la ciencia sólo puede ayudar parcialmente, quizás, por ejemplo, informándonos que nuestro ser, o nuestra existencia consciente no pervive luego de la muerte, o bien advirtiéndonos que el placer produce habituación y que la felicidad se retroalimenta, en fin, como sostenía Kant (1781/2003) en cuanto a las éticas materiales, quizás la ciencia nos podría guiar parcialmente con sus consejos, mas no decirnos qué debemos hacer en términos absolutos y generales, es decir, qué debemos preferir, qué debemos elegir. Así, el derecho, que contiene elementos éticos, pretende ampliarlos a un sistema social, dimensión que el derecho también presenta. El derecho es una técnica social de amplificación de la autoregulación que producen las normas éticas, por medio de elementos como la positividad y la coerción. El derecho sería una ética ampliada, mas, como ya puede deducirse, nunca una ética verdadera, puesto que esto es imposible, sino más bien una ética viable, aceptada.

Conclusiones

La confusión entre ética y derecho tiene su base en que tanto los elementos lógicos de las doctrinas éticas normativas, como los del derecho son isomórficos. A su vez, que tanto en las doctrinas éticas normativas como en el derecho se pretende ordenar con respecto a lo correcto. Por último, tanto en ética como en derecho, el contenido de las normas depende de las preferencias

generales, así como de la existencia misma de los sistemas éticos y de derecho. Ética y derecho no coinciden plenamente, pero sí de manera parcial. Decir que el derecho es una ética ampliada implica lo mismo, su ampliación, la positividad y la coerción, son los aspectos de divergencia, su estructura lógica normativa, la pretensión de corrección y la preferencia, sus coincidencias. No es necesario que exista una meta-ética que nos permita sustentar lo correcto más allá de toda argumentación, cosa imposible a pesar de las numerosas meta-éticas cognitivistas, más bien que se reconozca que el derecho busca lo correcto, lo que entiende correcto, que se prefiere a su ausencia, y con ello, se llega a la conclusión de que existen aspectos éticos en el derecho.

En síntesis, el derecho es una técnica social que tiene por función la regulación de la sociedad por medio de normas positivas, las cuales se pretenden correctas y se prefieren, así como se prefiere todo el sistema de derecho a su ausencia, para dicha regulación el derecho emplea la positividad de sus normas y la coerción. Es decir, el derecho es ética ampliada.

Referencias

- Alchourrón, C. E. , & Bulygin, E. (1987). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alexy, R. (2001). Una defensa a la fórmula de Radbruch. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 5, 75-95.
- Alexy, R. (2003). La naturaleza de la filosofía del derecho. *Associations*, 7(1), 63-75.
- Alexy, R. (2009). Los principales elementos de mi filosofía del derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, 67-84.
- Atienza, M. , & Manero, J. R. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía*, 27, 7-28.
- Austin, J. (1832/1995). *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bentham, J. (1782/1970). *Of Laws in General*. Londres: Athlone Press.
- Bobbio, N. (1995). *O positivismo jurídico*. San Pablo: Incone
- Bunge, M. A. (2000). El derecho como técnica social de control y reforma. *Isonomía*, 13, 121-137
- Bulygin, E. (2009). La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas. En E.Bulygin, M. Atienza Rodríguez, & J.C. Bayón Mohíno, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*. (p.9-26). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Bulygin, E. (2010). *Lógica y normas*. Biblioteca Virtual Universal.
- Cairns, H. (1942). Plato's theory of law. *Harvard Law Review*, 56(3), 359-387.

- Clayton, P., & Jean-Pierre, M. (2016). Formal philosophy and legal reasoning: The validity of legal inferences. *Logique et Analyse*, 59(234).
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Cambridge, M.A.: The Belknap press.
- Gauthier, D. (1986). *Morals By Agreement*, Oxford: Oxford University Press.
- Goldschmidt, W. (1987). La teoría tridimensional del mundo jurídico. *Revista Forense*, 208, 1088-1092.
- Hare, R. M. (1981). *Moral thinking: Its levels, method, and point*. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. (1961/1994). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Jones, A.J., & Sergot, M. (1992). Deontic logic in the representation of law: Towards a methodology. *Artificial intelligence and law*, 1(1), 45-64.
- Kant, I. (1781/2003). *Crítica a la razón práctica*. Buenos Aires: Losada.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Luhmann, N. (1998/2009). *El derecho de la sociedad*. Barcelona: Herder
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Retana-Salazar, A. P. , & Garita-Cabronero, J. (2010). De los genes a los memes. El caso particular del derecho: Una visión integradora hacia una sociología del derecho. *Revista de Antropología Experimental*, 10(19), 333-358.
- Sidgwick, H. (1874/1981). *The method of ethics*. Indianápolis: Hackett Publishing Co
- Sinnott-Armstrong, W. (2015). Moral Skepticism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/skepticism-moral>.
- Summers, R. (1997). How law is formal and why it matters. *Cornell Law Faculty Publications*, 82, 1165-1229.
- von Wright, G. H. (1970). *Norma y acción, una investigación lógica*. (Cap.I: De las normas en general). Madrid: Tecnos.
- von Wright, G. H. (1996). ¿Hay una lógica de las normas? *Acta Philosophica Fennica*, 60, 35-53.

REFORMA CONSTITUCIONAL: ¿INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL?

*Pedro Fabián Fernández Avalos*¹

SUMARIO: I. Objetivo de estas líneas. — II. Introducción a la reforma constitucional. — III. La independencia del Poder Judicial. Su gravitación en la Constitución Nacional. — IV. El Jurado de Enjuiciamiento y el Consejo de la Magistratura como centro de la reforma constitucional. — V. A modo de colofón. — VI. Referencias.

RESUMEN

La historia, y también la actualidad, vienen poniendo al desnudo la inexistencia de la llamada «independencia del Poder Judicial», tan férreamente proclamada por la Constitución Nacional del año 1.992; colocando en destaque que la misma es una pieza de gran calado para la configuración de un Estado Social de Derecho. Para el logro de la referida independencia, es urgente una reforma constitucional que depure el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y el Consejo de la Magistratura. Todo esto con un bipartito fin: enfatizar la participación ciudadana y despolitizar en gran medida el Poder Judicial. Lo antedicho, no olvida la buena consistencia ética de la que deben estar dotados los magistrados para alcanzar el concepto total de la ansiada independencia de nuestro Poder Judicial.

I. Objetivo de estas líneas

La presente labor doctrinal busca, fundamentalmente, examinar la actualmente tan debatida cuestión que gira en torno a la necesidad de una reforma constitucional para el logro de la verdadera independencia judicial, constituyéndose este último en un pilar imprescindible para la materialización de la justicia. Se versará, ergo, simultáneamente sobre los factores impeditivos y viables de la real independencia del Poder Judicial —específicamente— en lo que hace a la designación y composición de los

¹Alumno del 5to curso de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Universidad Privada del Este — Pdte. Franco. Coautor del libro “Elementos de los Derechos Reales” (2015). Ha disertado sobre “El Libro IV del Código Civil paraguayo. Proyecto de reforma” (2015) y “Usucapión en la legislación y jurisprudencia paraguaya” (2015-2016).

órganos jurisdiccionales y extrapoderes: «Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y el Consejo de la Magistratura» como *quid* del abordaje.

II. Introducción a la reforma constitucional

La reforma constitucional ha venido siendo, incluso antes de los diez necesarios años para su procedencia (art. 289 CN), un fantasma que asiduamente ha venido deambulando en conferencias, seminarios y aulas de diversas universidades. Débese esto, porque al momento de la elaboración de la Constitución Nacional del año 1.992, se tuvo una férrea y única consideración de acontecimientos con tintes dictatoriales y, una casi nula mirada en el porvenir democrático; es decir, se ha construido una Constitución preventiva de la dictadura pero no se ha preparado una plataforma propicia para la entrada de una era eminentemente democrática. Y esto no motiva, desde ningún prisma, crítica legislativa alguna, porque es normal que un pueblo, luego de una época dictatorial, se trace como único objetivo salir y nunca más volver a ella —y recién después— pretender una vívida y efectiva democracia. Primero, el pueblo busca entrar a la democracia, y luego aprender a vivir en ella.

En ese orden de ideas, se puede observar dos momentos secuenciales en la historia paraguaya en materia constitucional, y una tercera a punto de conseguirse. Primeramente, luego de la tan sufrida dictadura, constitucionalmente hemos buscado sola y ciegamente salir de ese régimen mediante la democracia, sin preparar esta última dentro de un escenario factible para su desarrollo². En segundo término, ya consiguiendo la entrada en vigencia de la soñada democracia como forma de gobierno (art. 1 CN), nos hemos dado cuenta de las deficiencias de las que ella adolece como consecuencia de la apurada y ansiada obtención de la misma —sin la realización de previos reparos—. En tercer término, ya conseguido el imperio democrático, ahora ha de buscarse perfeccionarlo para su pleno desenvolvimiento.

Toda la sociedad, o por lo menos en su mayoría, entiende que la solución a los

² Sobre el golpe de Estado de 1.989 y sus negativas repercusiones, escribe ESTIGARRIBIA (2010, p. 59), que: “La historia autoritaria en el país ha dejado, sin dudas, profundas secuelas en la vida política y social paraguaya, como el prebendarismo y la corrupción, si bien los demás sectores políticos, con honrosas excepciones, han demostrado, en este tiempo democrático, tener, poner en práctica y preservar en los mismos vicios que han criticado anteriormente. Con ese *giro de timón* en la política paraguaya y luego el advenimiento de la Constitución de 1.992, se abre una nueva e inédita etapa en la historia del país”.

múltiples flagelos de orden social pueden solucionarse con una reforma a la Constitución de una manera correcta, que permita su entera aplicación, y que dé positivos resultados; esto apunta, en gran medida, hacia el campo jurisdiccional. Ello obedece a la cardinal función que cumple el Poder Judicial; esto es, administrar justicia a través de los órganos que lo componen (art. 274 CN). Nada puede funcionar donde no hay seguridad jurídica y una correcta administración de la justicia³.

Como bien pondera CARNOTA y MARANIELLO (2008):

“Los vientos de reforma constitucional se sienten en muchas latitudes. Por un lado, muchos países de América Latina intentan elevar su calidad de vida institucional y mejorar sus Constituciones, cuestionando severamente a los esquemas autoritarios del pasado. Los esfuerzos pre-constituyentes peruanos iniciados en 2001 y la reciente revisión constitucional chilena de 2005 se inscriben —sin dudas— en ese movimiento” (p. 73).

Muchas son las ventajas que arroja una sociedad con mentalidad de reforma, porque eso comporta un binomio perfecto: *preparación* y *previsión*. Lo referido implica, que el pueblo sabe cuáles son las necesidades que existen y cómo revertirlas desde un ángulo legal. Nosotros pensamos que el Paraguay se enmarca a este pensamiento.

En esa misma línea de pensamiento, reflexiona CAMACHO (2007), que:

“Es sumamente positivo que en las aulas de la Facultad de Derecho se dé inicio al debate sobre la reforma constitucional, pues evidencia un interés genuino, objetivo y académico de parte de los organizadores. En una sociedad caracterizada por una fuerte presencia de la cultura oral, escasa tradición democrática, renuencia a subordinar la voluntad del poderoso a las leyes y propensión a debatir los problemas únicamente ante la urgencia de los hechos consumados, considero alentador que estemos poniendo los bueyes por delante del carro, ordenando un debate que se viene inexorablemente, que ya está presente entre nosotros” (p. 163).

3 Si bien hay muchos ejes sobre los cuales reposan la idea en auge acerca de la reforma constitucional, nosotros —en el correr de las páginas de este trabajo— sólo enfatizamos en lo que a la independencia del Poder Judicial se refiere, no indicando de forma alguna la inexistencia de otros motivos que puedan resultar en demasía necesarios para una mejor sociedad y que no justamente encuadre en el referido poder del Estado.

La idea de una reforma constitucional es omnicomprendiva y que, en líneas cardinales, apunta a la justicia. Es el hambre de justicia el factor aliciente hacia un profundo cambio del contenido de una Constitución o, por lo menos, lo urgentemente menester para la obtención del fin perseguido. A este respecto, acota PÁSARA (2015) que la reforma debe estar basada en un diagnóstico de carácter crítico de determinados aspectos del sistema de justicia que se intenta reformar.

En tiempos actuales, la idea de una reforma del sistema de justicia, comporta, inexorablemente un profundo cambio transversal, puesto que las diversas instituciones que gravitan en ella junto con sus representantes son de indudable incidencia en la formación y materialización de la anhelada justicia.

Toda persona o grupo de personas que busque alcanzar la justicia, debe conocer de antemano, que su logro implicará allanar varios obstáculos que, por lo general, afectará en ciertos aspectos muchas instituciones estatales junto con los demás poderes del Estado.

Ahora bien, sentado el precedente histórico, debemos ver qué se entiende por «reforma constitucional» y cómo la misma se encuentra disciplinada en la actual Constitución.

La modificación de la Constitución de 1.992 puede darse de dos formas sustancialmente distintas, y son la enmienda y la reforma. La primera procede luego de tres años, y la segunda después de diez años, contados ambos desde la promulgación de la Constitución.

RICARDO GUASTINI (1999), uno de los juristas más influyentes en los últimos tiempos, sugiere con buen tino:

“Se sigue, ante todo, que existen tres tipos posibles de reforma constitucional: a) la introducción de una norma nueva; b) la supresión de una norma preexistente; c) la sustitución de una norma preexistente (es decir la supresión de una norma vieja combinada con la introducción de una norma nueva). Pero se sigue también que, comúnmente, toda reforma constitucional comporta la *modificación* del conjunto preexistente, y la modificación de un

conjunto da lugar a un conjunto *diverso*: diverso porque son diversos los elementos que lo componen” (p. 174).

En puridad, la reforma es aquel medio modificadorio de una Constitución de gran importancia por el contenido al que afecta. Trátase, pues, de la dinámica constitucional a la que todos los pueblos y todas las generaciones están destinados a ser partícipes, por el simple hecho del avance de la humanidad que necesariamente debe ir acompañada de una transformación legal que se adecue al contexto social y así no caer en la obsolescencia legal.

En el Derecho positivo nacional, cabe hacer la siguiente síntesis referente a la cuestión de la reforma constitucional, capaz de abarcar los aspectos más relevantes de ella: 1º) *Plazo*: procede luego de diez años de su promulgación (tiempo actualmente ya ultrapasado incluso); 2º) *Quiénes pueden solicitarla*: a) el veinticinco por ciento de los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso; b) el Presidente de la República; y c) Treinta mil electores, en petición firmada; 3º) *Declaración de la necesidad de la reforma*: solicitada la misma, debe ser aprobada por mayoría absoluta de dos tercios de los miembros de cada Cámara del Congreso; 4º) *Convocatoria a elección de convencionales constituyentes*: una vez decidida la necesidad de la reforma, el Tribunal Superior, de Justicia Electoral llamará a elecciones dentro del plazo de ciento ochenta días, en comicios generales que no coincidan con ningún otro; 5º) *Número de miembros de la Convención Nacional Constituyente*: no podrá exceder del total de los integrantes del Congreso. Sus condiciones de elegibilidad, así como la determinación de sus incompatibilidades, serán fijadas por ley; 6º) *Sanción de la nueva Constitución*: sancionada la nueva Constitución por la Convención Nacional Constituyente, quedará promulgada de pleno derecho; 7º) *Contenido*: aquellas disposiciones que afecten el modo de elección, la composición, la duración de mandatos o las atribuciones de cualquiera de los poderes del Estado, o las disposiciones de los Capítulos I, II, III y IV del Título II, de la Parte I.

En definitiva, el tema que nos interesa se limita al examen de “elección” y “la composición” de uno de los poderes del Estado, específicamente el Poder

Judicial en el contexto independiente.

III. La independencia del Poder Judicial. Su gravitación en la Constitución Nacional

La independencia del Poder Judicial, es un tema trilladísimo en los últimos tiempos; y está en boga porque se ha puesto de manifiesto las deficiencias del sistema judicial, los procesos amañados, las sentencias arbitrarias, los plazos procesales incumplidos, expedientes encajonados sin dictamientos de sentencias, y —por sobre todo— involucramiento de sus miembros en hechos punibles en el ejercicio de sus funciones. Un problema endémico, no menos importante, es la reinante impunidad que diariamente sufre el pueblo paraguayo.

Los años nos han demostrado que la justicia en el Paraguay no es más que un títere, un comodín de intereses y que, fundamentalmente, es formada y aplicada en función a dineros turbios.

Pero, ¿es realmente la independencia del Poder Judicial una cuestión legal o más bien personal de sus miembros que lo integran? Si nos decantamos hacia el primer motivo, corremos el serio riesgo de incurrir en un ordenamiento legal sin una real aplicación; si nos inclinamos hacia el segundo, diríamos entonces que es superflua una reforma constitucional y lo necesario es trabajar en relación a componentes morales y éticos de los miembros mediante políticas susceptibles de conseguirla.

En consecuencia, las cosas no están muy claras que digamos. Son varias las aristas que presentan el tema en examen. No obstante, lo concreto que es existe una imperiosa necesidad de reformar el Poder Judicial, sin que esto implique un trabajo en desconocimiento de las causales o tan sólo una mirada *de refilón* hacia ellas. Pero es que desde la perspectiva puramente jurídica, el centro de la reforma debe ser indefectiblemente la ley.

El connotado jurista español, DIEZ PICAZO (1992), ha desglosado la frase «independencia del Poder Judicial» de la siguiente forma:

“1. La *independencia personal*, que consiste en el conjunto de características

derivadas de la situación en que la Constitución coloca al juez individualmente considerado, y que protegen a éste de eventuales presiones ejercidas por los otros dos poderes políticos del Estado (Legislativo y Ejecutivo).

2. La *independencia colectiva*, que tiene que ver con la protección a la judicatura en su conjunto frente a los demás poderes del Estado; y

3. La *independencia interna*, que ampara al juez, en su individualidad, frente al resto de la estructura judicial” (p. 20).

Un comentario personal nuestro, es que se necesita tanto de la ley como de la axiología para el logro de una verdadera independencia del Poder Judicial, ya que una independencia legal en forma total no le priva a un magistrado u otro miembro del Poder Judicial a ser contaminado por las injerencias externas a causa de una endeble consistencia ética. Es decir, aunque protegido el magistrado, por ejemplo, en su independencia legal, no impide a que aun así vuelva a ser vulnerado debido a otros motivos, como ser la escasa retribución como funcionario público.

Un riguroso contenido legal de independencia del Poder Judicial, sumado a la buena predisposición y consistencia de sus integrantes en cuanto a los principios generales del Derecho, darán lugar a una real y efectiva actuación independiente.

De acuerdo al art. 3 de la CN, el Poder Judicial actúa en un sistema de independencia respecto de los demás poderes. Y según el art. 248 del mismo cuerpo legal está garantizada la independencia del Poder Judicial. Constitucionalmente hablando, algunos de los demás dispositivos legales que avalan dicha independencia son: a) La autarquía presupuestaria que consiste en que en el Presupuesto General de la Nación se le asignará una cantidad no inferior al tres por ciento del Presupuesto de la Administración Central (art. 249); b) La inmovilidad de los magistrados en cuanto al cargo, sede o grado (art. 252); c) La inmunidad de arresto (art. 255); d) La suspensión preventiva en sus funciones de magistrados enjuiciados, sólo por decisión de la mayoría absoluta de los miembros de la Corte Suprema de Justicia (art. 259); entre otros artículos más.

Nosotros pensamos que, las instituciones que necesitan una profunda reforma, son la Corte Suprema de Justicia, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y el Consejo de la Magistratura, en cuanto a designación e integración.

El cuanto a la Corte Suprema de Justicia, consideramos oportuno por motivos estrictamente axiológicos que sus integrantes sean electos por todo el pueblo, mediante comicios, ya que la administración de la justicia es para todos, y no un ente aislado. Esto evitará que los ministros de la Corte Suprema de Justicia vicien o contaminen sus gestiones dentro del Poder Judicial por los “favores” para la designación adquirida.

Sin embargo, creemos que si bien la elección en las tres instituciones mencionadas *supra* debe sufrir reformas, lo que más radicalmente necesita dicha modificación es en materia de suspensión o destitución, ya que esas sanciones han de ser las más temidas por los miembros del Poder Judicial y que inducen a que se avengan a injerencias impertinentes y foráneas.

En relación a las demás instituciones, nos referiremos *a posteriori*.

IV. El Jurado de Enjuiciamiento y el Consejo de la Magistratura como centro de la reforma constitucional

El *quid* de la reforma constitucional tocante a ambas instituciones estriba en la composición, que se traduce en óbice para la verdadera independencia del Poder Judicial.

Según el art. 253 de la CN:

“Los magistrados judiciales sólo podrán ser enjuiciados y removidos por la comisión de delitos, o mal desempeño de sus funciones definido en la ley, por decisión de un Jurado de enjuiciamiento de magistrados. Éste estará integrado por dos ministros de la Corte Suprema de Justicia, dos miembros del Consejo de la Magistratura, dos senadores y dos diputados; éstos cuatro últimos deberán ser abogados. La ley regulará el funcionamiento del Jurado de enjuiciamiento de magistrados”.

Conforme a lo normado por el art. 262 de la CN:

“El Consejo de la Magistratura está compuesto por: 1. un miembro de la Corte

Suprema de Justicia, designado por ésta; 2. un representante del Poder Ejecutivo; 3. un Senador y un Diputado, ambos nominados por su Cámara respectiva; 4. dos abogados de la matrícula, nombrados por sus pares en elección directa; 5. un profesor de las facultades de Derecho de la Universidad Nacional, elegido por sus pares, y 6. un profesor de las facultades de Derecho con no menos de veinte años de funcionamiento, de las Universidades privadas, elegido por sus pares”.

Transcriptas las normas que tratan de la composición del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento, corresponde ahora realizar algunos argumentos en contra y, en consecuencia, verter algunas propuestas.

En nuestro régimen constitucional —escriben FERNÁNDEZ ARÉVALOS, MORENO RUFINELLI y PETTIT (2012)— que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados:

“Es un órgano constitucional extrapoderes de forma abierta, colegiado y de composición mixta isojerárquica, que goza de autonomía funcional en el cumplimiento de su contenido y de personalidad jurídica de derecho público, cuyo principal deber-atribución y función es juzgar y, eventualmente, remover a magistrados judiciales y a los agentes fiscales, por la presunta comisión de delitos o por mal desempeño de sus funciones (art. 253 y 270 CN)” (p. 1154).

De acuerdo con el art. 3 de la Ley N° 3.759/2009 “Que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados y deroga las leyes antecedentes” compete al Jurado, el enjuiciamiento de los miembros de los Tribunales de Apelación de cualquier fuero o jurisdicción, de los demás jueces y de los agentes fiscales del Ministerio Público.

En efecto, se trata de un órgano de corrección de los miembros jurisdiccionales y de los agentes del Ministerio Público.

Obsérvese, sin embargo, que el Jurado está conformado por cuatro miembros del Poder Legislativo y tan solamente dos ministros de la Corte Suprema de Justicia. Consideramos que el monopolio del ejercicio de las atribuciones del órgano que estamos comentando debe estar al absoluto cargo del Poder Judicial. No se explica seriamente el motivo de la integración de legisladores.

La norma en pie de revisión, según nuestro sano juicio, debe ser reformada. Es menester que el Jurado solamente tenga miembros del Poder Judicial, específicamente los ministros de la Corte Suprema de Justicia. Y el motivo obedece a que la historia nos ha venido demostrando que la mucha integración y la intención del excesivo control por parte de variadas instituciones no han traído buenos resultados sino masivas corrupciones.

Si queremos hablar de control y rigor en su funcionamiento, para nosotros una oportuna solución sería entonces la inserción de abogados de la matrícula al Jurado, de tal suerte que haya una intensa participación de los profesionales que son los que tienen una ponderable proximidad con aquellos que imparten justicia o acusan. La inmersión de los profesionales del Derecho se ajustaría al gobierno de la democracia representativa, participativa y pluralista que predica nuestra Constitución Nacional en su art. 1 *in fine*.

En la Argentina, sucede prácticamente lo mismo. El Jurado está integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal, a tenor del art. 115 de la Constitución argentina.

En resumidas cuentas, nuestra propuesta —transformando un tanto la inicialmente ofrecida— denota una conformación del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, así: todos los miembros de la Corte Suprema de Justicia, y con igual número que la primera (nueve) abogados de la matrícula, y por qué no también el fiscal general del Estado, para así responsabilizar a los verdaderos representantes y partícipes del mundo jurídico por la ausencia o deficiencia de la justicia.

En otro orden de ideas, acerca del Consejo de la Magistratura, explican FERNÁNDEZ ARÉVALOS *et al.* (2012):

“Es un órgano constitucional extrapoderes de forma abierta, colegiado y de composición mixta isojerárquica, que goza de autonomía funcional en el cumplimiento de su cometido, con personalidad jurídica de derecho público, cuyo principal deber-atribución es seleccionar candidatos a ocupar magistraturas judiciales de cualquier grado y a integrantes del Ministerio Público, conforme a su idoneidad, méritos y aptitudes; integrarlos en ternas de candidatos y proponer esas ternas a otros órganos estatales encargados de

designar a uno cualquiera de los candidatos que componen cada terna” (p. 1221).

De la lectura del art. 262 CN se desprende que existe un solo miembro de la Corte Suprema de Justicia y, nuevamente, más miembros del Poder Legislativo (dos).

En algunos países, tales como Perú, la institución *sub examine* se halla integrada por personas netamente del mundo jurídico que no derivan de otros poderes del Estado (ver art. 155 de la CN peruana).

Así las cosas, valen aquí las mismas observaciones que hemos volcado referente al Jurado. Se necesita más participación ciudadana. En suma, es nuestra tesis que el Consejo de la Magistratura esté integrado así: todos los miembros de la Corte Suprema de Justicia, abogados de la matrícula con igual número (nueve) que la primera, el fiscal general del Estado, y nueve miembros del mundo académico y científico.

En resumen, las propuestas de reforma de los arts. 253 y 262 de la CN, obedece a que la historia y la actualidad nos imprimen suficientes motivos para considerarlas necesarias y urgentes; máxime si tenemos en cuenta que no se puede negar la increíble influencia del Poder Legislativo en el mundo jurídico de una forma perniciosa. Basta con ver los procedimientos prácticos y diarios que se utilizan para los nombramientos, nefastamente tristes y repulsivos, de muchos funcionarios públicos, que como toda la ciudadanía sabe, no es por capacidad sino por política y favores turbios, salvo muy honrosas excepciones. Es, pues, no cabe la mínima duda, acuciante despolitizar el Poder Judicial.

V. A modo de colofón

De todo lo hasta aquí esbozado hemos arribado a los siguientes postulados:

1º) La historia y la actualidad son testigos de las deficiencias del sistema judicial. Es por eso, que esa independencia del Poder Judicial de la que habla la Carga Magna, no es más que una pura quimera.

2º) La “independencia del Poder Judicial” solamente ha de lograrse, en el correcto sentido de la frase, mediante una atinada legislación y consistencia ética de los magistrados.

3º) Un profundo cambio en torno a la composición del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y el Consejo de la Magistratura, para obtener así

más pluralidad y participación ciudadana.

4º) Despolitización del Poder Judicial, para efectivizar su independencia.

5º) Buscar con toda prisa trabajar sobre el tema estudiado porque la justicia es un tema que a todos interesa, ya que no es algo privativo de los litigantes o nada más de ciertos sectores.

VI. Referencias

Camacho, E. (2007). *Lecciones de Derecho Constitucional*, (1). Asunción, Paraguay: Intercontinental Editora.

Carnota, W. F., y Maraniello P. A. (2008). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Diez Picazo, L. M. (1992). Notas de Derecho Comparado sobre la Independencia Judicial. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 12. Número 34, p. 20.

Estigarribia Gutiérrez, H. E. (2010). El Derecho Constitucional como factor de democracia y gobernabilidad en el Paraguay. *Revista Jurídica CEDUC-UCA*, (XIX), pp. 59-60.

Fernández Arévalos, E., Moreno Rufinelli, J. A. y Pettit, H. A. (2012). *Constitución de la República del Paraguay. Comentada, concordada y comparada*, (2). Asunción, Paraguay: Intercontinental Editora.

Guastini, R. (1999). Sobre el concepto de Constitución. *Cuestiones Constitucionales*, (1-julio), p. 174.

Pásara, L. (2015). *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*. D. F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

LIMITES DO DESENVOLVIMENTO E DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS NA AMÉRICA LATINA: ALTERNATIVAS PELA NOÇÃO DE *BUEN VIVIR*

*Danielle de Ouro Mamede¹
Roger Luiz Paz de Almeida²*

INTRODUÇÃO

A crise relacionada ao meio ambiente tem trazido inúmeras discussões nos mais diversos âmbitos. Além dos desequilíbrios ambientais notórios, observa-se, ainda, uma crescente onda de insatisfação social diante de tantos problemas sociais que acompanham a degradação do meio ambiente. No entanto, apesar de haver bastante discussão quanto à questão, mostra-se a necessidade de reforçar as reflexões em torno de um discurso que atualmente vem sendo utilizado para perpetuar o modo de produção vigente que tem ocasionado tantas incongruências e negatividades na relação entre sociedades e natureza: o discurso desenvolvimentista.

Por meio deste estudo, pretendemos demonstrar como o ideal de desenvolvimento vem sendo utilizado para justificar intervenções nos recursos ambientais da América Latina. Na época colonial, as riquezas eram levadas por meio de um cruel extrativismo que empobreceu consideravelmente os recursos naturais latino-americanos e enriqueceu os países responsáveis pela exploração. Esta relação de exploração permanece até os dias atuais, porém, sob a denominação de desenvolvimento, que vem sendo materializado por intensos projetos de exploração dos recursos naturais.

Para demonstrar a ideia, apresentaremos de que forma foi construída a lógica desenvolvimentista, especialmente a partir das sociedades industriais hegemônicas e como esta lógica afetou o equilíbrio do meio ambiente. A seguir, traremos alguns exemplos de processos de exploração na América Latina

1 Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Ambiental e Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Professora em estágio de pós-doutoramento na Universidade do Contestado (UNC, Canoinhas, Santa Catarina, Brasil). E-mail: mamede.danielle@gmail.com.

2 Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Magistrado no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. E-mail: rogeralmeidax@gmail.com.

pautado nos pilares desenvolvimentistas. Como forma de demonstrar que tais processos não podem efetivar direitos socioambientais, traremos alguns aportes sobre socioambientalismo e direitos socioambientais. Por fim, traremos a experiência inovadora nos campos político-jurídico que alguns países latino-americanos tem experimentado, com foco nos processos da Bolívia e do Equador e suas experiências na busca de formas alternativas de proteção da natureza e das sociedades.

1 A LÓGICA DESENVOLVIMENTISTA E AS CONSEQUÊNCIAS PARA MEIO AMBIENTE

A fim de entender de que modo a lógica desenvolvimentista afeta a efetivação de direitos socioambientais, faz-se necessário, primeiramente, analisar as origens da expressão “desenvolvimento”. A inserção desta ideia possui uma gênese concreta e um lugar de origem muito específico: o termo nasceu no dia 20 de janeiro de 1949, sob o discurso do presidente estadunidense Harry Thruman, transcrito a seguir por Larrea:

Devemos empreender um novo programa audaz que permita que os avanços do conhecimento científico e nosso progresso industrial sirvam para a melhoria das áreas subdesenvolvidas. O que pensamos é um programa de desenvolvimento baseado nos conceitos de um tratamento justo democrático. (2010, p. 21).

Diante desta constatação, torna-se indispensável ponderar que a noção inicial de desenvolvimento parte de uma visão totalmente parcial e focada no viés industrial (econômico) construindo-se um conceito baseado na presunção de conhecimento e tecnologia superiores às demais nações do planeta, cujo narcisismo latente é demonstrado pela pretensão de levar “progresso e melhorias” aos demais povos do planeta.

A noção de desenvolvimento a partir de então, começou a ser utilizada tendo como parâmetro padrões da então pujante sociedade industrial, num contexto de valorização das mercantis relações proporcionadas pelo modo de produção capitalista. No entanto, esta ideia também passou por diversas transformações teóricas devido às mudanças crescentes nas demandas da sociedade.

José Eli da Veiga demonstra com clareza algumas destas transformações sofridas pelo conceito. A concepção mais frequente, segundo sua abordagem é aquela que relacionava o desenvolvimento a crescimento econômico (VEIGA, 2010, p. 17). Esta lógica, no entanto, representaria uma visão demasiadamente parcializada, já que trata uma questão de extrema relevância do ponto de vista social apenas por meio de indicadores econômicos como o Produto Interno Bruto ou a renda *per capita*. Assumir esta postura deliberadamente poderia desacreditar o ideal de desenvolvimento em razão dos problemas sociais. Citando Celso Furtado, em “o mito do desenvolvimento econômico”, Veiga explica que o fundamento para a defesa deste tipo de crescimento se dava pela equivocada ideia de que o padrão de vida desfrutado pelos países industrializados poderia se estender aos países mais pobres, compostos pelas grandes massas periféricas (FURTADO, *apud* VEIGA, 2010, p. 29).

Veiga traz, ainda, uma segunda concepção para o desenvolvimento, a qual denomina como uma visão utópica, difícil de ser concretizada e, portanto, caracterizada como um mito, uma ilusão, algo que nunca seria possível faticamente, (VEIGA, 2010, p. 17), pois jamais haveria possibilidade material de estender o padrão norte-americano de desenvolvimento a todos os povos do planeta. A proposta do autor, nesse sentido, é que se busque fugir das duas visões reducionistas anteriores e se comece a pensar em uma terceira via, ou o tão almejado “caminho do meio”.

Para tentar construir uma alternativa que possa ser classificada como esta “terceira via”, Veiga recorre ideias do economista indiano Amartya Sen, que propõe uma abordagem do desenvolvimento que fuja do viés meramente econômico. Para ele, o crescimento medido por indicadores econômicos pode ser muito importante se, e somente se, utilizado como um meio para aumentar as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade (SEN, 2010, p. 16). A proposta do autor para designar o desenvolvimento corresponde a um “processo de expansão das liberdades reais de que as pessoas desfrutam” (SEN, 2010, p. 16). Em sua concepção, esse processo de ampliação das liberdades para que as

pessoas levem a vida que desejam, nos padrões que elas mesmas valorizam, deveria corresponder à ideia de desenvolvimento. Por conta desta visão, no ano de 1998, Amartya Sen recebeu o Prêmio Nobel de Economia, sendo esta, portanto, de extrema importância para a abordagem aqui proposta, pois entendemos que o desenvolvimento não pode advir de padrões universalizadores, estranhos às características locais das diversas sociedades. Se houver a necessidade de pensar alguma espécie de desenvolvimento, este deve, em primeiro lugar, respeitar as peculiaridades culturais dos povos e sua relação para com os recursos naturais ao seu alcance.

No entanto, apesar da evolução experimentada pelo conceito de desenvolvimento, ainda há que se reconhecer que este ideal, abandeirado pelo modo de produção vigente, também é o responsável por inúmeros reveses que tem trazido prejuízos incalculáveis à qualidade da vida em geral. O ponto alto destes efeitos negativos, atualmente, são as chamadas crises ambientais (ou, de forma mais coerente, crises socioambientais), onde se nota um estado de degradação que transcende o simples aspecto dos elementos da natureza, afetando diretamente as diversas sociedades que dependem de tais elementos.

De forma geral, há um reconhecimento de diversas crises pelas quais passa a humanidade: “en la actualidad varias crisis están asolando a la humaniad: la crisis financiera, la crisis ambiental, la crisis energética y la crisis alimentaria; según diversos estudios de organismos internacionales, es necesario tomar medidas globales y estructurales, en caso contrario el mundo podría colapsar y generar el fin de la humanidad” (LARREA, 2010, p. 17). Entre estas tantas crises, a que talvez receba mais destaque atualmente é a crise do meio ambiente, que resulta, indubitavelmente, do modo de produção atual que tem valorizado demasiadamente o crescimento econômico pela exploração dos recursos naturais. O grande problema é que para conseguir manter o esperado crescimento e aumento de capital, a exploração da natureza tem ocorrido de forma desenfreada, utilizando-se os recursos naturais como se fossem uma fonte inesgotável para a geração de riquezas, sendo a mentalidade industrial uma grande colaboradora para a pauperização da natureza, conforme defende

Solange Teles da Silva:

O poder que o ser humano adquiriu de transformar o meio ambiente, notadamente, a partir da Revolução Industrial, resultou em uma multiplicação e diversificação da poluição ambiental. A isso se acoplaram o crescimento da densidade populacional com um consumo desenfreado dos recursos naturais e novas tecnologias. A prioridade foi dada ao lucro, à eficácia econômica e ao crescimento quantitativo como também à exploração dos recursos naturais e dominação da natureza. A degradação ambiental ultrapassou fronteiras e passou a colocar em risco a própria sobrevivência das gerações presentes e futuras. (SILVA 2009, p. 12)

Portanto, nota-se um considerável aumento na capacidade do ser humano de transformar o meio ambiente a partir da Revolução Industrial e das novas tecnologias, que trouxeram alterações ao *status* anterior da natureza.

A Revolução Industrial, portanto, fenômeno marcante da modernidade traz as transformações advindas deste novo modo de produção: a produção em massa. A utilização de cada vez mais recursos energéticos e de matéria prima em geral acabou por trazer, junto com as benesses do progresso, inúmeras contradições. Juntamente com melhorias concretas na vida das sociedades, a modernidade e sua Revolução também trouxe seus os riscos. Sobre estas contradições, é importante citar a teoria formulada pelo alemão Ulrich Beck, denominada teoria da Sociedade do Risco, que explica a crise do meio ambiente como resultado de uma franca reconfiguração da sociedade, que apresenta novas contingências, complexidades e incertezas (BECK, 2002, p. 1).

A sociedade do risco, nesse sentido, estaria inserida no contexto da Segunda Modernidade, que seria o período posterior à Primeira Modernidade, que foi marcada pela Revolução Industrial, bem como as transformações sociais que pressupunha. Na primeira modernidade, mudou-se o paradigma das relações de produção da sociedade. Na Segunda Modernidade, por sua vez, a sociedade colheria os frutos, consequências do período anterior. Em termos práticos, o que ocorreu foi que em nome da eficiência e da tecnologia, a

sociedade passou a assumir o risco causado por suas atividades, incluindo-se, entre os riscos, questão da crise ecológica (BECK, 2002, p. 1-7). Como exemplos concretos de riscos trazidos pela modernidade é possível citar alguns processos como por a Revolução Verde; a Questão Nuclear; a contaminação das águas e do solo, insegurança alimentar e a mudança climática.

Estas consequências possuem diversas facetas, indo desde os desequilíbrios ambientais que desregulam os ciclos naturais até as profundas alterações na dinâmica das sociedades. Apesar de muito graves, a questão da afetação do meio ambiente carrega problemas ainda mais fulcrais do ponto de vista social: Além desta lógica encontrar notáveis limites de continuar vigendo, face à finitude dos recursos, há ainda efeitos mais graves, começando pelo fato de que aqueles beneficiados pela exploração da natureza não sofrerão a mesma quantidade de infortúnios que aqueles que não se beneficiam com tais atividades. Estes fenômenos são conhecido como “externalidades” e tratam da admissão de que aqueles que realizam as atividades econômicas poluidoras, desfrutarão dos lucros, enquanto a coletividade deve arcar com os custos do excedente da produção, notadamente, a degradação do meio ambiente, que não é contabilizada pelo capital. A este fenômeno, dá-se o nome de injustiça ambiental.

Portanto, diante de tantos problemas enfrentados pela sociedade e pela natureza por conta do modo de produção econômico, não foi possível a construção de um quadro diverso ao da crise do meio ambiente. Tendo em vista as necessidades de desenvolvimento argumentadas em contraposição com a crise ecológica, em 1987, durante a Assembleia Geral das Nações Unidas, foi elaborado um estudo que atestava o *status* do problema e trazia como alternativa o desenvolvimento das ações humanas pelo viés do que ficou denominado como “desenvolvimento sustentável”. O termo foi expresso no relatório do estudo “Nosso Futuro Comum” (também conhecido como Relatório Brundtland), que definiu a expressão como o direito das gerações atuais a sanarem suas necessidades sem retirar o direito das gerações futuras a também desfrutarem desse direito.

As noções de desenvolvimento que tem considerado a questão ambiental, no entanto, ainda partem de uma premissa de que entende o desenvolvimentismo como crescimento econômico, numa visão unilateral, própria da sociedade hegemônica-ocidental. Até mesmo o chamado “desenvolvimento sustentável” constitui uma noção assentada precipuamente na racionalidade da necessidade inesgotável de que se continue a “desenvolver”, ainda que com alterações consideráveis no modo de produção. Em suma, ficou demonstrado que o desenvolvimento da forma como era tratado (pelo viés somente econômico) mostrou-se um modelo insustentável na prática, denotando a necessidade de uma reestruturação para tornar possível sua sobrevivência, o que originou o conceito de desenvolvimento sustentável, o qual se baseia na ideia-chave de que a fruição dos recursos naturais pela presente geração, não deve prejudicar o mesmo direito das gerações futuras.

Desde seu surgimento, a ideia de desenvolvimento sustentável também tem passado por incontáveis reestruturações. Amartya Sen, ao tratar do desenvolvimento sustentável critica esta visão de desenvolvimento pautado em termos de necessidades, argumentando que “não somos pacientes cujas necessidades exigem atenção, mas também agentes, cuja liberdade de decidir quais são os seus valores e como buscá-los pode estender-se muito além da satisfação de necessidades” (SEN e KLIKSBURG, 2010, p. 65), ainda mais quando se considera a subjetividade do conceito de necessidades. Após criticar esta concepção, Sen cita outros autores demonstrando que as ideias concebidas sobre a sustentabilidade possuem atrativos interessantes, como por exemplo, a preocupação com o padrão de vida das próximas gerações. No entanto, é necessário considerar “uma visão mais ampla dos seres humanos – uma visão que inclua os agentes cujas liberdades tem valor, não apenas como recipientes reduzidos a meros padrões de vida” (SEN e KLIKSBURG, 2010, p. 72).

Assim, na tentativa de estabelecer uma teoria sobre sustentabilidade que contemplasse outros aspectos, tem-se as contribuições de Ignacy Sachs (2004). Em sua visão, o desenvolvimento deve ser pautado em cinco pilares: a) social; b) ambiental; c) territorial; d) econômico e c) político.

Para o autor, a dimensão social deve servir a evitar o desmoronamento social que ameaça os lugares mais problemáticos do planeta; a dimensão ambiental deveria ser levada em conta tendo em vista que o meio ambiente representa muito mais do que provisão de recursos e disposição de resíduos; por sua vez, a questão territorial se apresenta tendo em vista a problemática da distribuição espacial dos recursos, relacionada diretamente à questão das terras; o viés econômico, seria justificado simplesmente por ser condição básica para que as coisas aconteçam e o político, finalmente, corresponderia à preocupação em que seja estabelecida uma governança democrática da vida em sociedade (SACHS, 2004, p. 15-16).

No entanto, em razão da complexidade inerente às relações sociais, políticas, culturais e econômicas, não é possível considerar que as políticas de desenvolvimento sustentável sejam a panacéia de todos os problemas da humanidade, especialmente porque tendem a considerar uma visão parcial das necessidades humanas.

A preocupação a que nos dedicamos neste artigo reside exatamente na consideração de fatores que fogem aos padrões estabelecidos pela sociedade hegemônica, excluindo grupos humanos minoritários, dotados de valores e de sentidos de vida diferenciados daquele que domina a lógica da cultura ocidental predominante.

Em nome de um desenvolvimento para a humanidade (como se esta se constituísse um todo homogêneo) se tem legitimado atos de latente desumanidade, conforme considera Rubio:

Pero no solo en el pasado, sino que también en nuestro presente, experimentamos muchos ejemplos con los que en nombre de una idea, los conceptos de progreso y de ciencia, de fe y de razón, se han aniquilado puntual y sistemáticamente a determinados pueblos y a muchas vidas humanas con la excusa de que, con ello, la humanidad ha evolucionado y ha logrado mayores niveles de desarrollo (SANCHEZ RUBIO, 2011, p. 124).

Assim, o que se nota é a construção de uma ideia de desenvolvimento que somente poderia servir a uma parcela da sociedade, excluindo aquelas que não compartilham com os valores da sociedade hegemônica, a exemplo dos povos e comunidades tradicionais³. Sanchez Rubio e Alfaro, nesse sentido, também explicam que esta noção de desenvolvimento (economia de mercado autorregulado e modelado pela ideologia neoliberal) acarreta na eliminação das pluralidades e riquezas humanas, culturais e naturais em nome da prevalência do dinheiro e do capital (RUBIO e ALFARO, 2006, p. 37).

Por este motivo e tantos outros já demonstrados, portanto, é que se defende que o modelo econômico atual estaria enfrentando uma crise que poderia levar ao esgotamento do próprio sistema:

Estamos en un periodo de transición de un modelo hegemónico de desarrollo, caracterizado por considerar al resto del mundo como subdesarrollado; por negar la diversidad cultural, política, económica; social; que legitima la intervención extrema (generalmente impuesta y violenta) y cuyo sustento esencial es el crecimiento económico (LARREA, 2010, p. 14-15).

Assim, modificar este paradigma tão dotado de violência cultural seria um processo traumático e complexo, já que, para a sociedade atual, o desenvolvimento funcionaria como uma espécie de religião, razão que leva o autor a defender ser necessário analisar as diversas concepções possíveis de desenvolvimento, desvelando seus sentidos e contra-sentidos a fim de apontar a possibilidade de um 'outro conhecimento' (LARREA, 2010, p. 15).

Nesse sentido, denota-se uma real preocupação com os modelos de desenvolvimento (tradicionalmente inadequados à realidade sociodiversa) a serem empregados no equacionamento das crises postas. Um dos modelos que tem sido defendidos internacionalmente, no entanto, tem sido a chamada Economia Verde, modelo amplamente questionado por setores da sociedade

3 Manoela Carneiro da Cunha (2008) defende que o conceito de povos e comunidades tradicionais está basicamente ligado à aderência de uma tecnologia e práticas semelhantes às que vigoravam tradicionalmente e que não são lesivas ao meio ambiente. Para ela, os direitos que hoje se reconhecem a esses povos são, em geral, fundamentados pelos serviços ambientais por eles proporcionados. Assim, os povos indígenas seriam uma exceção, pois seus direitos possuem outro fundamento: o fato de terem sido os primeiros ocupantes do território e também pelas injustiças históricas que sofreram.

civil tendo em vista sua inadequação frente as necessidades socioambientais. Esta, portanto, constitui mais uma racionalidade desenvolvimentista que buscará mercantilizar a natureza, integrando-a nas redes de mercado, porém debaixo de um discurso de proteção do meio ambiente. Os frutos negativos desta racionalidade também vem sendo demonstrados, especialmente pela negociação expressa de direitos de poluir.

Desta forma, nota-se que a racionalidade desenvolvimentista se constitui atualmente na arma de maior expressão utilizada em prol da continuidade de um modo de exploração altamente agressivo à natureza e aos povos. Apesar do qualitativo de “sustentável”, esta racionalidade tem causado diversos danos às sociedades, especialmente as sociedades fora do modo de produção capitalista econômico, como os povos indígenas e comunidades tradicionais. A seguir, demonstraremos alguns dos danos em diversos pontos da América Latina para subsidiar a necessidade de novas racionalidades para a relação entre sociedades e natureza.

2 OS PREJUÍZOS DO DESENVOLVIMENTISMO PARA O MEIO AMBIENTE NA AMÉRICA LATINA

A questão ambiental no continente latino-americano começou a ser profundamente afetada a partir do processo de colonização das terras então chamadas de “novo mundo”. Ferreira, Tavoloro, Giesbretch *et al* (2011, p. 20) indicam o colonialismo iniciado no século XVI, auge do colonialismo europeu em terras americanas, como a origem da degradação do meio ambiente.

Atualmente, o discurso de acumulação de riquezas e de pacto colonial, onde os recursos naturais eram largamente explorados para enriquecer a Europa, traveste-se com a roupagem do ideal desenvolvimentista, defendido pelo modo de produção hegemônico, por uma sociedade hegemônica, como forma de viabilizar sua sobrevivência frente às reivindicações das sociedades não hegemônicas ou minoritárias, cuja base cultural é majoritariamente não-capitalista.

Da mesma forma como as políticas desenvolvidas no período colonial, o paradigma do desenvolvimento impõe modos de ser, fazer e viver às

sociedades que originalmente não compartilham desta racionalidade, razão pela qual não é possível seu funcionamento em contextos não-hegemônicos. Mesmo havendo um sentimento de insatisfação geral com a questão desenvolvimentista e com a desigualdade que gera, ainda são observados movimentos a favor dos empreendimentos baseados neste paradigma em detrimento das questões socioambientais.

Em toda América Latina se observam programas de exploração dos recursos naturais que afetam às populações diretamente envolvidas, sendo interessante citar os seguintes casos:

O Chile funcionou como um laboratório para a aplicação das premissas neoliberais, desestatizando-se a economia e deixando seu funcionamento a cargo do mercado, causando uma sensível perda no que se refere aos direitos sociais. Este modelo econômico culminou em graves consequências para os povos originários, a exemplo dos Mapuche, que sofrem até hoje processos de acumulação capitalista pela desindustrialização e re-primarização da estrutura econômica, gerando pressões para a realização de exploração dos recursos naturais em seu território, especialmente pela megaindústria florestal na região, cujo capital é majoritariamente transnacional (MONDACA, 2013, p. 19-22).

Já no Brasil, cite-se o emblemático caso da construção do Complexo Hidroelétrico de Belo Monte, no Estado do Pará. Não obstante os inúmeros apelos sociais pela não construção do empreendimento, o governo brasileiro insiste em sua essencialidade para satisfação do tão propagado bem comum da sociedade brasileira, uma vez, segundo a racionalidade governamental, a necessidade de desenvolvimento do país pelo incremento de energia elétrica na região seria mais importante do que a insatisfação de “poucos” indígenas que vivem na área a ser afetada pelo empreendimento. (PLATAFORMA DHESCA, 2013)

Um fato interessante a ser destacado é que a presença dessas ameaças desenvolvimentistas são um fenômeno generalizado na América Latina. Não constitui objetivo deste trabalho esgotar os problemas socioambientais que

perpassam a região, até porque seria impossível. No entanto, é necessário demonstrar que este processo ainda se mostra presente mesmo em países cujo governo é considerado progressista, e que, portanto, buscam implementar novas formas de desenvolver, há uma persistência nos empreendimentos extrativistas, ignorando a insatisfação de grupos locais ou movimentos indígenas, por exemplo, e argumentando de forma velada pela necessidade de sacrifícios locais para o bem-estar geral (GUDYNAS, 2011, p. 238). Exemplos disso são a Bolívia e o Equador que, mesmo trazendo propostas de reforma legal inovadoras (como se observará adiante) ainda padecem com os efeitos negativos de ditos empreendimentos.

A postura boliviana, por exemplo, é criticada por Gudynas, que pondera que a Bolívia ainda mantém a industrialização dos recursos naturais como uma importante finalidade do Estado, o que gera potenciais contradições entre o discurso ambientalista e as medidas reais de salvaguarda do meio ambiente (GUDYNAS, 2011, p. 236). Estas contradições, segundo o autor, advêm dos discursos radicais de Evo Morales, presidente boliviano, nos debates internacionais, mas que dentro das fronteiras do país, seria substituído pela implementação de estratégias extrativistas (inclusive com incremento para extração de ferro e lítio), não sendo aplicados, portanto, os princípios demonstrados nos discursos internacionais (2011, p. 240).

Outro exemplo dessas ameaças são as atividades de exploração no México, um país com grande diversidade cultural e que tem enfrentado diversas lutas na tentativa de impedir o uso predatório dos recursos naturais, sendo relatados, inclusive, casos em que as comunidades locais lograram a retirada de empreendimentos de exploração de recursos naturais que traziam diversos danos à população local. Um exemplo de local emblemático no país refere-se às tentativas de apropriação das riquezas contidas no território indígena de Cuetzalan (Serra Norte do Estado de Puebla).

Segundo Alejandra Meza, as populações locais viviam em um sistema de economia mercantil simples, sendo-se invadidos pelas industriais capitalistas, suas mercadorias e promessas de benefícios, o que gerou uma

profunda desagregação do modo de vida da sociedade local. Os produtores locais passaram de auto-subsistentes à categoria de meros servidores do sistema imposto, retirando-se a autonomia existente até então. Isto teria permitido um largo processo de acumulação do capital, que trouxe apenas mais pobreza para o povo, que eram submetidos a esta racionalidade, inclusive, pela via da violência. No entanto, graças aos processos de resistência pela mobilização social, essas populações lograram construir novas alternativas por meio da organização coletiva até que se viram livres da ingerência econômica externa, construindo suas próprias cooperativas que lhes renderam a tão desejada autonomia (MEZA, 2013, p. 169-181). Estes são alguns exemplos emblemáticos a partir da construção de lutas pelos direitos socioambientais, que precisam ser conhecidos para inspirar outras formas de resistência à expropriação dos recursos naturais sofridas pelos povos.

A presença de tantas ameaças na América Latina, portanto, tem gerado a busca pela elaboração de novas propostas a partir dos chamados direitos socioambientais, no campo do direito hegemônico, e também propostas ainda mais radicais, baseadas na ideia de refundação do Estado e adoção de valores próprios, como é o caso do Consitucionalismo Latino-Americano.

3 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS E A RESISTÊNCIA AO DESENVOLVIMENTO DESTRUTIVO

Ainda que o quadro de degradação dos sistemas socioambientais seja latente, é possível observar uma forte tendência na luta pela construção e efetividade dos direitos socioambientais. No campo do Direito hegemônico (predominante, sem proposição de novas formas jurídicas) tem sido construídos os direitos socioambientais, com base na proposição de uma postura ambientalista, mas que considera além do componente ambiental, a estreita vinculação deste com as sociedades:

O socioambientalismo foi construído com base na ideia de que as políticas públicas ambientais devem

incluir e envolver as comunidades locais, detentoras de conhecimentos e de práticas de manejo ambiental. Mais do que isso, desenvolveu-se com base na concepção de que, em um país pobre e com tantas desigualdades sociais, um novo paradigma de desenvolvimento deve promover não só a sustentabilidade estritamente ambiental – ou seja, a sustentabilidade de espécies, ecossistemas e processos ecológicos – como também a sustentabilidade social – ou seja, deve contribuir também para a redução da pobreza e equidade. Além disso, o novo paradigma deve promover e valorizar a diversidade cultural e a consolidação do processo democrático no país, com ampla participação social na gestão ambiental. (SANTILLI, 2005, p. 56).

Portanto, para que o socioambientalismo possa ser plenamente configurado, o estabelecimento de políticas públicas ambientais deve passar necessariamente pela consideração do posicionamento das comunidades afetadas, seja qual for o nível de intervenção do Estado ou das atividades econômicas em geral sobre seu entorno.

O socioambientalismo, portanto, terá com fim último a busca pela observância dos direitos socioambientais que, por sua vez, buscam resguardar os bens socioambientais. Carlos Marés (2002, p. 37-46) sustenta que os bens socioambientais precisam ser pensados de forma diferente da lógica dos direitos individuais que caracteriza a base do sistema jurídico vigente, dando-se a devida ênfase à construção dos direitos coletivos. Segundo o autor, os direitos socioambientais são dotados das seguintes características:

- a) Não são mera soma de direitos individuais;
- b) Sua titularidade é difusa, pois não pertence a ninguém em especial, mas cada um pode promover a sua defesa;
- c) O bem socioambiental deve ser entendido como a natureza, considerando-se a ingerência humana;
- d) Os bens socioambientais são todos aqueles que possuem essencialidade para a manutenção de todas as formas de vida;

e) Para sanar a violação de direitos socioambientais, não é possível utilizar de pagamentos em dinheiro ou bens patrimoniais. Nos direitos socioambientais deve haver a restauração do ambiente e não a reparação do dano.

f) Sob a lógica dos direitos socioambientais não é possível a ideia de transacionar direitos de poluir.

Portanto, a consideração dos direitos socioambientais deve voltar-se á visão integrada da natureza em face do ser humano, abrangendo, portanto, os elementos naturais e todos os recursos bióticos, abióticos, além da faceta cultural.

Traçando um paralelo entre a configuração dos direitos socioambientais e o ideal posto de desenvolvimento, torna-se fácil perceber uma série de incompatibilidades. Se observarmos os projetos que carregam a alcunha de “desenvolvimentistas” não raramente haverá situações onde:

a) O modo de vida das populações afetadas é profundamente modificado;

b) Altera-se negativamente a qualidade do meio ambiente na região;

c) Há uma tentativa de compensação financeira pelos danos causados ao meio ambiente, mas que não incluem a reversão do dano ambiental causado (ex. construção de escolas, hospitais e etc);

d) Ocorre uma dependência assistencialista da população dos recursos proporcionados pelo empreendimento;

e) Não há uma efetiva consideração da opinião das comunidades afetadas. A consulta torna-se meramente informativa.

Adotamos, aqui, o posicionamento de que os projetos desenvolvimentistas não portam a vocação de servir aos ideais socioambientais, uma vez que da forma como vem sendo manejado, no geral, não permitem uma valorização das condições do meio ambiente como condição não-negociável, proporcionando a troca de condições ambientais saudáveis por alguns

incentivos financeiros.

No entanto, ainda que o quadro socioambiental na atualidade possa revelar-se negativo, há que se ponderar que algumas alternativas vem sendo propostas no âmbito do Constitucionalismo Latino-Americano, na tentativa de romper com a racionalidade exploratória dos recursos naturais. Trata-se de um movimento que tem modificado a forma pela qual o Direito trata as questões relativas ao meio ambiente, admitindo-o não como mero recurso à disposição do desenvolvimento, mas como parte inerente do ser social.

4 BUEN VIVIR COMO ALTERNATIVA À SOBERANIA EM RELAÇÃO AOS RECURSOS NATURAIS

O Constitucionalismo latino-Americano tem sido um dos mais significativos e recentes exemplos do esforço em solucionar a questão ambiental na América Latina: os movimentos constitucionais deflagrados por meio das novas constituições da Bolívia e do Equador consagram como “princípio máximo” o *suma qamaña*, ou “*vivir bien*” ou “*bien vivir*”.

Diante de quadros tão negativos a respeito da condição humana e do *status* do meio ambiente, um novo movimento constitucional vindo dos países andino-amazônicos tem trazido como resposta o que se convencionou denominar como “Novo” Constitucionalismo Latino-Americano ou Constitucionalismo Andino. Trata-se, grosso modo, de uma iniciativa capitaneada especialmente por países como Bolívia e Equador, de trazer novos aportes para o Direito Latino-Americano, rechaçando as heranças da colonialidade que permeia até hoje as instituições jurídicas. A busca por novos modelos de Estado e de relações entre sociedades e meio ambiente é a tônica diferenciada que se observa nas novéis constituições. Nesse sentido, importa a análise dos principais pontos trazidos como novidade para o mundo jurídico e para a proteção do meio ambiente, incluindo-se, por óbvias razões, a observância de novos valores a serem refletidos na questão ambiental.

Entre tantas alternativas propostas dentro do modelo desenvolvimentista, visando coadunar necessidades econômicas às ambientais, nenhuma propunha a ruptura com as bases causadoras das crises vivenciadas. As distintas correntes concentraram-se em discutir como deveriam ser usadas as riquezas naturais, mas nenhuma punha em cheque a necessidade de explorá-la (GUDYNAS, 2011. P. 237). A resposta andina, no entanto, aparece neste sentido, questionando as bases da sociedade hegemônica moderna e resgatando os valores dos povos andinos como base para o que se tem denominado como “refundação do Estado”, o que implica profundas rupturas políticas.

Segundo Wolkmer, o “novo” constitucionalismo latino-americano propõe uma ruptura jurídico-política paradigmática ao partir do pressuposto de que o constitucionalismo construído de forma colonizada (a partir de premissas eurocêntricas) seria completamente insuficiente para as sociedades latino-americanas, cuja estrutura social é fundamentalmente diversa da europeia. Assim, o autor defende que esta proposta passa a ser gestada em contextos de “mudanças políticas, dos novos processos constituintes, dos direitos relacionados aos bens comuns da cultura e da natureza, e das relações paradigmáticas entre o Estado e as populações originárias” (WOLKMER, 2013. P. 29).

Portanto, conforme observado no constitucionalismo latino-americano, a reforma pretendida começa pela base constitucional, alterando-se desde a composição dos membros da Constituinte, até o destaque a outros elementos a serem tutelados pelo Estado, como os direitos culturais e da natureza, que passam a ter destaque em detrimento dos direitos clássicos de origem colonial, observados nas Constituições modernas, como o direito à propriedade privada e a segurança contratual.

No Direito moderno-hegemônico, tem-se que os valores que deverão servir de base à sociedade são espécies normativas denominadas “princípios”, a exemplo da teorização dada por Robert Alexy (2008). Utilizando-se a categoria normativa como paralelo, tem-se que o *buen vivir* seria um tipo de princípio que deve abalizar a organização das sociedades que o adote. No entanto, este

“princípio” (assim, entre aspas) pleitea uma cosmovisão diferente da ocidental, uma vez que surge de raízes não capitalistas, rompendo com a lógica antropocêntrica dominante (FREIRE, 2012, p. 16). Se o *buen vivir*; portanto, denota o princípio maior a ser utilizado na constituição das sociedades, de forma a considerar seus valores intrínsecos, tem-se que a mesma lógica deverá ser utilizada no que tange à ideia de desenvolvimento, tendo em vista a indissociabilidade desses elementos. Desta forma, mostra-se necessário analisar as conseqüências do *buen vivir* para a ideia de desenvolvimento.

Diante do problema para concretizar um ideal de desenvolvimento há que se mostrar em que sentido estão sendo elaboradas alternativas ao modelo hegemônico de desenvolvimento pautado em parâmetros meramente econômicos.

Dentre as alternativas postas, interessante citar a busca por outro tipo de desenvolvimento e da própria estrutura política em alguns países latinoamericanos: a proposta do '*buen vivir*'/ '*suma qawsae*'/ '*allin kawsay*' ou '*suma kamaña*'. Para simplificar a abordagem utilizaremos a terminologia '*buen vivier*'.

De acordo com Gudynas (2011, p. 232) o *buen vivir* ainda é um conceito em construção, sobre o qual é possível abordar sob diversas ênfases como posturas teóricas e práticas políticas, a partir de uma cosmovisão onde as sociedades se desenvolvem em consonância com as necessidades coletivas e com respeito ao meio ambiente, uma vez que seus elementos não podem ser dissociados e nem apropriáveis economicamente. A implementação do *buen vivir* na América Latina tem como precedentes sua inclusão nas Constituições da Bolívia e do Equador.

A Constituição Boliviana (2009) traz em seu texto a noção de “*vivir bien*” como princípio ético-moral da sociedade plural, fazendo dela o objetivo primordial da sociedade. Assim elementos sociais fundamentais como a educação, o modelo econômico e a eliminação da pobreza deverão estar orientados para o “*vivir bien*”. De forma análoga, no tocante à natureza, será possível observar em vários pontos, a defesa de sua gestão respeitando-se a

soberania e o interesse do povo. Também é possível observar nessa Constituição a remissão expressa à observância do ideal de desenvolvimento sustentável e de respeito à natureza. A Constituição Boliviana prevê, ainda, a soberania dos povos indígenas sobre os recursos existentes em seus espaços, segundo as normas legais para sua proteção, mas utilizando-se de suas próprias normas e formas harmônicas de relação com a natureza. Assim, nota-se que a interpretação de desenvolvimento sustentável trazida pela Constituição deve ser norteadada pelos valores de pluralidade que passou a basear a estrutura política boliviana. Assim, busca-se maior abertura para ações de desenvolvimento compatíveis com os valores dos povos, em toda a sua diversidade.

A Constituição equatoriana, por sua vez, utiliza-se de um termo análogo, o “buen vivir” também como princípio a ser observado, mas elenca uma série de direitos necessários à sua constituição. Estabelece, ainda, que as pessoas poderão beneficiar-se dos recursos naturais de acordo à noção desse “buen vivir” e que as políticas públicas de modo geral deverão por ela ser orientadas. A mediação de conflitos também deve ser orientada pelo mesmo paradigma, assim como as formas de desenvolvimento, que também deverão respeitar as diferenças. Também é possível observar nessa Constituição a presença de um rol de deveres do Estado, das pessoas individualmente e das sociedades organizadas para a consecução do chamado “buen vivir”, bem como diversos dispositivos interessantes como, por exemplo, a limitação do endividamento público à não afetação do “buen vivir”. Além disso, há todo um título da Constituição dedicado ao estabelecimento de como o Estado, juntamente com a sociedade deverão alcançar esse paradigma.

Talvez, as experiências que tem buscado espaço num mundo tão adepto da lógica mercadológica ou, ainda, experiências dentro do sistema, mas que busquem dar a ele uma nova tônica, possam ajudar na construção de uma sociedade mais justa, equilibrada, e que busque resguardar os direitos socioambientais, a partir de uma visão realmente abrangente, integrada e conciliadora. Por este motivo, importante de faz observá-las e tentar extrair suas facetas de sucesso, visando atingir a tão debatida concretização do mais próximo possível à ideia de desenvolvimento sustentável.

No campo teórico, importante assinalar que o *buen vivir* possui alguns eixos norteadores, dentre os quais destacam-se alguns, conforme sistematiza Estermann *apud* Larrea (2010, p. 45):

- Tudo possui vida. O desenvolvimento, portanto, deve ocorrer sempre em favor da vida;
- Os recursos naturais não são simples recursos. Para a cosmovisão andina é absurdo privatizá-los;
- O ser humano não pode ser considerado como proprietário da natureza, mas como cultivador desta;
- O desenvolvimento, na concepção do *buen vivir* não deve significar acumulação de bens ou de dinheiro, mas o amadurecimento dos seres dentro de um equilíbrio macrocósmico e ecológico;
- A economia e o desenvolvimento econômico devem servir ao manejo cuidadoso e prudente da “casa comum”.

Os princípios trazidos pelo *buen vivir*, como se nota, trazem aportes diferenciados para a elaboração de uma estrutura política diferenciada e alternativa ao modelo atualmente vigente:

Estos principios del “vivir bien” del mundo andino y amazónico, son objeto de reflexión en un mundo académico y político de la modernidad, y podrían constituirse en una de las alternativas en la búsqueda de otro modelo de desarrollo que la humanidad está buscando en la actual coyuntura histórica (LARREA, 2010, p. 47-48)

Assim, nota-se que a adoção dos princípios tem se dado num sentido de fornecer outras visões acerca do desenvolvimento, onde o foco sairia do consumo material para dar lugar ao enfoque na qualidade de vida das pessoas e no respeito à natureza, afastando-se, portanto, das posturas convencionais em torno do que seria considerado como desenvolvimento (GUDYNAS, 2011, p. 231).

Outra diferenciação da visão de desenvolvimento proposta pelo *buen vivir* refere-se à valorização dos saberes tradicionais, especialmente os andinos (GUDYNAS, 2011, p. 233), fato que consegue pôr em prática o ideal de ecologia dos saberes defendido por Boaventura de Souza Santos.

Desta forma, há que se ressaltar que o paradigma do *buen vivir* proposto pela cosmologia andina, portanto, apresenta uma nova forma de manejo da natureza e da realização de um desenvolvimento que a inclua, de forma atrelada à ecologia de saberes, o que poderia servir como uma contraproposta ao desenvolvimento sustentável:

El buen vivir es una reacción contra y más allá del desarrollo convencional; en esa postura, la insatisfacción y los cuestionamientos sobre cómo se maneja la naturaleza siempre jugaran un papel importante. Las posturas predominantes en América Latina conciben al ambiente como un conjunto de recursos a disposición de los humanos, y cuya apropiación y uso permitirán nutrir el crecimiento económico (GUDYNAS, 2011, p. 237).

Desta forma, diante de tantos problemas demonstrados pela insuficiência de um modelo de desenvolvimento insustentável na prática, há que se pensar nos aportes trazidos pela reestruturação teórica que rege os eixos de sustentação da sociedade, bem como dos valores (no sentido axiológico) defendidos por uma sociedade cada vez mais carente de um modelo de desenvolvimento que respeite a condição humana e a necessidade de manutenção dos recursos naturais como condição essencial para uma coexistência pacífica de tamanha diversidade que nos é inerente.

Esta tomada de consciência que leva à construção de um direito mais próximo às necessidades locais, respeitando-se as cosmovisões dos povos sobre sua relação com a natureza, sinaliza um importante processo de re-tomada da soberania dos povos latino-americanos sobre seus recursos naturais, dando sinais de que é possível construir relações diferenciadas com os recursos naturais. Portanto, este processo mostra uma autêntica vocação para a

emancipação dos povos, oportunizando que sejam libertos da ingerência externa sobre seus recursos. Resta observar, em um futuro próximo, os resultados materiais destas novéis experiências diante da necessidade de preservação do meio ambiente e de respeito aos povos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desequilíbrio observado entre as sociedades e o meio ambiente tem gerado inúmeras possibilidades de solução. Neste artigo, apresentamos algumas daquelas que pugnam por uma nova forma de conceber o desenvolvimento ou, ainda, que rechaçam a necessidade de um desenvolvimento que destrói os modos de vida dos povos culturalmente diferenciados.

Durante a reflexão levada a cabo, observou-se que a lógica desenvolvimentista tem sido o discurso predominante e que visa perpetuar a exploração dos recursos naturais e dos povos, especialmente nos países ditos “subdesenvolvidos”. Como exemplo, optou-se por demonstrar de que forma este processo tem sido presente na América Latina, destacando-se alguns processos de resistência à imposição de atividades econômicas ditas “desenvolvimentistas”. Diante de tantos prejuízos, parece clara a necessidade de que a sanidade da natureza e dos povos precisa de alternativas viáveis para consolidar-se. Entre as alternativas para este fim, destaca-se a construção dos direitos socioambientais, no âmbito do direito hegemônico e, no campo da construção de novas lógicas político-jurídicas, o Constitucionalismo Latino-Americano, através da consolidação do *buen vivir*, como princípio máximo a reger a vida em sociedade.

É certo que inúmeros são os problemas socioambientais enfrentados. No entanto, o pano de fundo de tem ocasionado tantos e graves desequilíbrios (o ideal desenvolvimentista) deve ser pensado de forma crítica, sem perder de vista a consideração das visões alternativas que se apresentam. De forma mais imediata, a luta pela consideração dos direitos socioambientais possui extrema relevância a fim de estabelecer limites ao sistema econômico posto e à ingerência desenvolvimentista. A longo prazo (e a título de mudança mais

radical), cabe pensar a rica contribuição que o Constitucionalismo Latino-Americano tem aportado na missão de pensar sociedades mais humanas e que considerem a natureza além de mero instrumento de desenvolvimento de suas economias, estabelecendo esta visão em seus sistemas jurídicos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

CUNHA, Manoela Carneiro. **Povos Tradicionais têm um pacto com o meio ambiente**. Disponível em: <<http://www.ispn.org.br/entrevista-com-manuela-carneiro-da-cunha/+povos+tradicionais+conceito&cd =3&hl =pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 20jul. 2010.

FERREIRA, Leila da Costa; TAVOLORO, Sergio Barreira; GIESBRETCH, Marília D'Ottaviano; MARTINS, Rafael D'Almeida e CASTRO, Carlos Portiara. **Questão ambiental na América Latina: teoria social e interdisciplinaridade**. In: FERREIRA, Leila da Costa. **Questão ambiental na América Latina: teoria social e interdisciplinaridade**. São Paulo: Editora Unicamp, 2011.

GUDYNAS, Eduardo. **Tensiones, contradicciones y oportunidades de la dimensión ambiental del Buen Vivir**. In: FARAH, Ivonne e VASAPOLLO, Luciano. **Vivir bien: ¿Paradigma no capitalista?** La Paz: CIDES-UMSA, 2011. P. 237

LARREA, Remberto Catacora. **Otro “desarrollo” es posible: vivir bien, posdesarrollo y nuevas ecologías**. La Paz: Garza Azul, 2010.

MARÉS, Carlos Frederico. **Introdução ao Direito Socioambiental**. In: LIMA, André. **O Direito para o Brasil Socioambiental**. Porto Alegre, 2002.

MEZA, Alejandra. **Maseuales y coyomes de Cuetzalan**. In: RODRÍGUEZ, Carlos e CRUZ, Ramses Arturo. **México bárbaro del siglo XXI**.

Universidad Autónoma Metropolitana UAM-Xochimilco; Universidad Autónoma de Sinaloa: México, 2013.

PLATAFORMA DHESCA. **Relatório da Missão Xingu**. Relatoria Nacional do Direito Humano ao Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAAYS8AK/relatorio-belo-monte-dhesca>>. Acesso em 01 de julho de 2013.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

SANCHEZ-RUBIO, David Sánchez. **Encantos y desencantos de los derechos humanos: de emancipaciones, liberaciones y dominaciones**. Barcelona: Icaria, 2011.

SANCHEZ-RUBIO, David Sánchez e ALFARO, Norman J. Alfaro. **Nuevos colonialismos Del capital. Propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos**. In: **Hiléia** – Revista de Direito Ambiental da Amazônia. Manaus, v. 1, n. 1, 2003.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica da diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Solange Teles. **O direito ambiental internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VEIGA, José Eli. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo latino-americano**: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013. P. 29

ACUERDO Y SENTENCIA N° 11

En Ciudad del Este, República del Paraguay, a los doce días del mes de marzo del año dos mil catorce, estando reunidos en la Sala de Acuerdos del Excelentísimo Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, los señores Miembros SIXTO MELGAREJO, MIGUEL ANGEL ONIEVA AGÜERO y GUIDO RUBEN COCCO SAMUDIO, bajo la Presidencia del primero y por ante mí el Secretario autorizante, se trajo a acuerdo el expediente caratulado: “RODOLFO ERNESTO ZOTTI SICULI C/ EUZA CORONEL LUGO S/ DESALOJO”, a fin de resolver los recursos de apelación y nulidad interpuesto por la parte demandada contra la S.D. N° 119 de fecha 03 de Mayo de 2013, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 4to. Turno de esta Circunscripción Judicial.-

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

C U E S T I O N E S:

Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, se encuentra ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: GUIDO R. COCCO SAMUDIO, SIXTO MELGAREJO y MIGUEL ANGEL ONIEVA AGÜERO.-

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL MAGISTRADO GUIDO R. COCCO SAMUDIO, DIJO: El recurso no fue sostenido en Alzada, no obstante luego de una revisión oficiosa del fallo recurrido no se ha detectado errores u omisiones de naturaleza solemne o formal que pudieran motivar una declaración de nulidad conforme lo disponen los Arts. 113, 404 y 420 del Código de forma. Corresponde pues declarar desierto este recurso.- Es mi voto.-

A SU TURNO LOS MAGISTRADOS SIXTO MELGAREJO, MIGUEL ANGEL ONIEVA AGÜERO dijeron que se adhieren al voto del Magistrado preopinante por sus mismos fundamentos.-

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL MAGISTRADO GUIDO R. COCCO SAMUDIO, DIJO: Por la sentencia apelada el Juez Aquo resolvió: “1-) HACER LUGAR, con costas, a la Demanda de Desalojo, promovida por el Sr. RODOLFO ERNESTO ZOTTI SICULI contra la Sra. EUZA CORONEL LUGO, conforme al discurso argumentativo expuesto en el considerando de esta Resolución; en consecuencia, intímase a la citada demandada a que haga entrega voluntaria al Actor, del inmueble objeto de la presente litis, dentro del plazo de diez días de haber quedado firme y consentida la presente resolución,

bajo apercibimiento de que si así no lo hiciera, se ordenará el lanzamiento por la Fuerza Pública. 2-) ANOTAR..”.-

Expresa el representante convencional de la recurrente que, su mandante reside en el inmueble individualizado como Finca N° 2.534, con Cta. Cte. Ctral. N° 26-0379-12 adjudicado por sucesión en un 75% al señor Rodolfo Ernesto Zotti Siculi y que en parte del inmueble también residen otras personas. Refiere que la sentencia no tuvo en cuenta que la demandada ha ingresado en el inmueble en carácter de administradora, encargada, sereno y limpiadora del Sr. Rodolfo Ernesto Zotti Siculi y con la promesa de que le abonaría sus haberes cuando se venda el inmueble y en estas condiciones permanece en el inmueble. Prosigue que, en varias ocasiones ha manifestado al actor que no tendría problemas de salir del local a condición de que le pague lo convenido en carácter de haberes salariales. Agrega que ha promovido una demanda laboral contra el actor conforme consta a fs. 51/57 de autos y en virtud de esta demanda deducir retención de inmueble por haberes salariales. Alega que corresponde la retención hasta que el deudor efectúe la contraprestación reclamada. Solicita la revocatoria de la sentencia apelada.-

La parte actora contesta el traslado sosteniendo que la fundamentación del recurso es una transcripción exacta de la contestación por ello solicita la aplicación del Art. 419 del C.P.C. Asimismo, niega todas las aseveraciones expuestas por la demandada en razón de que se ha demostrado en autos con documentos fehacientes de conformidad al Art. 621 y siguientes del C.P.C. y que fueron contrarias a las pretensiones de la accionada. Peticiona la confirmatoria del fallo recurrido.-

En principio advertimos que, el escrito presentado por el recurrente, a tenor de lo dispuesto en el Art. 419 del C.P.C., orilla la deserción del recurso, primero porque gran parte constituye una repetición de lo expresado en la contestación de la demanda y segundo porque en la fundamentación de este recurso debería atacarse los argumentos contenidos en la sentencia apelada, exponiendo porqué no se ajustan a derecho y cuál o cuáles serían las medidas correctivas aplicables al caso, apoyado siempre en disposiciones legales. Esta conducta no hemos observado en la presentación de fs. 109/112 de autos.-

No obstante lo afirmado, surge claramente en autos la condición en que se encuentra la demandada en el inmueble objeto de litis, y es indudablemente la de precarista, porque reconoce que el titular del inmueble es el actor y que ha ingresado en el mismo por orden del mismo. Ningún otro extremo de lo alegado ha sido acreditado en autos.-

Según los juristas, “el precario” no es un contrato que pueda celebrarse de forma tácita mediante la detentación tolerada. Es una situación jurídica que se singulariza por los remedios procesales de que dispone el dueño de la cosa frente al precarista que ostenta la posesión de ella. Uno de esos remedios es la acción de desahucio. La posesión no prevalece sobre la propiedad u otros derechos reales, de ahí que la posesión ejercida por un no propietario no es un gravamen de la cosa poseída, ni la transmisión de la posesión equivale a un acto dispositivo de la cosa.-

Por sabido que, la demanda de desalojo es una acción personal que posee el titular de un inmueble destinada a obtener la restitución de un bien de quien lo detenta sin ánimo posesorio y está obligado a la restitución, ya sea en virtud de un contrato o porque su conducta revela que reconoce la obligación de restituir, tal como sucede en el sub examine. Ninguna otra cuestión - que no sea la restitución del inmueble - puede ser ventilada en este sumario por imperio de lo dispuesto en el Art. 621 del C.P.C. Ello en virtud a la garantía que ofrece nuestra Constitución Nacional en su Art. 109 sobre la inviolabilidad de la propiedad privada en concordancia con el Art. 1954 del C.C. acerca del derecho de usar, gozar y disponer cada persona de sus bienes particulares. Por lo que se puede apreciar, la ley protege la propiedad privada de diversas formas para el uso pleno de su dueño, y una de ellas es el juicio de desalojo, entre cuyos presupuestos figura la procedencia contra el ocupante precario.-

Respecto al actor, ha presentado los recaudos legales pertinentes (título de propiedad) para que la pretensión de su derecho proceda, sin que la contraparte haya contrarrestado.-

En lo referente al derecho de retención invocado, resulta improcedente por los argumentos expuestos precedentemente con el agregado que la reclamante no ha justificado mínimamente la primera parte del Art. 1827 del C.C. “Aquél que retenga con derecho una cosa..”. Al respecto, no resulta suficiente la promoción de un juicio laboral que trata un tema totalmente distinto al debatido en éste sumario. Es más, ni siquiera el progreso de aquella acción justificaría la indebida resistencia que opone la demandada a desocupar el inmueble ajeno.-

Conforme a los fundamentos expuestos no existe argumentos para modificar la sentencia recurrida, consecuentemente debe ser confirmada, con costas al apelante, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 203 inc. a) del C.P.C. Es mi voto.-

A SU TURNO LOS MAGISTRADO SIXTO MELGAREJO dijo que se adhiere al voto del Magistrado preopinante por sus mismos fundamentos.-

A SU TURNO EL MIEMBRO MIGUEL ANGEL ONIEVA AGÜERO, dijo: Por la sentencia recurrida el Juez resolvió: 1.-Hacer Lugar, con costas a la demanda de desalojo promovida por el Señor Rodolfo Ernesto Zotti Siculi contra la Señora Euza Coronel Lugo, en consecuencia intimase a la citada demandada a que hagan entrega voluntaria al actor, del inmueble objeto de la presente litis, dentro del plazo de diez días de haber quedado firme y consentida la resolución, bajo apercibimiento de que si así no lo hiciere se ordenará el lanzamiento por la fuerza pública.

El recurrente expone que el inmueble Finca N°: 2.534, con Cta. Cte. Ctral. N°: 26-0379-12 donde reside la demandada es propiedad del causante Juan Octavio Zotti Scribe, que fue adjudicado en derecho sucesorio el 75% al Señor Rodolfo Ernesto Zotti Siculi y el 25% a la Señora Ana Cristina Zotti Escobar, conforme consta a fs. 30/1 de autos. En el fallo no se tuvo en cuenta que

contrato de alquiler clausula segunda, (26), quien ya no se encuentra como locatario, pero si otra persona pariente del Señor Agustín Portillo, que por información del mismo que ya ha pagado supuestamente la mitad del precio del inmueble. Tampoco tuvo en cuenta que el demandado ha ingresado en el inmueble en carácter de administradora, fue encargada del Señor Rodolfo Ernesto Zotti en fecha 26 de Octubre/99, como limpiadora, encargada y sereno, con la promesa que al vender la residencia le pagaría todos sus haberes laborales, no fue empleada domestica hasta debía de pagar a la Ande, estuvo todo el tiempo con la esperanza de que le reconozca todos los gastos más los haberes laborales. El accionante le solicitó a la demandada que abandone el inmueble, cuando vino a alquilar el local el Señor Manuel Basurto, que no está alquilando pues fue desalojado a la fuerza. En varias oportunidades le ha manifestado que no tendría problema de salir del local siempre que le pague sus haberes salariales. Presentó la demanda laboral contra el accionante y en virtud de esta demanda dedujo retención de inmueble por haberes salariales. Al terminar solicita que se revoque la sentencia apelada.

La adversa al contestar el traslado de los agravios, solicita que se declare desierto el recurso fundado en las disposiciones del Art. 419 del Código Procesal Civil.-

Recurriendo al contenido de la demanda se advierte que fue iniciada por el Señor Rodolfo Ernesto Zotti Siculi en su calidad de propietario del inmueble individualizado como Finca N°: 2.534 – Cta. Cte. Ctral N°: 26-0379-12, que lo demuestra con la copia autenticada del A.I.N°: 2.051 de fecha 22 de Octubre de 2.010 y la S.D. N°: 307 de fecha 04 de Mayo de 2.001 y el titulo de origen respectivo. Por pedido de la demandada y por cuestión humanitaria ha permitido el ingreso al inmueble en la parte del fondo, donde se encuentra ubicada una pequeña vivienda precaria, en la que habitaría con sus hijos menores hasta que puedan conseguir otro lugar donde vivir, en forma gratuita. En los últimos tiempos era empleada domestica del propietario y el inquilino. Demuestra la situación precaria de la ocupación del inmueble por parte de la demandada. Ha intentado todas las formas mediando buenos oficios para que abandone el inmueble inclusive con la constitución de la escribana a modo de saber las condiciones de la ocupación e intimarla a abandonar la propiedad (fs.37/8).

La demandada contesta la demanda negando haber ingresado por cuestión humanitaria por no tener donde vivir y en forma gratuita al fondo del inmueble, pero si es verdad que el Señor Rodolfo Ernesto Zotti Siculi, le ha contratado en fecha 05 de Octubre de 1.996, en carácter de limpiadora, encargada y sereno, con la promesa que cuando el Señor Rodolfo, vendiera la residencia le pagaría por sus haberes laborales, no fue empleada domestica y como encargada pagaba por la Ande mediante su oficio de masajista y estuvo en todo este tiempo con la esperanza de que la parte actora le reconozca todos los gastos y emolumentos laborales que percibiría. Es cierto, que el Señor Rodolfo le ha solicitado a que abandone el inmueble y en varias oportunidades le ha

salariales que él ha prometido como encargada al tiempo de que se venda la casa, pero le entabló la demanda de desalojo para no pagar sus haberes salariales (fs.76/80).

Nuestra legislación adjetiva no contempla qué personas pueden demandar –legitimación activa– sino qué personas pueden ser demandadas –legitimación pasiva– como el locatario, sublocatario o cualquier ocupante precario, cuya obligación de restituir un inmueble o parte de él fuera exigible –Art. 621–. Así, en cuanto a la legitimación activa que quedó explicitada la titularidad del dominio del accionante con el A.I.Nº: 2051 de fecha 22 de Diciembre de 2.010, presentado en el proceso y la legitimación pasiva de la Señora Euza Coronel Lugo por ser una ocupante precaria con responsabilidad de restituir el inmueble. La procedencia del desalojo se sustancia cuando exista una relación jurídica entre las partes, en virtud de la cual la demandada está obligada a restituir el inmueble al actor y cuando no existe relación jurídica entre las partes la demandada es un ocupante precario que no ejerce la posesión del inmueble. En este sentido el Art. 621 del Código Procesal Civil dispone que: “El juicio de desalojo procede contra el locatario, sublotario o cualquier ocupante precario, cuya obligación de restituir un inmueble o parte de él fuere exigible”. Del análisis efectuado se observa que la demanda fue promovida contra la demandada en el carácter de “ocupante precario”, explica la inexistencia de la relación jurídica entre las partes. La parte demandada a pesar de ocupar el inmueble en su calidad de personal del propietario o encargada del inmueble, más bien lo descalifica para ser considerado como poseedor, porque no está detentando el inmueble con ánimo de ser dueño, “al aceptar expresamente en la demanda que no tendría problemas para salir del local, toda vez que se le pague sus haberes salariales en calidad de encargada cuando se venda la casa y que entabló la demanda de desalojo para no pagarle sus haberes salariales. Ha ingresado en el inmueble a pedido del Señor accionante Señor Rodolfo Zotti Siculi”, confirma su calidad de una ocupante obligada de restituir el inmueble. La calidad de ocupante precario sea tenedor o intruso, es aquel que detenta el inmueble sin ánimo de dueño y a cuya restitución se halla obligado, por no poseer título o ser éste insuficiente para acordarle el derecho a la ocupación.

En estas condiciones, es evidente que están reunidos todos los presupuestos básicos para la procedencia del juicio desalojo, por cuya razón corresponde confirmar la sentencia recurrida. Las costas debe soportar el apelante conforme lo determina el Art. 203 Inc. a) del Código Procesal Civil. Es mi voto.-

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí, de que certifico y doy fe, quedando acordada la Sentencia que a continuación sigue:

SENTENCIA N° 11

CIUDAD DEL ESTE, 12 DE MARZO DE 2.014.

VISTO: Los méritos que ofrece el Acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial SEGUNDA SALA, de la VI Circunscripción Judicial de ALTO PARANÁ.

R E S U E L V E:

- I-) DECLARAR desierto el recurso de nulidad.-*
- II-) CONFIRMAR, con costas, la sentencia apelada en atención a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.-*
- III-) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.-*

JUICIO: “DIEGO PIZZIOLO C/ NEREO TISO Y OTROS S/ NULIDAD DE ACTO JURÍDICO, FRAUDE Y OTROS”.

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: DOSCIENTOS VEINTICUATRO

En la ciudad de Asunción, capital de la República del Paraguay, a los dieciocho días del mes de mayo de dos mil uno, estando reunidos en la Sala de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia los Señores Ministros de la Sala Civil y Comercial, Doctores ELIXENO AYALA, ENRIQUE SOSA ELIZECHE y BONIFACIO RÍOS ÁVALOS, ante mí, el Secretario autorizante se trajo al acuerdo el expediente caratulado: “DIEGO PIZZIOLO C/ NEREO TISO Y OTROS S/ NULIDAD DE ACTO JURÍDICO, FRAUDE Y OTROS”, a fin de resolver los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el Acuerdo y Sentencia N° 22 del 29 de julio de 1997, dictado por el Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú.

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, resolvió plantear las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?.

En su caso, ¿se halla ella ajustada a derecho?.

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: AYALA, RÍOS ÁVALOS y SOSA ELIZECHE.

A la primera cuestión planteada, el Doctor AYALA dijo: Ninguno de los recurrentes fundaron el recurso de nulidad. Tampoco se advierte que la sentencia recurrida contenga defectos o vicios que justifiquen su anulación de oficio conforme con las previsiones de los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil. En consecuencia, debe declararse desierto este recurso. Es mi voto.

A su turno, los Doctores RÍOS ÁVALOS y SOSA ELIZECHE manifestaron que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Doctor AYALA dijo: Considero que previamente debe analizarse si corresponde el pedido formulado por el Abog. Cristóbal Sánchez en el sentido de declarar mal concedidos los recursos de apelación y nulidad, alegando la falta de cumplimiento de previsiones del Código Procesal Civil. Del análisis de los materiales anejos en autos, surge que los recursos fueron interpuestos

verbalmente, asentándose en el expediente y refrendado por el Actuario, dentro del plazo de ley, por lo que corresponde desestimar dicho pedido.

La Abogada Lucila Gatti de Laterza, en representación de los Señores Diego Pizziolo, Roberto Carraro, Romano Cecchin, Natale Olivetto, Bruno Veneran, Gina Durigón de Veneran, Bruno Loro, Ornella Vendrasco de Loro, Alberto Marabase, Ganneo Giovanni y Luisa Massarotto Vda. de Gambato, promovió juicio ordinario de nulidad de acto jurídico de transferencia de inmuebles, por simulación y fraude, contra Nereo Tiso, Juan Gilberto Orella, Luis Guillermo Núñez Oviedo, Mirian Estela Rivas Brizuela y Latin Snow Investment S. A., solicitando en consecuencia la cancelación de las respectivas inscripciones en el Registro Público.

El escrito de demanda señala que “el Sr. Nereo Tiso con poder inhábil, por no haberse otorgado ante Notario Público, y con firmas falsas, se presentó ante el Escribano Público Juan Gilberto Orella, a realizar las transferencias de inmuebles de los actores. Se inscribió el supuesto poder en la Dirección General de Registros Públicos, mediante maniobras dolosas, notándose que la traducción la realizó el propio Nereo Tiso”.

Por S. D. N° 120 de fecha 24 de noviembre de 1995 el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial hizo lugar a la demanda promovida por Diego Pizziolo y otros, señalando que “los testimonios de las escrituras públicas agregadas al proceso y que las transferencias impugnadas se han originado mediante la utilización de un poder especial otorgado por los actores y que analizado dicho instrumento se constata que los mismos carecen de la intervención de un Oficial Público autorizado (Escribano Público o similares) y que las firmas estampadas en los documentos impugnados y que se atribuyen a los actores, han sido negados conforme a fs. 459 al 463 de autos y que los originales de los mencionados documentos no fueron arrimados por los demandados”. A su vez el Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú, Segunda Sala, por S. D. N° 22 de fecha 29 de julio de 1997, en mayoría, revocó la sentencia de primera instancia sosteniendo que “se está en presencia de una declaración de nulidad de las operaciones de transferencia de inmuebles en base a un poder impugnado, pero no declarado falso por sentencia judicial en el lugar de su celebración, ni en el lugar donde se encuentran los inmuebles. Con ello se afectan derechos de terceros compradores que gozan de la presunción de buena fe, salvo prueba en contrario, prueba que no se ha producido en este juicio. Es posible que los poderes sean falsos, conforme con las leyes del lugar de su celebración y conforme a las leyes nacionales, pero su declaración de nulidad no fue solicitada, ni fue declarada de oficio en la sentencia, que

sin embargo declaró la nulidad de los actos jurídicos realizados en consecuencia. Los instrumentos mantienen su validez por no existir declaración judicial de su ineficacia. El Magistrado Porfirio Zacarías León, votó en disidencia argumentando que debe aplicarse al caso el art. 24 del Código Civil, que exige que el acto jurídico conste en instrumento público, protocolizado por orden judicial e inscripto en el Registro Público.

En la controversia sometida a consideración de esta Corte debe analizarse previamente si los poderes otorgados por los actores, fueron realizados de acuerdo con las previsiones del ordenamiento legal.

El art. 23 del Código Civil dispone que “la forma de los actos jurídicos, públicos o privados, se rige por la ley del lugar de su celebración, salvo la de los otorgados en el extranjero ante los funcionarios diplomáticos o consulares competentes, la que se sujetará a las prescripciones de este Código”. A su vez el art. 24 determina que “los actos jurídicos celebrados en el extranjero, relativos a inmuebles situados en la República, serán válidos siempre que consten de instrumentos públicos debidamente legalizados y sólo producirán efecto una vez que se los haya protocolizado por orden de juez competente e inscripto en el Registro Público”.

Los artículos precedentes consagran las reglas *locus regit actum* y *lex rei sitae* respectivamente. Es opinión compartida la prevalencia de la *lex situs* en cuestiones de *iura in rem* basada en la naturaleza del *ius in rem*, en su eficacia frente a terceros. Los derechos reales deben ser manifiestos; los terceros que adquieren un derecho sobre una cosa deben protegerse contra todo riesgo, ya que dicha cosa puede estar sujeta a un derecho extranjero según el cual la adquisición sería nula. El lugar de situación de la cosa, es el centro natural de los derechos sobre ella, y toda persona que pretenda hacer valer derechos sobre la cosa deberá someterse a la ley del lugar.

El artículo 24, determina que los actos jurídicos celebrados en el extranjero relativos a bienes raíces situados en la República, deben constar en instrumento público, protocolizado por orden de juez competente e inscripto en el Registro Público, como condición necesaria para que surta efectos. Para ello el órgano jurisdiccional debe constatar dos circunstancias: a) que la constitución o transferencia de un derecho real sobre el inmueble sito en el país responda a una causa lícita; b) que el instrumento presentado cumpla con las formalidades establecidas en el país de su otorgamiento para la especie instrumentada. Verificadas las circunstancias, el juez dispondrá la protocolización del instrumento, para su inscripción en el Registro Público.

La transferencia dominial de inmuebles, determina la prevalencia de la *lex rei situs* sobre la *lex loci actus* en cuanto a la legislación aplicable a los requisitos formales del acto. Si la transferencia se celebra en el exterior, o el poder se otorga fuera del país, los efectos tendrán eficacia si se han cumplido con los requisitos exigidos en el lugar de la situación del inmueble (Vide: Wolff, Martin, Derecho Internacional Privado, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 489 y siguientes). La capacidad de una persona para enajenar inmuebles o para gravarlos con hipotecas, servidumbres u otros derechos reales o para llevar tales derechos a un fin o para adquirir derechos sobre inmuebles, se rige solamente por la ley del situs, cualquiera fuere su domicilio; y las formalidades de tales transferencias se determinan también por la *lex situs*, y no por la ley del país donde la transacción tuvo lugar. La regla *locus regit actum* es por esto inaplicable a la transferencia dominial de inmuebles.

Es opinión compartida que las normas del país de otorgamiento sufren las limitaciones impuestas por el derecho del país que rige la validez intrínseca del acto, que es el derecho del cumplimiento o de ejercicio del poder. En cuanto a la validez y efectos, el objeto y la extensión del poder, como el ejercicio de la representación dentro de los límites del objeto y la extensión y responsabilidad se rigen por la ley del lugar de ejecución del poder. (Vide: PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, Alicia M. “Validez y Circulabilidad Internacional del Poder de Representación Notarial”. Ediciones Depalma, Bs. As., 1988). Ello nos conduce a la conclusión de que el poder que deberá cumplirse en la República, contendrá los requisitos que viabilicen la validez y licitud de los actos realizados o a realizarse por medio del representante. No obstante deberá respetarse el derecho del lugar de otorgamiento o celebración, sin perjuicio de considerar el derecho del país donde el acto producirá sus efectos, pues en definitiva en este lugar tendrá aplicación.

Por último debe advertirse que el poder para la transferencia de dominio de un inmueble sigue las mismas formalidades exigidas para éste último. Autorizada doctrina enseña que la enajenación de inmueble es nula si la forma de la *lex situs* no fue observada. Además las firmas atribuidas a los actores fueron negadas por los mismos, no constando en autos los documentos originales, ni práctica de pericia correspondiente. Consecuentemente, el poder otorgado en Italia, carece de eficacia para cumplir con su finalidad, la transferencia de inmueble, de conformidad con las razones enunciadas, y en atención a que el bien raíz y otros derechos están sujetos a la *lex situs*, que exige la formalidad de escritura pública, protocolizada por orden judicial e inscrita en el Registro Público.

Ante el incumplimiento de las previsiones del art. 24 y concordantes del Código Civil, se declara la nulidad de los actos jurídicos referentes a la transferencia de las fincas de los actores, por lo que se revoca con costas el Acuerdo y Sentencia N° 22 de fecha 29 de julio de 1997, dictado por el Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú, Segunda Sala. Es mi voto.

A su turno, el Doctor RÍOS ÁVALOS dijo: Por Acuerdo y Sentencia N° 22 del 29 de julio de 1997, dictado por el tribunal de Apelación de la Segunda Sala, de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú, se resolvió revocar con costas la sentencia N° 120 de fecha 24 de noviembre de 1995, dictada por el Juez en lo Civil, Comercial y Tutelar del Menor del Cuarto Turno de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná, por la cual se resolvió: “Hacer lugar a la demanda promovida por el señor Diego Pizziolo y otros contra Nereo Tiso, Juan Gilberto Orella, Luís Guillermo Núñez Oviedo, Mirian Estela Rivas Brizuela y Latin Snow Investment S.A. por nulidad de actos jurídicos, simulación y fraude cancelación de inscripción, y en consecuencia declarar nulas las escrituras públicas de transferencia y cancelación de las mismas en la Dirección General de los Registros Públicos, imponiendo las costas a los demandados”.

De la revocatoria del aludido fallo se alzan los recurrentes ante esta Corte, por medio del profesional Rubén Bassani sosteniendo en esta instancia: “...En un fallo dividido, por la existencia de un voto en disidencia que se inclina por la confirmación del fallo de primera instancia, se ha revocado esta sentencia, los dos conjueces que la revocan, lo hacen en base a un único argumento: El de la aplicación de la ley extranjera. Ni otra razón se invoca por la mayoría de la decisión de segunda instancia, cuando la gravedad de los hechos que llevaron al despojo de los bienes de los actores, requería cuanto menos una consideración más seria y responsable. Se cita como argumento de la aplicación de la norma extranjera, lo previsto en el artículo 23 del Código Civil, y se margina la norma específica, clara y terminante dispuesta en el artículo siguiente, el 24 del mismo cuerpo legal que textualmente dispone: “Los actos jurídicos celebrados en el extranjero, relativos a inmuebles situados en la República, serán válidos siempre que consten en

instrumentos públicos debidamente legalizados, y solo producirán efecto una vez que se los haya protocolizado por orden de juez competente e inscripto en el registro público”. El voto mayoritario de los jueces de segunda instancia, que se adhiere a la aplicación de la norma extranjera en referencia al otorgamiento del supuesto poder, también desconoce lo previsto en el mismo artículo por ellos citados, cuando señala que la aplicación de tales leyes podrán ser aceptadas, siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público...”. Remarcando la vigencia de las normas nacionales en todo cuanto afecte al orden público, el artículo 14 del Código Civil consigna lo siguiente: “La capacidad o incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios sustanciales que este pueda tener, serán juzgados para su validez o nulidad por las normas de este Código, cualquiera fuere el domicilio de sus otorgantes”. Esta norma clarísima y terminante, también ha sido marginada en la consideración del voto de la mayoría del Tribunal de Apelaciones de la jurisdicción del Alto Paraná. Especialmente para mantener la plenitud de las normas jurídicas nacionales en todo cuanto afecte al orden público, el artículo 16 de C. Civil, terminantemente señala que “los bienes, cualquiera sea su naturaleza, se regirán por la ley del lugar donde están situados, en cuanto a su calidad, posesión, enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles. “Tampoco esta prescripción fue acatada, en el voto de la mayoría del Tribunal inferior. Las normas jurídicas precedentemente citadas, son esclarecedoras y terminantes, para anular totalmente los fundamentos del voto en mayoría y vuelve ilegal la revocación decidida por esa vía en dicho Tribunal. El mencionado voto, carece del más absoluto respaldo jurídico, siendo insostenible frente a las normas legales citadas y la que se invocara en primera instancia. Los testimonios de poderes presentados por el demandado Nereo Tiso, son incuestionablemente defectuosos y sin valor alguno, ya que por más que no se exigiera la presencia notarial en su otorgamiento, como se ha afirmado en los autos, pero no se ha demostrado, tales documentos llevan la signatura falsificada de los supuestos otorgantes. Y como tales documentos, son solo instrumentos privados, quien los invoca y usa en su favor, es quien debe acreditar la autenticidad de la firma. Si fueran documentos públicos, con la presunción de legalidad, la carga de la prueba se transfiere a quien lo desconoce, pero ese no es el caso de autos. El Sr. Nereo Tiso, no tuvo la más mínima intención de demostrar la autenticidad de los documentos que presentó para fraguar las transferencias cuestionadas, que final y realmente, fueron a parar a su patrimonio, circunstancia, que por si sola

invalida el acto, aún con prescindencia de la nulidad formales que exhibe, por la prohibición establecida en la ley, con carácter de orden público, para que el mandatario adquiriera los bienes de su mandante, que están a su cargo...” (sic).

El representante convencional del señor Nereo Tiso al contestar el traslado que rola a fs. 553 al 558 sostiene, entre otras cosas: “...El agravio de la parte apelante no se compadece con la realidad porque los señores miembros del Tribunal de Apelaciones no aplicaron ninguna ley extranjera. Desde luego V.V.E.E. podrán leer “in-extenso” el fallo y no encontrarán ni una sola ley extranjera que haya sido aplicada en él. Muy por el contrario a lo afirmado por el apelante, la resolución dictada es el testimonio de que los señores miembros del tribunal a-quo aplicaron correctamente la legislación nacional, la que en el art. 23 del Código Civil establece: “Forma de los actos jurídicos, públicos o privados, se rige por la ley del lugar de su celebración, salvo la de los otorgados en el extranjero ante los funcionarios diplomáticos o consulares competentes, la que se sujetará a las prescripciones de este Código”. En efecto, conforme consta en estos autos los actores pretenden la nulidad de actos jurídicos celebrados en el Paraguay al amparo de poderes o mandatos otorgados en Italia, alegando que los mismos son inhábiles porque no fueron otorgados ante ningún escribano público y con firmas falsas. Los vicios que en el concepto de la parte actora afectarían la validez de los mandatos o poderes, son, por consiguiente de carácter formal. La sentencia dictada por el Tribunal de apelación es lógica y es justa, al ratificar la plena vigencia a lo dispuesto en el art. 23 del Código Civil que determina claramente que la forma de los actos jurídicos se rige por la ley del lugar de su celebración, en concordancia con lo dispuesto en los incisos a) y b) del art. 699 del mismo cuerpo legal. El art. 973 del anterior código civil disponía: “La forma es el conjunto de prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico...”. Por consiguiente, el juzgamiento para declarar la nulidad o la ineficacia o la invalidez de los poderes en virtud de los cuales el señor Nereo Tiso transfirió los inmuebles que eran de propiedad de los actores debe regirse por las leyes italianas. Sostiene también la parte apelante (fue el erróneo fundamento del Magistrado que votó en minoría) que el Tribunal omitió considerar lo establecido en el art. 24 del Código Civil. Respecto de este agravio es indudable que la norma de marras es absolutamente inaplicable en este juicio, por cuanto las transferencias de los inmuebles, es decir, los actos jurídicos de disposición de los bienes inmuebles ubicados en la república del Paraguay, fueron celebrados en el Paraguay, al amparo de la legislación paraguaya. Los mandatos o poderes otorgados en el extranjero para representar a los vendedores de inmueble

no se rigen por dicha norma, sino por la prevista en el art. 349 de la ley 989/81, que expresa: En el Registro de Poderes se inscribirán los mandatos que se otorguen en el país, o en el extranjero debidamente legalizados referente a la administración de bienes... celebrados de contratos sobre derechos reales...”. Dicha disposición no hace ninguna distinción en consideración a la finalidad o el objeto del mandato o poder otorgado en el extranjero. Por consiguiente en el Registro de Poderes, para su inscripción, se exige exclusivamente que el documento esté de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Organización Judicial. Está comprobado en autos que los poderes o mandatos otorgados por los actores a mi representado han sido inscriptos en el Registro de Poderes de la Dirección General de los Registros Públicos, lo que fue mencionado, en cada caso, por el Escribano Autorizante de las transferencias de los inmuebles, con la aclaración de que dichos poderes estaban plenamente vigentes. Obviamente si tales poderes no estuvieren conforme con las exigencias de la legislación paraguaya en ningún caso habrían sido inscriptos. La disposición del art. 24 del Código civil es aplicable a todo acto jurídico celebrado en el extranjero relativo a inmuebles situados en el Paraguay, cuando sobre los bienes raíces se constituyen derechos reales. La prueba irrefutable está en lo establecido en el art. 2372 del C.C.P. El art. 24 del Código Civil preserva el interés público y la seguridad jurídica que encarnan el Derecho Registral, cuyas disposiciones son irrenunciables y de orden público. En efecto, es jurídicamente factible que en el extranjero una persona disponga de su bien inmueble situado en el Paraguay. El Notario o el Oficial Público del país extranjero que autoriza el acto no está obligado- como lo están según nuestra legislación cuando el acto se celebra en el Paraguay- a solicitar el Certificado de Condiciones de Dominio del Inmueble, ni el Certificado de Cumplimiento Tributario del Titular del bien, ni el Certificado de Libre Disposición del titular del Bien, ni el Certificado Catastral; ni el Certificado de no adeudar Impuestos ni Tasas Municipales; ni el Certificado de no adeudar a la Ande; ni el Certificado de no adeudar Corporana; ni el Certificado de la Vigencia del poder, etc. También se debe abonar Impuestos Municipales a la transferencia y Tasas Judiciales. En fin, todos estos trámites esenciales para la transferencia del bien inmueble lo cumple el Escribano Público Paraguayo en oportunidad de protocolizar el instrumento público de transferencia del bien otorgado en el extranjero. Es bien sabido que la protocolización debe regirse por las normas impuestas en el art. 398 del Código Civil. Por consiguiente, la norma prevista en el art. 24 del Código Civil en modo alguno es aplicable a los poderes y mandatos celebrados en el extranjero a través de los cuales

se faculta a vender inmuebles situados en el Paraguay. Sostener lo contrario es un absurdo jurídico. A mayor abundamiento me permito señalar que el citado art. 24 reconoce como antecedente lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 1211 del derogado Código Civil, que expresa: "... Si por ellos (contratos) se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrán hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente". Tampoco correspondía considerar lo dispuesto en el art. 700 del Código Civil por cuanto la forma de los contratos entre presentes y entre ausentes se juzgan por las leyes del lugar en que hubieren sido concluidos o en que haya sido firmado según claramente lo estipulan los incisos a) y b) del art. 699 del Código Civil..."(sic). Los profesionales Rodolfo Irún Alamani y Julia Román Escobar, contestaron por sus respectivos representados en los escritos que rolan de fs. 562/3, 565/6 de autos.

En el subjúdice el A-quo acogió favorablemente las acciones instauradas por los actores, de nulidad, simulación, fraude y cancelación de inscripción, fundado principalmente en la circunstancia de que las firmas estampadas al pie de cada documento, y atribuidas a los actores, fueron negadas por ellos, como también no se han presentado los originales de los citados instrumentos.

El Tribunal de Apelaciones en voto mayoritario no comparte dicho criterio y considera improcedente la acción de nulidad, entendiéndolo como requisito fundamental la declaración previa del poder para que luego en cascada pueda surtir la virtualidad de alcanzar a los demás actos que son su consecuencia, en estos términos: "...Es posible que los Poderes sean falsos, conforme a las leyes del lugar de su celebración y conforme a las leyes nacionales; pero su declaración de nulidad no fue solicitada, ni declarada de oficio en la Sentencia; que sin embargo declara la nulidad de los actos jurídicos realizados en consecuencia. Los instrumentos mantienen su validez por no existir declaración judicial de su ineficacia..."(sic).

En esta instancia el debate gira en torno a dos posiciones fundamentales; la primera sostenida por la representación de la actora quien insiste en la "signatura falsificada" (sic), y en la aplicación del art. 24 del C.C.P. referente a la protocolización judicial de los actos de transmisiones dominiales concluidos fuera de la República. Por otro lado, la parte demandada sostiene la distinción existente en el acto de transmisión de derecho reales situado en la República en cuyo caso sería aplicable el artículo 24 del C.C.P. y el poder otorgado para la realización del acto jurídico dentro del territorio, en cuyo caso rige el art. 23 del C.C.P., que consagra el principio del Derecho Internacional Privado,

conocido como *locus regit actum*, es decir, que en los actos jurídicos en cuanto a su forma se rigen por la Ley del lugar de su celebración, en el presente caso por la legislación Italiana, por lo que su validez o no deberá juzgarse conforme a la referida legislación; por tanto, si los poderes otorgados conforme a la legislación Italiana son válidos y la transmisión de los inmuebles se han realizado conforme a las leyes de la República (*Lex Rei Sitae*) no existiría nada que anular.

En efecto, la acción instaurada por los actores; de nulidad de actos jurídicos, simulación, fraude y cancelación de inscripción, fundado en dos extremos: a) que el poder no fue otorgado ante ningún funcionario fedatario y; b) las firmas son falsas que no pertenecen a los actores conforme a la demanda de fs. 192/199 y su ampliación fs. 208, 209. La contestación se funda principalmente respecto a la validez o no del poder, circunstancia que deberá juzgarse de conformidad a la legislación italiana y a cargo de las autoridades italianas, por lo que los demás actos deben mantenerse en pie fs. 438/439.

El ministro preopinante se refirió ampliamente a la circunstancia de encontrarse en pugna los principios consagrados por el Derecho Internacional privado y la primacía mantenida por las legislaciones nacionales para preservar el orden público interno (*lex rei sitae* para transmisión de inmuebles), razón por la cual omitiré analizar, por considerar haberse agotado suficientemente. Sin embargo, debo referirme a otro aspecto del juicio que desde mi punto de vista resulta indispensable para emitir una solución jurídica al caso planteado.

Atendiendo a las constancias de autos, encontramos por un lado la aseveración de los actores que ellos no han suscripto poder alguno, y por otro lado, los demandados sostienen que siendo un instrumento originado en Italia su forma en cuanto a la validez e invalidez, debería juzgarse conforme a los mandatos de la legislación Italiana y por sus respectivas autoridades. En cuanto a lo debatido en el juicio, es menester señalar que el curso tomado en el proceso nos podría conducir a soluciones equívocas, por tanto, previamente conviene poner de relieve algunas previsiones, consistentes en que la forma de los actos jurídicos sean públicos o privados se rigen por las leyes de su celebración (*locus regit actum*), pero la forma es un elemento, nada más, de los actos jurídicos referidos al revestimiento extrínsecos de los modos de objetivación de la voluntad. Es por eso que los legisladores decimonónico calificaban a las formas como el conjunto de solemnidades que deben observarse al momento de la realización del acto jurídico, pero, este elemento es radicalmente independiente de la voluntad, cuestión justamente discutida en este juicio.

¿Pero que ocurre en estos autos? No se ataca simplemente la forma, sino la propia existencia del acto, por lo que la discusión respecto a la forma se ubica a posteriori de la relación sustancial negada; en consecuencia, corresponde analizar el instrumento continente del acto para presumir o no su realización y en esa circunstancia se advierte que los poderes atribuidos a los actores constan en instrumentos privados, sin que ningún funcionario fedatario haya atestiguado respecto a la autenticidad de las firmas, por lo que no puede gozar de la presunción de autenticidad. Siendo instrumentos privados tienen la facilidad y la virtualidad de extenderse en cualquier lugar, idioma, fecha y horario (Art. 399 C.C.P.), su traducción hecha ante el oficial público y su inscripción en los Registros Públicos no los convierten aún en instrumentos públicos capaces de hacer plena prueba respecto al contenido de los mismos, siempre será necesario el reconocimiento voluntario o judicial de las firmas (art. 407 C.C.P.), o su demostración por medios idóneos, entre dichos medios, se encuentran las pericias, lo cual, no ha ocurrido en estos autos y que de conformidad al art. 249 del C.P.C., la carga reposa sobre la parte demandada siendo instrumentos privados negados por los actores. Estas razones; más, lo expuesto por el Ministro preopinante, me llevan a idéntica conclusión, voto pues igualmente por la revocatoria del fallo recurrido, con costas.

A su turno, el Doctor SOSA ELIZECHE dijo: La cuestión sometida a decisión de esta Corte Suprema se circunscribe a dos temas centrales, a saber: una, la validez del poder en virtud del cual actuó el demandado Nereo Tiso para transferir un inmueble, validez referente a la forma del instrumento, y otra, la validez del referido poder vinculada a la autenticidad o falsedad de la firma del poderdante.

A partir de esos cuestionamientos y de la eventual subsecuente nulidad provienen las demás pretensiones de la parte actora como ser la nulidad de las inscripciones de los poderes y títulos nominales por simulación y fraude.

En lo que hace al análisis de la validez instrumental del poder, corresponde recordar la disposición del art. 24 del CC que establece “Los actos jurídicos celebrados en el extranjero, relativos a inmuebles situados

en la República, serán validos siempre que consten de instrumentos públicos debidamente legalizados, y solo producirán efecto una vez que se los haya protocolizado por orden de juez competente e inscripto en el registro publico”. También debe recordarse que por disposición del art. 23 del mismo cuerpo legal, la forma de los actos jurídicos, públicos o privados, se rige por la ley del lugar de su celebración, excepto la de los otorgados en el extranjero ante los funcionarios diplomáticos o consulares.

A la luz de ambas disposiciones legales es necesario dilucidar, dándole a ambas su real sentido y alcance, si de acuerdo al art. 24 citado, debe interpretarse que todos los actos jurídicos realizados en el extranjero relativo a inmuebles situados en la República, sea esa relatividad de carácter inmediato o simplemente remoto, deben ajustarse a las exigencias de dicho art. (instrumento público, legalización, protocolización e inscripción), o si la disposición se aplica solamente en casos de una vinculación directa entre el acto jurídico y el inmueble (ejemplo: la transferencia del inmueble o la constitución de un derecho real sobre el mismo realizada en el extranjero) y no así en las hipótesis de una vinculación indirecta o remota como sería el caso del otorgamiento de un mandato para la disposición de derecho sobre un inmueble en el que regiría el art. 23 que consagra el principio *locus regit actum*.

Conviene recordar que el anterior Código vigente en nuestro país, el Código de Velez disponía en el art. 1211 que deben protocolizarse en la República los instrumentos públicos hechos en países extranjeros por lo que se transfiere el dominio de bienes raíces, limitando la exigencia a los casos de transferencia.

El art. 24 de nuestro Código Civil vigente tiene su antecedente en el art. XXXIII del anteproyecto de De Gasperi y este a su vez en el art. 22 de el proyecto Bibiloni.

Al comentar dicho artículo señala Bibiloni: “Art. 22 – Artículo 1211. La redacción del vigente solo comprende a los contratos, pero debe extenderse a todos los actos jurídicos entre vivos y por disposiciones de última voluntad.

También se ha modificado en otros sentidos. No debe limitarse la regla a los actos que tengan por objeto transferir derechos reales, sino a todos los que constituyan, modifiquen o extingan esos derechos, y también a los que se refieran a derechos personales de uso o goce de bienes raíces que hayan de ser inscriptos en el Registro. También se ha extendido a todos los efectos, el limitado por la redacción actual, a la tradición del inmueble. Es obvio, que la inscripción de una hipoteca, exige la protocolización, como la exigiría un contrato de deslinde, de

modificación de una servidumbre y otros semejantes.

Es necesario decir que como el actual artículo 1211, nuestro texto solo se refiere a la forma. Las cuestiones de fondo se rigen por otras reglas. (pág. 253 anteproyecto del CC argentino Juan Antonio Bibiloni tomo I Abeledo 1929). Queda claro por tanto que lo que se ha querido ha sido extender o ampliar el artículo a aquellos casos que no se refieran solo a contratos sino a todos los actos jurídicos entre vivos y mortis causa, pero relativos siempre a actos de disposición de derechos reales, y no solo la transferencia sino también a la constitución, modificación o extinción de los mismos.

En mi opinión el acto jurídico celebrado en el “extranjero” que tenga por objeto (“relativos”) inmuebles situados en la república deben cumplir con los requisitos del art. 24 del CC, deben constar en instrumento publico legalizado y deben ser protocolizados por orden judicial e inscriptos en los registros públicos.

Pero este no es el caso. En el presente, la transferencia del inmueble tuvo lugar en la República, no en el extranjero realizándose por escritura pública e inscribiéndose como corresponde de acuerdo a la ley nacional que rige la transferencia de inmuebles dentro del país.

En lo que respecta a la validez del poder otorgado en el extranjero rige el mencionado art. 23 del CC que consagra el principio *locus regit actum*. Es la ley del lugar de celebración del acto jurídico publico o privado la que rige la forma de los actos jurídicos y a aquella debemos atenemos.

Debe advertirse que ninguna de las partes aportó prueba alguna con respecto al contenido de la ley extranjera, en este caso la italiana. También debe recordarse que el poder fue firmado por la parte actora quien hoy niega validez a dicho instrumento, si bien negando igualmente la autenticidad de la firma.

Pero de conformidad con el art. 22 del CC los jueces y tribunales deben aplicar de oficio las leyes extranjeras salvo la excepciones derivadas del orden publico etc., sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de ellas.

Conforme a las disposiciones del CC italiano transcriptas en la obra *Derecho Civil y Comercial de Mesineo*, Tomo I pág. 130 y ss la “procura” debe ser conferida bajo las formas prescritas para el contrato que el representante debe concluir (art. 1392). Por su parte el art. 1350 inc. 1 establece que los contratos que transfieran la propiedad de bienes inmuebles deben hacerse por acto publico o escritura privada. Y el art. 243 inc. 1 dispone que dichos contratos se deben hacer públicos por medio de la transcripción. Por tanto del juego de estas disposiciones

normativas surge que pudiendo realizarse la transferencia por acto público o escritura privada, la “procura” también puede otorgarse bajo cualquiera de estas dos formas. Consiguientemente, el poder otorgado en Italia bajo la forma de escritura privada, en virtud del cual se otorgo la escritura de transferencia cuya nulidad se persigue es válida de conformidad con las disposiciones legales mencionadas.

En lo que hace relación con la autenticidad de la firma debe señalarse que el poder de referencia fue integrado a la escritura pública de transferencia del inmueble habiendo sido inscriptos ambos instrumentos en los registros públicos. Debe advertirse sin embargo que el citado instrumento no fue protocolizado por orden judicial por lo que no ha adquirido autenticidad aunque si adquirió fecha cierta.

La parte actora negó la autenticidad de la firma pero no demostró por los medios idóneos correspondientes que la firma hubiera sido falsa. Debe recordarse que a tenor del art. 307 del CC “Los documentos presentados en juicio por una de las partes, y atribuidos a la otra, se tienen por auténticos salvo impugnación y prueba en contrario”. En el caso de autos la parte que negó la validez del documento no utilizo el procedimiento de la redargución de falsedad ni realizo el cotejo correspondiente ni ningún otro elemento probatorio a pesar de que le correspondía la carga de la prueba . En tales circunstancias el referido documento mantiene la autenticidad derivada de la citada disposición del art. 307 del CPC.

Puede por tanto concluirse que el poder otorgado en Italia para transferir inmuebles en la República del Paraguay fue correctamente formulado y que la autenticidad de su firma se mantiene incólume por no haber sido demostrada la falsedad. En tales condiciones soy de opinión de que el Acuerdo y Sentencia N° 22 dictado en estos autos debe ser confirmado con costas.

Con lo que se dio por finalizado el acto firmando SS. EE. todo por ante mí, que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

Ministros: Elixeno Ayala, Enrique A. Sosa Elizeche, Bonifacio Ríos Ávalos.

Ante mí: Alfredo Benítez Fantilli, Secretario Judicial.

SENTENCIA NÚMERO: 224

Asunción, 18 de mayo de 2001.

VISTO: Los méritos del acuerdo que antecede, la
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CIVIL Y COMERCIAL

RESUELVE:

REVOCAR con costas el Acuerdo y Sentencia N° 22 del 29 de julio de 1997, dictado por el Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú, Segunda Sala.

ANOTAR y REGISTRAR.

Ministros: Elixeno Ayala, Enrique A. Sosa Elizeche, Bonifacio Ríos Ávalos.

Ante mí: Alfredo Benítez Fantilli, Secretario Judicial.

Cidupo
Centro de Investigaciones en
Derecho y Ciencias Sociales de
la Universidad Privada del Este