



UNIDAD I

EL DERECHO-ETIMOLOGIA

Roma: el principio normativo regulador de la conducta humana era "IUS". El derecho divino se llamaba "FAS"

Edad media; fue remplazado el termino IUS por el de DIRECTUM derivado del latín que significa "dirigere" (guiar, enderezar). el cristianismo tuvo gran influencia en el cambio de la terminología, es decir, viene a significar dirigir en vez de mandar. De la raíz IUS derivaron muchas terminologías como: jurisprudencia, juicio, juez, juzgado, jurisdicción, jurisconsulto, etc.

ACEPCIONES DEL DERECHO

La palabra derecho es plurisignificativa y expresa ideas diferentes

DERECHO OBJETIVO:(derecho norma) conjunto de reglas obligatorias en la vida en sociedad, a cuyo cumplimiento e incumplimiento el sujeto puede ser compelido por una sanción coactivamente exigible. Se manifiesta a través de leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas, edictos, tratados, costumbres convalidadas por la legislación, etc.

DERECHO SUBJETIVO:(derecho de facultad) poder, facultad o pretensión de exigir algo de alguien, ya sea del estado o de un sujeto privado fundado en el orden jurídico.

DERECHO POSITIVO: sistema de norma jurídica creada por el hombre que rige o ha regido la vida de un pueblo en una época determinada con carácter obligatorio. Comprende el derecho legislado o escrito, consuetudinario o no escrito, el histórico (que dejo de utilizarse), y el vigente (que se utiliza actualmente).

DERECHO NATURAL: fundado en la naturaleza humana, conjunto de principios intrínsecamente justos, concebidos como ideal de superación respecto de las normas positivas legisladas y consuetudinarias.

CONCEPTO DE DERECHO: es el sistema de normas coercibles que rigen la convivencia social:

Sistema de normas: por que el derecho es precisamente eso: un conjunto mas o menos ordenado y jerarquizado de reglas o normas de conductas. Nos impone la obligatoriedad de dar o hacer determinadas cosas.

Coercible: esto quiere decir susceptibles de ser aplicadas mediante la fuerza, en caso de inobservancia. Este carácter de la norma jurídica, denominado coercibilidad, es uno de los que le diferencian de otras normas que rigen también la convivencia social pero cumplimiento es facultativo, tales son las normas morales, usos sociales, etc.

Que rigen la convivencia social: las normas jurídicas rigen las relaciones de los individuos entre si

Es un ordenamiento social impuesto para realizar la justicia. Conjunto de normas que regulan la conducta humana en sociedad

DEL VECCHIO: es la coordinación de las acciones posibles entre varios sujetos

OBJETO DEL DERECHO: se trata de establecer cual es la materia sobre la que actúa el derecho; es decir, precisar la formación jurídica o en lenguaje aristotélico, la causa material del derecho.

El derecho mutatis mutandis actúa también sobre una materia que es la conducta humana, encausándola en una dirección determinada, prohibiendo ciertos actos. El derecho no abarca toda la conducta humana, sino parte de ella, pudiendo ser esta aislada y social, fácil es ver que el derecho se refiere a la conducta social del hombre, es decir, a la conducta humana en relación intersubjetiva, pero estas conductas están regidas también por las normas morales.

Su objetivo es regular la conducta humana en su interrelación intersubjetiva

Definición del derecho: el derecho es el sistema de normas coercibles, que rigen la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. Rige toda la conducta social del hombre. Todos los problemas de la coexistencia social pueden ser resueltos por los jueces atendiendo al respectivo derecho.

FIN DEL DERECHO: el fin de algo es aquello para lo cual existe, o su razón de ser. En la conducta humana, el fin es lo que da sentido y orienta los actos del hombre.

El fin primordial del derecho es la JUSTICIA: Implantar la justicia, el orden, la paz y la seguridad para lograr el bien común.

LA TEORIA DE LOS OBJETOS:

COSSIO: aborda la cuestión gnoseológica en función de su interés propio, que es la ciencia del derecho y más específicamente la relación gnoseológica entre conducta y norma. Aquí fundamenta su teoría iusfilosofica en un planteo más general, de índole gnoseológica vinculado a su clasificación gnoseológica de los objetos. Afirma que cada clase de objetos (con excepción de los metafísicos, de los cuales no tenemos conocimiento en sentido propio) es captada por un acto gnoseológico específico, que corresponde con una estructura gnoseológica y un método. Esta pluralidad se justifica en estos términos: "si esta heterogeneidad de los objetos hace ver que no es posible ir a conocerlos con un método único, también hace ver al propio tiempo que debemos elucidar que métodos utilizaremos para conocer estos objetos, por que es evidente que el conocimiento depende de una adecuación del método con el objeto. Si el método no es adecuado a la naturaleza del objeto, divagaríamos mucho pero no obtendríamos un conocimiento científico.

ACLARACION PREVIA: para saber la ubicación del derecho en el mundo que nos rodea, es importante partir de nuestra propia existencia que es algo de lo que nadie puede dudar y sin recurrir a demostración alguna pues tenemos de ella un conocimiento inmediato y evidente. Es evidente que el hombre no vive solo, sino que se encuentra rodeado de otros hombres por la que el ser humano coexiste. También es indudable que el ser humano vive rodeado de cosas y objetos, con los cuales se ponen en relación de alguna manera y el derecho es uno de los tantos objetos que el hombre encuentra en el mundo. Otros objetos son como por ejemplo las plantas, animales, ángulos, melodías, etc.

Como toda ciencia se refiere a un determinado sector de objetos, resulta evidente la convivencia y la necesidad de dar una somera noción de los caracteres y clasificaciones. La llamada filosofía teórica de los objetos, es una de las aportaciones mas destacadas del pensamiento filosófico actual.

Concepto de objeto: se denomina objeto a todo lo que puede admitir un predicado cualquiera, todo lo que puede ser sujeto del juicio. Objeto es cualquier cosa de la que se puede decir algo o mejor aun para definirlo con el vocabulario mas preciso y técnico de la lógica, cabria decir que es todo aquello de lo que se puede predicar algo.

La heterogeneidad de los objetos que forman el universo pone sobre aviso la necesidad de introducir algunos principios que permitan una clasificación de los mismos.

CLASE DE OBJETOS

Cossio habla de cuatro categorías de regionales (regiones del objeto) y hace una clasificación de los objetos siguiendo a HUSSERL: **naturales, ideales, culturales, metafísicos**

CRITERIO CLASIFICATORIO

- **EXISTENCIA:** que se encuentre en el tiempo y en el espacio o en el tiempo solo.
- **EXPERIENCIA:** que los pueda captar a través de los sentidos, que sean empíricos.
- **VALORACION:** son neutros al valor o son valiosos positiva o negativamente: es necesario hacer un juicio de valor para conocerlos y aprehenderlos.

OBJETOS NATURALES: son los que encontramos en la naturaleza.

- Son reales (existen), están en el tiempo y en el espacio o por lo menos en el tiempo
- Están en la experiencia sensible, se accede e ellos a través de los sentidos (empíricos)
- Neutros al valor(no se puede predicar de ellos cualidades axiológicas)
- Utilizan el método empírico deductivo que va de lo particular a lo general
- Acto gnoseológico puro es la explicación

Se subdividen en:

Físicos: están en el tiempo y en el espacio, se conocen a través de los sentidos: Ej. La nube

Psíquicos: están solo en el tiempo y se dan en una percepción interna; Ej. Emoción, deseos.

OBJETOS IDEALES



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

- Son irreales, no tienen existencia, no están en el tiempo ni en el espacio; Ej. Conjunto de figuras geométricas.
- No están en la experiencia
- Neutros al valor
- Método racional deductivo: va de lo general a lo particular
- Acto gnoseológico puro: es la intelección, para conocerlo se utiliza el intelecto.

OBJETOS CULTURALES

- Son aquellos en que interviene la mano del hombre
- Son reales, existen en el tiempo y en el espacio
- Son empíricos
- Se los valora positivamente o negativamente
- Acto gnoseológico: es la comprensión
- Método empírico dialéctico

Todo objeto cultural tiene un sustrato o materia y un sentido que es el valor.

Ejemplo: una pintura en un lienzo. La pintura que se use es el sustrato, cuando adquiera esa pintura un sentido es el que le va a dar un valor al objeto cultural

Cossio distingue dos tipos de objeto culturales:

Mundanales: producto de la actividad humana, conducta humana hecha objeto (vida humana objetivizada).

Ecológicos: es la conducta humana viviente. Es la persona mientras se esta comportando el objeto, es el proceso (tiene su sustrato en la conducta humana)

OBJETOS METAFÍSICOS: DIOS, ANGELES, ETC.

- Son reales, existen
- No son empíricos, están mas allá de la experiencia, no se puede acceder a ellos a través de los sentidos
- Son valiosos
- Método y acto gnoseológico: no tienen uno propio, utilizan varios.

Dios es uno de los objetos metafísicos;(cuarta categoría en su clasificación antológica) , es mas seria el caso típico pues dios que siempre es pensado como la realidad realísima, es decir, tiene existencia, no esta en experiencia pues nadie lo puede ver, tocar u oír y además esta concebido siempre como la suma de los valores, la suma bondad, la suma belleza, la suma sabiduría, pero aclara que dentro de la filosofía existencial, a la que adhiere, solo las categorías que corresponden al hombre como existenciaros, incluyendo los valores puros, son de verdad objetos metafísicos. De modo que su posición frente a DIOS puede caracterizarse como agnosticismo; DIOS es pensado con las notas indicadas, por la generalidad de los hombres, pero en tanto objeto metafísico no existe un acto gnoseológico propio que permita su captación, por lo cual resulta un incognoscible, y por ende no existe un método adecuado ni ciencia propiamente dicha sobre dios. Algunos párrafos incidentales, a propósito de la crítica ecológica a la teoría iusnaturalista, pueden ilustrar mejor su respuesta al respecto. Dios no es un objeto propiamente antológico sino teológico(es decir, supone la fe en quienes creen en su existencia) y por eso no puede fundar antológicamente el derecho natural, como pretenden los escolásticos.

El derecho en el mundo de los objetos: el carácter del objeto cultural que tienen el derecho, por lo que huelga momentáneamente, cualquier otro comentario al respecto.

UNIDAD II

EL CONOCIMIENTO JURIDICO. CLASIFICACIÓN DE LAS CIENCIAS Y LAS DISCIPLINAS JURIDICAS.

EL CONOCIMIENTO VULGAR

Es aquel que nace espontáneamente de la sociedad, sin fundamentos. Están basados en experiencias o empirismo.

Seria la DOXA de Platón, es decir, el conocimiento adquirido sin haberlo buscado, conocimiento vago sin un fundamento racionalmente elaborado.

CONOCIMIENTO CIENTÍFICO

Conocimiento racionalmente fundado a través de un profundo y correcto estudio de sus particularidades. Conocimiento basado en el experimento y estudio especializado del caso utilizando métodos propicios que proporcionen resultados razonables como puede ser el método científico.

Características

- **Fundamento racional**
- **Auto conciente**
- **Temático, es decir, un objeto de estudio**
- **Se plantea un problema**
- **Exactitud en la conceptualización**
- **El orden y el método de indagación**
- **Buscado de intento**

CIENCIA Y FILOSOFIA

Ciencia: estudia cada rama o sector determinado de la realidad

Posee un objeto de estudio particular

Posee un saber con supuestos

Se concentra solo en su objeto de estudio, no le interesan los otros supuestos

Filosofía: estudia la generalidad o totalidad del ser

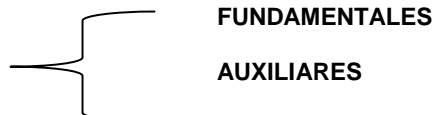
Pretende alcanzar un saber cognoscitivo sin supuestos

Un conocimiento científico autónomo- absoluto

Estudia todos los supuestos de las ciencias y saca a la luz de la verdad

CLASIFICACIÓN DE LAS CIENCIAS. CIENCIAS JURIDICAS FUNDAMENTALES

DISCIPLINAS JURIDICAS



Fundamentales: estudian los fenómenos jurídicos en su conjunto, sin detenerse a su manera de ser en un país o momento histórico Ej. La jurisprudencia, doctrinas, introducción al derecho, Principios generales del derecho, etc.

Auxiliares: toman como objeto de estudio aspectos particulares del derecho

Ej. Lógica jurídica, derecho comparado, historia del derecho, etc.

JURISPRUDENCIA: CIENCIA DEL DERECHO O DOGMATICA JURÍDICA La voz jurisprudencia deriva de "jus" y providentia, es una contracción de "pro y video" significa ver con anticipación.

Acepciones:

Ciencia del derecho o dogmática jurídica; academia de jurisprudencia, doctor en jurisprudencia, etc.

Fuente de derecho; son los fallos repetitivos de los juzgados y tribunales. Colección de fallos firmes y uniformes de los órganos jurisprudenciales del estado.

OBJETO Y DIVISION DE LA CIENCIA JURIDICA

El objeto de la ciencia jurídica es la conducta humana en interferencia intersubjetiva, a través de normas que lo confieren sentidos. Dicho objeto se clasifica en cultural y ecológico.

- el mundo de la cultura esta formada por las creaciones humanas dotadas de significación; de lo producido para una finalidad.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Los objetos culturales son los que el hombre crea o modifica con su acción, atendiendo a fines valorados. Hay dos especies de objetos culturales; mundanales y Ecológicos. En los primeros el sentido que tiene se apoya en un sustrato material. Y en los segundos, el sustrato es la conducta del sujeto que actúa o la persona humana dotada de libertad.

DIVISION DE CIENCIA JURÍDICA

SISTEMATICA JURIDICA

TECNICA JURÍDICA

Sistemática jurídica: tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de las normas que integran un ordenamiento jurídico temporal y espacialmente circunscrito. Toda ciencia jurídica es particular porque estudia el derecho positivo vigente de cada país.

La técnica jurídica: estudia los medios adecuados para la elaboración y aplicación eficaces de las normas que integran un ordenamiento jurídico. El derecho en cuanto arte se aplica y elabora mediante reglas técnicas.

LA SISTEMATIZACION JURÍDICA

En toda norma de un ordenamiento jurídico existen relaciones de sumisión e interdependencia, cuyo conocimiento es indispensable para el estudio científico de aquellas.

La tarea de los juristas llamada sistematización, esta guiada por la idea de presentar las normas jurídicas como parte de un todo o sistema debido a una relación de subordinación y coordinación que existen entre ellas.

El primer sistematizador del derecho, considerado por ello el padre de la ciencia jurídica fue Savigny, con su obra "sistema de derecho actual"

RECURSOS TECNICOS EMPLEADOS

Son los medios expresivos utilizados para manifestar formal y substancialmente la realidad del derecho. En la elaboración y aplicación del derecho son empleadas estas expresiones técnicas:

Definiciones: los conceptos son la representación mental de algún modo de ser, sin afirmar ni negar nada. En cambio la definición expresa las notas implícitas en el concepto.

En el ordenamiento jurídico las definiciones admitidas deben ser estrictamente legislativas, han de tener por objeto restringir la significación del término a las ideas que reúnan exactamente las condiciones establecidas por la ley.

Ej.; son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Indicio: denominase indicio, a todo rastro, vestigio, huella, circunstancias y en general todo hecho susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido.

Presunción: es una operación mental por la que se sacan consecuencias de los indicios. Es la inferencia que la ley o el magistrado saca de un hecho conocido para llegar al establecimiento de otro hecho desconocido. Supone una doble operación mental: inductiva y deductiva. Pueden ser:

-legales: cuando son preestablecidas por la ley

-judiciales: son el fruto del raciocinio del juez

Standard jurídico o regla flexible: norma intermedia creada para facilitar la acomodación del hecho a la ley

Ej.; el tutor debe administrar los intereses del menor como un buen padre de familia.

Ficciones jurídicas: son las figuras o situaciones creadas como arbitrio de construcción sobre la base de un hecho incierto. Tienen su origen en el derecho romano y persiste en las legislaciones modernas.

Dicho procedimiento técnico mediante el cual se impone un artificio sin realidad alguna pero como si la tuviera, esta justificado por las necesidades de resolver ciertos casos que de otro modo no podrían solucionarse.

Ej.: la persona de existencia ideal o personas jurídicas----- las personas por nacer----- hijos aun nacidos que son considerados como nacidos toda vez que se trate de sus derechos.

FILOSOFIA DEL DERECHO- DEFINICION

La filosofía Es la base fundamental de las ciencias particulares, y a su vez, cada ciencia tiene su filosofía especial, por ejemplo la filosofía del derecho. Como su nombre lo indica esta constituye una rama o especie de la filosofía general que es el género.

La filosofía del derecho es la disciplina que define al derecho en su universalidad lógica, investiga los fundamentos y caracteres generales del desarrollo histórico y lo valora según el ideal de la justicia trazado por la razón.

Según DEL VECCHIO La Filosofía del Derecho comprende tres clases de investigaciones:

Lógica: se propone establecer el concepto del derecho, separando los hechos particulares de los sistemas normativos que se dan en diversos países y épocas.

Fenomenológica: busca el conocimiento de las causas genéricas y universales del fenómeno jurídico

Deontologica: estudia el derecho en relación a los valores que aspira realizar.

LOS TEMAS FUNDAMENTALES DE ESTA DISCIPLINA

De acuerdo con la opinión generalizada los temas primordiales de esta disciplina son dos:

El primero; es la determinación del concepto del derecho

El segundo; se refiere a los valores que el orden jurídico positivo aspira realizar.

Algunos autores han dado a la disciplina que estudia la noción de lo jurídico el nombre de ontología jurídica o gnoseología jurídica. La parte que consiste en descubrir los valores se denomina axiología jurídica.

DISTINCION ENTRE CIENCIA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Toda ciencia esta circunscripta al estudio de un orden particular de fenómenos. En cambio, la filosofía generaliza el conocimiento humano.

La ciencia del derecho o jurisprudencia en sentido estricto; tiene por objeto los sistemas jurídicos particulares, vigentes o históricos considerados singularmente para cada pueblo en una época determinada. Por ejemplo: derecho romano, derecho argentino, derecho paraguay, etc. Al jurista considera solo lo que es el derecho y no lo que debiera ser.

La filosofía jurídica; tiene por objeto el estudio del derecho en sus ingredientes universales. Indica cuales son los elementos esenciales comunes a todos los sistemas jurídicos, llegando con su investigación más allá de los límites del derecho positivo.

Valora los sistemas para determinar sus fundamentos, a través de la sola razón. Investiga aquello que debe ser o debiera ser en el derecho. Posee un método de trabajo reflexivo o apriorístico.

DISCIPLINAS JURÍDICAS AUXILIARES; HISTORIA DEL DERECHO- NOCIÓN Y DIVISION

La historia del derecho estudia la evolución de los fenómenos jurídicos en las diversas etapas de la vida humana, estableciendo el origen, la transformación y caducidad de las instituciones.

División:

Según el ámbito:

universal; formación y desarrollo de los sistemas jurídicos de todos los países.

Particulares; formación y desarrollo de un país o pueblo determinado.

Por razones del método empleado:

Modernos

Clásicos; se vuelve a dividir en;

-historia interna; trata del desenvolvimiento de las instituciones jurídicas

-historia externa; estudia las fuentes del derecho, los diversos códigos y las leyes señalando la época en que fueron dictadas, sus motivos y autores sin detenerse a interpretar.

MÉTODO MODERNO QUE CARACTERIZA LA TAREA DEL HISTORIADOR DEL DERECHO

Se adopta el método sincrético, sincrónico o sistemático;

Sincrético; busca conciliar la historia con el derecho para precisar como han evolucionado las instituciones jurídicas en el tiempo



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Sincrónico; se extiende a todos los factores políticos, económicos, morales y sociales que sean idóneos para explicar el fenómeno jurídico

Sistemático; trata de reconstruir el sistema jurídico de la época.

FUENTE DEL CONOCIMIENTO HISTÓRICO DEL DERECHO

Jurídicas: son las leyes, costumbres, jurisprudencias, expedientes judiciales y administrativos. Manifiesta en cada momento histórico el derecho vigente el contenido y la forma.

No jurídicas; obras escritas (poesías, novelas, cartas) sin fin directo de exponer el derecho, pero menudo relatan, critican y reflejan la vida de este, las causas de sus evoluciones, el comportamiento de la sociedad colectiva, etc.

DERECHO COMPARADO- DENOMINACIONES

Nace en el siglo XIX, su primer nombre fue "concordancias" luego fue sustituido por el de "legislación comparada" para indicar que su estudio era plenas leyes.

Como todo derecho de un país no está totalmente expresado en las leyes, códigos, etc. Desde los primeros años de este siglo la disciplina toma la denominación actual "derecho comparado" que consiste en comparar las doctrinas, las jurisprudencias, las costumbres etc., con los casos no previstos.

DEFINICION DEL DERECHO COMPARADO

Tiene por objeto describir el fondo común de los conceptos y de las instituciones, mediante la confrontación de sistemas jurídicos relacionados entre sí,

El método comparativo o experimentación indirecta, consiste en la observación repetida de los mismos fenómenos cuando se producen en medios diferentes y en condiciones distintas, puede referirse tanto al derecho histórico como al vigente.

UTILIDAD DEL DERECHO COMPARADO

- ✓ Suministra al investigador de un derecho nacional los elementos de otros sistemas jurídicos para establecer las analogías y diferencias
- ✓ Determina los caracteres constantes de las instituciones jurídicas (tanto antiguas como actuales) para perfeccionar su conocimiento universal.
- ✓ Permite conocer el origen de las instituciones de un país por analogía
- ✓ Es un factor eficaz para la correcta aplicación de las leyes
- ✓ Orienta las reformas legislativas de los derechos nacionales. Los estudios de los comparatistas y las resoluciones sirven de fundamento para alcanzar la uniformidad internacional de las legislaciones.
- ✓ El derecho internacional privado teje sus soluciones en el derecho comparado

SOCIOLOGIA JURÍDICA- DEFINICION Y OBJETO

Rama de la sociología general, data del presente siglo, tiene por objeto la explicación del fenómeno jurídico considerado como hecho social. Estudia los factores que intervienen en la formación y desarrollo del derecho y los efectos que produce en la vida social, un ordenamiento jurídico determinado.

Los fenómenos sociales y las normas jurídicas están vinculados por una relación de interdependencia. Los fenómenos sociales influyen en la estructuración del derecho determinando su contenido, ya que dichas normas deben regular las condiciones sociales. La ciencia jurídica estudia al derecho en su deber ser, la sociología jurídica lo contempla en el plano causal del ser.

LA LÓGICA JURÍDICA- INSTRUMENTO DE LA DOGMÁTICA

La misión de la ciencia jurídica consiste en interpretar, construir y sistematizar el contenido de un ordenamiento jurídico; para lo cual tiene que someterse a las reglas del pensar en general y de la elaboración de los conceptos puros del derecho que contribuyan a la armazón lógico- formal de este.

La lógica asegura evidentemente la solidez del edificio jurídico; sin ella no hay seguridad y puede caer en lo arbitrario.

EL MÉTODO JURÍDICO

Significa camino para llegar a un fin; es decir, el camino que conduce al conocimiento de la verdad.

El método jurídico es el conjunto de procedimientos intelectuales de que hace uso el jurista para descubrir la verdad jurídica.

Los métodos científicos son numerosos pero pueden reducirse a dos: método inductivo y método deductivo

El método inductivo va de lo particular a lo general, parte de la observación de los hechos particulares para llegar por la generalización a las causas que lo originaron.

El método deductivo va de lo general a lo particular; parte de principios generales considerados evidentes para sacar por el razonamiento lógico las consecuencias necesarias.

INTRODUCCION AL DERECHO-HISTORIA

Desde antiguo existió la necesidad de una obra elemental destinada a servir de orientación y guía a quienes se inician en los estudios jurídicos universitarios.

Durante el siglo XIX se introdujo con tal propósito en los planes de las universidades europeas y latinoamericanas la asignación enciclopédica denominada introducción al estudio del derecho, introducción a la ciencia jurídica, prolegómenos del derecho, etc.

Cuya misión era suministrar las bases y fundamentos de las ciencias jurídicas y exponer a grandes rasgos sus diversas partes

DEFINICION: Es una disciplina que expone las nociones fundamentales de la ciencia filosófica y la técnica jurídica, así como de las diversas ramas del derecho positivo para delimitar el ámbito, principios y problemas de cada uno.

CONTENIDO

Carece de objeto exclusivamente propio, su contenido proviene de otras fuentes. Su contenido se circunscribe al estudio de la ciencia y la técnica jurídicas y de la enciclopedia del derecho positivo.

DIVISIÓN

Dogmática; expone las nociones jurídicas fundamentales

Técnica; estudia la interpretación, aplicación e integración de la ley y soluciones de los conflictos de leyes en el espacio y el tiempo.

Descriptiva; se ocupa de las diversas ramas del derecho positivo, para delimitar el ámbito de cada una y sus principales problemas.

UBICACIÓN DE LA INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

En la facultad de derechos y ciencias sociales de la universidad nacional, está ubicada en el umbral de los estudios jurídicos universitarios para que los aspirantes a juristas pueda lograr las nociones básicas sobre lo que habrán de cimentarse posteriormente desarrollos cognoscitivos.

En el Paraguay la escuela de derecho fue creada anexa al colegio nacional de Asunción en 1882, y posteriormente en 1889 se creó la universidad nacional de Asunción y en ella la facultad de derechos.

La estructura del curso lectivo en esta facultad, para impartir las enseñanzas que integran esta asignatura del ciclo jurídico. Dicha estructura consta de tres partes:

- una materia constituida por introducción al derecho
- las disciplinas jurídicas especiales que comprenden las diversas ramas del derecho positivo público, privado, interno y externo.
- Una materia cumbre; la filosofía jurídica que estudia el derecho en sus ingredientes universales.

UNIDAD III

ORIGEN DEL DERECHO. SIMBOLOSMO Y TRANSFORMACION DEL DERECHO.

ORIGEN DEL DERECHO- ACLARACION PREVIA:



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

El problema que se plantea aquí es el de saber si en los grupos humanos más primitivos, existía o no derecho, y establecer que carácter tenía. Lo lógico sería preguntarnos como apareció el derecho por primera vez sobre la faz de la tierra. Bueno es recordar que todo intento de resolver el problema así planteado, ha terminado en el fracaso, por falta de fuentes informativas que nos permita conocer la etapa primera de la prehistoria: solo hay hipótesis al respecto más o menos aceptables, pero hipótesis al final.

No obstante, algo se ha adelantado al respecto y hay general acuerdo en que, aun en los grupos sociales más primitivos, existían ya normas jurídicas, es decir, existía ya el derecho. Parece ser esta inconmovible que nadie fundamentamente ha podido discutir. Stammler, en su libro "la génesis del derecho", cita el caso de un explorador que había visitado una tribu salvaje del África y se retiraba en la creencia de que allí no había derecho, pues daba la impresión que cada uno hacia lo que le daba la gana. Al retirarse tuvo que cambiar de opinión, pues observo a varios indígenas llevando a una mujer en andas que era la reina de la tribu, a quien se debía obediencia, lo que indicaba la existencia de un régimen jurídico.

Este fenómeno entre la consustancialidad entre sociedad y derecho, se sintetiza en el famoso adagio latino: *ubi societas, ibi jus* (donde hay hombre hay sociedad, donde hay sociedad hay derecho.). Hay que descartar la hipótesis prejuzgada de la sociedad.

TEORÍAS:

TEORÍA TEOLOGICA.

Sostiene que el derecho surgió de la divinidad, conociéndolo el hombre por la revelación.

Podremos ver aquí que todo lo referente al derecho dependía directamente de dios. Dios establece con sus ministros las normas a que los hombres eligen voluntariamente someterse o no. Que con el libre albedrío toma su camino y decide seguir a dios y cumplir sus mandatos o en lo contrario optar por otro camino y desobedecer sus reglas. Es importante mencionar que al termino de la vida cada uno llegara al tribunal de justicia en donde dios expondrá todas las obras, tanto, positivas como negativa. Es así que recoge a sus hijos que se reconocen con o no han infringido sus mandatos.

TEORÍA CONTRACTUALISTA O DEL PACTO SOCIAL.

El origen del derecho estaría en el contrato que concertaron voluntariamente los hombres, para pasar del estado de naturaleza al estado de sociedad civil. Algunos autores interpretaron esta teoría como si el contrato hubiera sido una realidad histórica, pero, indudablemente, la interpretación correcta de la teoría pactista y así lo entendió el mismo Rousseau- consiste no en tomarlo como una realidad histórica si no en considerar que la sociedad o mas propiamente el estado, debía realizarse como si realmente hubiera tenido origen en un contrato. Como consecuencia surgía la necesidad de respetar ciertos derechos fundamentales del hombre, que es precisamente la finalidad política que perseguía Rousseau con su teoría.

TEORÍA DE LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

Esta escuela si bien no abordó orgánicamente el problema, tuvo el merito que destacar el derecho no se origino en una voluntad, sea divina o humana, sino que surgió en forma espontánea, por le hecho de la existencia de grupos sociales, contribuyendo todos sus integrantes al nacimiento de esas normas primitivas, pero eso si de una manera completamente espontánea, por responder a una necesidad natural del ser humano como es la convivencia (el hombre es un ser social por naturaleza)

TEORÍA DE LA ESCUELA SOCIOLÓGICA O SICOSOCIOLOGICA

Esta tendencia de la que puede considerarse a EMILIO DURKHEIM como el más destacado representante, sostiene que el grupo social más primitivo, la forma de organización mas antigua, es el clan. Consistía en un grupo mas o menos nómada, cuya cohesión se debía no a la consanguinidad, sino a que todos se consideraban descendientes de un antepasado místico común "el tótem". El tótem era generalmente un animal o un vegetal o mineral, pues la mentalidad primitiva no podía establecer otro símbolo que los objetos suministrados por la experiencia, que constituía un verdadero símbolo religioso.

La horda no es propiamente un grupo social como el clan o la tribu, es más bien un grupo de hombres que hacen la guerra sin sujeción a un orden o disciplina regular. Es lo que podríamos considerar como un antiguo ejercito.

En lo que respecta al origen sociológico del derecho, sostiene la siguiente opinión:

La vida de los primitivos grupos estaba regida por una serie de normas consuetudinarias, que presentaban en forma indiferenciada aspectos que hoy llamamos jurídicos, morales, religiosos y aun usos sociales. Existía pues un régimen jurídico rudimentario.

Estas normas no eran impuestas por ningún órgano coercitivo organizado, puesto que no se había producido todavía la descentralización del poder, estando garantizado su cumplimiento por la reacción colectiva del grupo (descentralización del poder). Aquí influenciaban las fuerzas psicológicas como el hábito, los usos, la imitación, temor religioso, etc. El hábito es un fenómeno psicológico fundamental regido por una ley que no es mas que una forma de la ley de inercia. Al hábito se agrega la imitación, lo que uno hace es en cierto modo un modelo que los otros tienden a imitar y reproducir. En cuanto al temor religioso, era el miedo de provocar la ira de dios por que creían que traía desgracia.

Coincide con la escuela histórica en que el derecho surgió en forma espontánea e irreflexiva, siendo por lo tanto la costumbre, la única fuente del derecho primitivo.

Todo el derecho primitivo tenía un carácter sagrado, por que las normas consuetudinarias eran consideradas mandatos divinos.

En un principio no había gobierno propiamente dicho, ni estado en consecuencia, lo cual se explica por que para ello era necesario un esfuerzo de abstracción, imposible de concebir en las mentes primitivas. Pero luego fueron evolucionando, establecieron los jefes que dirigían y ejecutaban las normas consuetudinarias.

SIMBOLISMO DEL DERECHO ANTIGUO

Conceptos: este carácter esencial del derecho primitivo, consistía en la exaltación de la forma en la realización de los actos jurídicos, el punto de que era necesario cumplirlos estrictamente para que los actos tengan validez. Este simbolismo se concretaba en la realización de actos preestablecidos o bien en el empleo de determinadas palabras, bastando la ejecución de los primeros o la promulgación de las segundas, para que según los casos, quedara trabada la relación jurídica

Fundamento: el simbolismo del derecho antiguo (Ihering lo llamaba formalismo, mientras que otros autores lo han denominado materialismo) se explica por dos razones principales.

En primer termino, porque la mentalidad primitiva era incapaz de abstracciones, es decir, de conceptos generales, implícito hoy en todo acto jurídico. La situación es análoga con la que se presenta con un niño al que es imposible explicarle que un juguete le pertenece si no se le da para que juegue con el y sin que ello importe que tenga un concepto de lo que es la propiedad. Era pues necesario impresionar esas mentes en forma solemne, para que se comprendiera el significado y finalidad del acto que se realiza.

Y Por una razón de publicidad, ya que no se conocía la escritura, y era el único medio para que los actos quedaran grabadas en la memoria de todas las personas que lo presenciaban.

Ejemplo: el simbolismo del derecho antiguo fue un fenómeno común a todos los pueblos primitivos, por que es expresión de una etapa necesaria en el desarrollo del espíritu humano; en efecto, según queda explicado, respondió a una necesidad inherente a la mentalidad primitiva.

Entre los pueblos de la antigüedad cuyo derecho se conoce bien, fue en Roma, mas exactamente en el derecho romano primitivo, donde el simbolismo alcanzo su mas alto grado de desarrollo. Este excesivo formalismo del derecho romano paso al derecho español y se conservo por mucho tiempo.

ESPIRITUALIZACION DEL DERECHO.

Como consecuencia de un largo proceso determinado por la paulatina evolución del espíritu humano, el derecho se ha ido desprendiendo de ese simbolismo o formalismo excesivo, que si bien se explicaban en las épocas primitivas, ya no



tienen razón de ser. A este proceso en virtud del cual lo que interesa es que la voluntad de las partes haya sido claramente expresada, pasando la forma a un segundo plano, se lo ha llamado espiritualización del derecho.

Hoy en día tiende a eliminar el formalismo, cuya consecuencia directa es la prolongación y el encarecimiento de los procesos, con mengua de la justicia. Entiéndase bien, que se han eliminado las formalidades inútiles o superfluas y no la forma de los actos jurídicos, puesto que todo acto tiene forzosamente una forma, aun cuando las partes puedan establecerla de común acuerdo, como la tiene todo lo que existe.

TRANSFORMACION DEL DERECHO

Generalidades - el problema: se trata de establecer como se desenvuelve, transforma o evoluciona el derecho en la vida de los pueblos, problema que va unido al desarrollo de la justicia y a la libertad.

Nos ubicamos en el ámbito de la sociología jurídica sirviéndonos de poderoso auxiliar en este caso la historia del derecho que nos permite conocer su concreto desarrollo en los distintos pueblos.

En cuanto a la denominación de este problema al que suele llamarse la evolución o desarrollo, o desenvolvimiento del derecho, cabe aclarar que dichos términos provienen de las ciencias naturales y por ello tienen el inconveniente de que su significado implica que los caracteres de un determinado objeto natural, en las distintas etapas de su desarrollo, están ya predeterminados desde el origen del respectivo objeto como sucede por ejemplo con cualquier planta, cuyos caracteres están ya en germen en la respectiva semilla. Como es obvio, los caracteres del derecho de cualquier estado en los diversos momentos de su desarrollo histórico, no están predeterminados desde el respectivo origen, ya que por ser obra de seres humanos no hay que olvidar que hay siempre de por medio la libertad humana que puede imprimir al derecho, en cualquier momento una orientación inesperada. Por los motivos antedichos se ha titulado este problema con el término "transformación del derecho" que resulta más adecuado, que abarca tanto las transformaciones progresivas como regresivas.

TEORÍAS:

Teoría de la transformación pacífica, espontánea y gradual del derecho.

Expresión arquetípica de esta tendencia es la escuela histórica del derecho. Sostiene que el desenvolvimiento del derecho opera en forma pacífica, espontánea y gradual, tal como la planta que surge de la semilla. Gustavo Hugo-fundador de esta escuela comparó el desarrollo del derecho con el del lenguaje que no ha sido fruto de la revelación divina, ni establecido por un convenio entre los hombres, sino que es el resultado de una transformación progresiva a través de los siglos; de ahí infiere que el legislador igual que el filólogo, debe delimitarse a fijar los principios que se hallan latentes en la misma sociedad.

Esta es la parte de la teoría que nos interesa por su relación con el problema de la transformación histórica del derecho. Cabe recordar que la escuela histórica sostenía que el derecho de cada país, presentan caracteres peculiares que los diferencian de los otros países, asimismo existen muchas veces, semejanzas entre ellos. Decía que el derecho es el fruto espontáneo del pueblo, o de la conciencia jurídica popular, que desde los orígenes de cada pueblo están determinados ya sus caracteres. Es evidentemente errónea la posición de esta escuela, y además deriva de ello una consecuencia peligrosa: la que si el derecho es un producto espontáneo que se desarrolla independientemente de la voluntad de los hombres, resulta que estos deben adoptar una actitud quietista y esperar de brazos cruzados las transformaciones jurídicas. Esto es lo que conceptuó un profundo error, pues intenta apartar a los hombres del verdadero y único camino del progreso del derecho: el de la lucha.

Teoría de la lucha por el derecho: sostiene que el desenvolvimiento del derecho se opera como consecuencia de una lucha, entendida esta expresión no solo en sentido de lucha armada, sino también en el de un constante y sostenido esfuerzo para evitar el predominio de las injusticias y de las tendencias reaccionarias.

Esta lucha reviste un carácter pacífico, como es la lucha diaria ante los tribunales y otra un carácter sangriento como en la luchas armadas, pero es siempre lucha. En todos los pueblos han existido y existen intereses contrapuestos, no solo de hombres individualmente considerados, sino también de grupos, de clases y hasta de estados entre sí. De esta contraposición se alimenta la lucha, así también la que se desarrolla en el plano político, sobre todos los que sufren las injusticias, tratan de modificarlos. De esta lucha surge la superación de las contradicciones, por una solución justa o injusta, radical o transaccional

Rodolfo von Ihering; el primero que rebatió en forma terminante la concepción historicista y su corolario lógico, el *quietismo*, con su teoría de la lucha expuesta en la obra titulada "la lucha por el derecho". Sus ideas son:

❖ **Tesis de la lucha:**

Concepto: afirma la existencia de una paradoja inicial en el derecho, pues le asigna como fin la paz y sostiene que el medio para alcanzarla se reduce a la lucha. Esta lucha durara tanto como el mundo, porque el derecho habrá de prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia. La lucha no es un elemento extraño al derecho, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea, pues, lleva implícita la idea de fuerza que hará que se cumpla cuando no lo obedezca.

Se revela también en el lenguaje de los símbolos, pues la justicia se representa por una mujer que tiene en una mano la balanza donde pesa los derechos de las partes y en la otra, una espada que simboliza la fuerza necesaria para hacerlo efectivo.

Ihering sintetiza su pensamiento al respecto, diciendo que el derecho considerado en su desarrollo histórico, nos presenta la imagen de una lucha, del más penoso esfuerzo, implicando su nacimiento, como el del hombre, un doloroso y difícil alumbramiento. Prueba de ello es que las grandes conquistas que en la historia del derecho pueden registrarse: la abolición de la esclavitud, de la servidumbre, la libre disposición de la propiedad territorial, etc. no han sido alcanzados sino después de una lucha durante siglos.

Causales: Ihering nos habla en primer término de los conflictos de intereses, pero va más allá y anota agudamente que muchas veces el motivo de la lucha es una razón ideal: la defensa de justicia y el sentimiento del derecho. Un ejemplo clásico es el de Hampden en Inglaterra, que por defender sus derechos, se negarse a pagar un impuesto decretado en tiempo de paz para el de la guerra, perdió su fortuna en costa de sucesivas apelaciones.

Apología de la lucha: frente a la innegable realidad de la lucha por derecho, Ihering se pregunta si debemos lamentarnos de que sea así. Pues afirma "la lucha que exige el derecho para hacerse práctico, no es un castigo, es una bendición", mas adelante agrega "bien puede afirmarse que la energía y el amor con que un pueblo defiende sus leyes y sus derechos están en relación proporcional con los esfuerzos y sacrificio que les haya costado el alcanzarlo" "se puede decir de un derecho ganado sin esfuerzo, lo que se dice de los hijos de la cigüeña: un zorro o un buitre pueden perfectamente robarlos" ¿pero quien arrancara al hijo tan fácilmente de los brazos de la madre?

Deber moral de luchar por el derecho: es este un corolario lógico de las ideas anteriores. Dice el maestro alemán que se trata de un deber con la sociedad y para demostrarlo recurre a una metáfora. Si mil soldados están en líneas, puede perfectamente suceder que no se note la falta de uno solo; pero si cientos de ellos abandonan su bandera, la posición de los que quedan fieles será más crítica, por que todo el peso de la lucha caerá sobre ellos. En el terreno jurídico se trata de una lucha del derecho contra la injusticia, de un combate común de toda la nación, en el cual todos deben estar estrechamente unidos. Finalmente a modo de incitación y norma ética de conducta dice "la lucha es el trabajo eterno del derecho. Si es una verdad decir ganaras tu pan con el sudor de tu frente, no, le es menos añadir también, solamente luchando alcanzaras tu derecho" por ultimo agrega: solo merece la libertad y la vida el que cada día sabe conquistarla"

❖ **formas de luchas:**

Según el protagonismo; pueden ser *individual* (el caso de la lucha diaria ante los tribunales) y *colectivas* (lucha de los sindicatos, etc.)

Según la forma: *pacífica:* cuando se usa de la persuasión, de la propaganda a través de libros, el periódico, la radio y otros medios para defender. *Violenta:* a través de huelga, revolución, etc.

EVOLUCIÓN Y REVOLUCIÓN:



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Evolución- concepto: la marcha de la sociedad es evolutiva, cuando se realiza en forma gradual y pacífica, sin que ello signifique la exclusión de la lucha, pues esta no implica necesariamente conflictos bélicos.

En el campo del derecho, la marcha evolutiva tiene lugar cuando la transformación de las instituciones se realiza siguiendo el procedimiento establecido pro el derecho vigente para su propia reforma.

Evolución revolucionaria: se alude a las transformaciones realizadas en forma pacífica y legal, cuando traen aparejados profundos cambios en la estructura político social vigente.

Para que se produzcan profundas transformaciones, es bueno tener presente que no es imprescindible la utilización de bombas y tiros. Muchas de las llamadas revoluciones, son en realidad contra revoluciones, por su contenido francamente reaccionario,

Revolución- generalidades: este vocablo es empleado en diversos terrenos: se habla así de revolución política, jurídica, cultural, artística, industrial, técnica, etc. Y aunque tome en cada caso sus caracteres propios es evidente que en todos hace referencia a hondos cambios en la respetiva materia.

Conviene precisar que: nuestro objeto es el estudio de la evolución política, analizándola en su relación al orden jurídico. Nuestro particular enfoque respecto del cual cabe decir que nos ubicamos en el terreno sociológico.

La definición en el terreno filosófico resulta inobjetable, como concepto puro que es abarca también en su generalidad el concepto sociológico, pero desde nuestro punto de vista nos resulta insuficiente pues debe contener otros elementos configurativos.

Concepto: es todo fenómeno de violencia colectiva que tiene pro objeto el cambio total o parcial del régimen político-social vigente. Queda así conceptualizado el fenómeno revolucionario sobre la base de tres conceptos:

Por la forma: la violencia contra los gobernantes es esencial, por tratarse del rasgo que lo diferenciaba del cambio evolutivo. La violencia puede revestir diversas graduaciones y oscilar desde la que cuesta desde torrentes de sangres, hasta aquella en que la fuerza actúa mas como factor de intimidación.

En sentido vulgar: revolución es cualquier movimiento colectivo realizado por la fuerza para derrocar a los gobernantes.

Por el protagonismo: debe tratarse de un movimiento colectivo en el sentido de que es necesaria la presencia del pueblo para que exista una autentica revolución, sean cuales fueren los dirigentes de la misma. Los levantamientos militares, o el levantamiento de un grupo dirigente contra otro grupo que detenta el poder para remplazarlo en el mismo, no son revoluciones sociales ni políticas, sino simples golpes de estado.

Por su fin: es el cambio parcial o total del régimen político- social existente y por ende, del orden jurídico.

Los golpes de estado, se distinguen de la autentica revolución, en que no persiguen un cambio institucional, sino simplemente el cambio de los detentadores del poder.

Derecho a la revolución- concepto: es el derecho al cambio institucional, realizado violentamente por el pueblo. Es necesario diferenciarlo del derecho de resistencia a la opresión, que consiste en el derecho de revelarse contra el despotismo y aun derrocado, poniendo en su lugar, gobernantes elegidos legalmente y que respeten las leyes.

Durante la época del absolutismo, cuando todo el gobierno radicaba en el monarca (el estado soy yo- de Luís XIV) el derecho de resistencia a la opresión se manifestaba como derecho al regicidio o tiranicidio, puesto que si todos los males que padecía un pueblo se debían en ultima instancia al rey, era cuestionado de matarlos para que aquellos terminara. Santo tomas y sobre todo el padre Mariana consideraban al tiranicidio mas que como un derecho, pues constituía para ellos un autentico deber. Hoy día es imposible identificar al gobierno como un solo hombre, el derecho anterior ha sido reemplazado por el de resistencia a la opresión.

Caracteres: corresponde preguntarse ahora si los llamados derechos a la revolución y derecho de resistencia a la opresión son verdaderos derechos en el sentido técnico de la palabra

En el terreno del derecho positivo no puede reconocerse en tal carácter, no solo por la imposibilidad práctica de reglamentarlos, sino también por significar la violación del orden jurídico y aun su misma destrucción, constituyen en este plano un verdadero delito.

La palabra derecho esta empleada aquí en sentido figurado, no jurídico, tratándose en realidad de un derecho, o si se quiere de un deber moral que tiene su fundamento en la soberanía del pueblo, así como en la libertad y en la dignidad humana.

Responsabilidades jurídicas de los revolucionarios: por razones obvias impera la doctrina del éxito: en consecuencia, si la revolución triunfa sus autores son héroes y están exentos de toda responsabilidad penal, por el contrario, si el movimiento es dominado, se los considera delincuentes y son penados conforma a las leyes. A la luz de la ciencia jurídica, esto se justifica por que en el primer caso se ha adueñado del poder y se produce una quiebra en la continuidad en el orden jurídico. Pues la evolución es una fuente originaria del derecho que implica una nueva norma hipotético fundamental; en el segundo supuesto, continua vigente el mismo régimen jurídico y son entonces penados de acuerdo con sus disposiciones.

Derecho de la revolución- concepto; conviene agregar para aclarar mas el panorama, algunas palabras sobre el tema del epígrafe, que se refiere a las normas jurídicas emanadas de la revolución o del gobierno revolucionario.

La doctrina ha aclarado el tema al establecer que la revolución es una fuente originaria del derecho, por oposición a las fuentes derivadas. En el terreno del desenvolvimiento normal o evolutivo del derecho, toda norma deriva su validez de otra norma superior por que el derecho prevé y regula su propia transformación, pero en el caso que estudiamos, ello no ocurre y el derecho de la evolución deriva su validez del mismo hecho de la existencia de una revolución triunfante.

Esto no quiere decir que producida una revolución *ipso facto* derogado todo el régimen jurídico anterior y no haya derecho hasta que los gobernantes de facto lo dicten. No es, en realidad lo que se produce en una situación progresiva y más o menos rápida, que suele comenzar por los objetos principales de la revolución, para extenderse después a otros aspectos.

Decretos- leyes: la fuente formal principal del derecho revolucionario, son los llamados decretos leyes. No se deben confundir con cualquier otro decreto dictado por el poder ejecutivo.

UNIDAD IV

PENSAMIENTO JURÍDICO DESDE LA ANTIGÜEDAD

EL CARÁCTER SAGRADO DEL DERECHO PRIMITIVO:

Desde antiguo el derecho era de carácter puramente sagrado, en todos los pueblos predominaba la costumbre con naturaleza religiosa. No diferenciaban el mundo del más allá y este mundo, creían que era único en que los Dioses aplicaban las sanciones.

La sanción más antigua de carácter jurídico fue la "*venganza de la sangre*"; si un miembro del clan era asesinado los miembros de su clan debían vengar en memoria del difunto al perteneciente en el clan ofensor.

Los reyes se autodenominaban Dioses como el Faraón en Egipto quien se proclamo el dios viviente y señor del bajo y alto Egipto; la obligación de obedecer al soberano es de carácter sagrado.

Aun en nuestros días persiste en el juramento de los jueces, soldados, juramentos militares, de los testigos de decir la verdad y nada mas que la verdad, en los matrimonios, etc.

LA COSTUMBRE PRIMITIVA- LA VENGANZA

Antiguamente los grupos se organizaban en clanes, no había ningún poder individualizado. El poder total estaba difuso en el grupo.

Se basaban en las costumbres; según DEL VECCHIO empieza con el hábito- es la tendencia de repetir un acto realizado, junto con el hábito se encuentra la imitación- que consiste en imitar y reproducir lo que uno hace, constituyéndose así la costumbre.

Dentro del grupo clanico eran unidos por un poder sobrenatural al que llamaban "TOTEM", según la creencia los espíritus vagaban por el bosque, campo, praderas que luego se depositan en cualquier lugar; estos pueden ser piedras, árboles, o en animales a quienes consideraban intocables y le rendían culto y veneración.



En caso de ofensas contra un miembro del clan por un miembro de otro, reaccionaba totalmente el clan del individuo ofendido y no solamente contra el ofensor sino contra cualquiera del clan ofensor.

La sanción mas grave para un miembro del clan era la "expulsión"- excluido del grupo o del clan quedaba sin protección ni consideración alguna; corría el riesgo de ser asesinado o agredido por cualquier persona. No poseía tutela jurídica, era considerado una fiera, se lo negaba el rito del fuego y del agua.

EL TALION- LA COMPOSICION

La venganza de sangre fue sustituida por una forma más primitiva de justicia racional, con noción de igualdad racional. Es la LEY DEL TALION cuya formula se encuentra contenida en el antiguo testamento (ojo por ojo, diente por diente). También se encontraba el CODIGO DE HAMURABI y en el CODIGO BABILONICO.

Al rigor de la ley mosaica, sucedió una institución más benigna "LA COMPOSICION" según el cual el daño sufrido en vez de ser vengado, era resarcido mediante un beneficio establecido por un árbitro o predeterminado mediante un sistema de tarifas.

EL CARÁCTER RELIGIOSO DE LAS NORMAS PRIMITIVAS

En cuanto a la religión que también hemos atribuido a la primitiva regulación de la conducta, es consecuencia del papel fundamental que desempeñaban las creencias religiosas de la época. En un principio todo el derecho tenía carácter sagrado, las normas jurídicas se apoyaban en la religión, la costumbre difusa también abarcaba preceptos de carácter puramente moral.

Mas tarde por la gran cantidad de normas consuetudinarias que existían en la época han ido seleccionando aquellas que pueden ser sancionadas y aplicadas por órganos jurisdiccionales diferenciados. En este proceso de selección solo aparecen como jurídico- positivas aquellas normas que resultan susceptibles de aplicación y sanción por órganos diferenciados.

Las primeras normas éticas aparecían o surgían en forma inconsciente e irreflexivas y eran acatadas como se presentaban; en una etapa posterior viene la razón que separo las normas propiamente jurídica y dar a aquellas una formulación precisa. Este transito de lo inconsciente a lo consciente se dio cuando aparecen técnicos con poder para declarar fijar o quitar, interpretar e ir modificando poco a poco la costumbre primitiva.

Este paso de la descentralización a la centralización se produjo con la aparición de los eruditos del derecho y cuando empezaban a delegar funciones específicas a los órganos del estado.

EL DERECHO PRIMITIVO PREEXISTE A TODA FORMA DE CIENCIA JURÍDICA

El derecho existe desde el momento que hay grupo social, por primitiva o rudimentaria que sea su organización. Ello no significa que exista un pensamiento o una ciencia sobre ese mismo derecho. El viejo lema decía "donde hay hombre hay sociedad, donde hay sociedad hay derecho, es decir donde hay hombre hay derecho"

Aparición:

- aparece el fenómeno derecho; como elemento esencial de todo grupo social
- Grecia: aparecen pensamientos sobre el fenómeno derecho, con lo cual se constituye el derecho como objeto de reflexión.
- Roma: por primera vez aparecen las ciencias jurídicas, cuando señalaron fuentes objetivas que permitieron diferenciarlo de la moral y de la religión

LA JUSTICIA EN PLATON Y ARISTOTELES

EL ESTADO Y LA JUSTICIA EN PLATON

El camino metódico que Platón recorre parte de la caracterización de la justicia como atributo o cualidad de la ciudad, para después examinar como aparecen esos atributos en cada hombre individualmente considerados.

Para el la justicia en el estado es el equilibrio entre los tres estamentos que lo integran; se diferenciaban por su aptitud y actividad;

- los sabios; les corresponden gobernar y dirigir la cosa publica
- Los guardianes o guerreros; debían proteger la ciudad de los enemigos.
- los artesanos o agricultores; debían trabajar para mantener la ciudad

Como pudimos ver cada estamento tiene una función determinada y diferenciada que si llegan a cumplir a cabalidad hay armonía en el estado

Es decir, la justicia es la relación virtuosa, armónica, y equilibrada entre los estamentos

La justicia en la ciudad se resplandecerá cuando los sabios lleguen al poder o cuando los gobernantes sean sabios.

LA JUSTICIA EN ARISTOTELES- LA ALTERIDAD

Aristóteles al igual que Platón considera a la justicia como una virtud individual, pero también la caracteriza como la relación entre los hombres con lo que aparece la nota de alteridad. Es decir, la justicia no puede ser simplemente justo uno en si mismo.

Identifico dos clases de justicia:

Justicia Distributiva; hace que a lo que se refiere a premios, honores, etc. se le de mas a aquel que tiene mas merito y menos al que tiene menos meritos. Es decir, dar de acuerdo al merecimiento de cada uno. Lo que uno recibe sea proporcional a sus meritos, y lo que esta en una proporción directa que debe ser igual para todos. Si A es el merito y B el premio de una personas, y C el merito y D el premio de otra, tenemos que A es a B, lo que C es a D, es decir, matemáticamente se expresa;

A: B::C: D o también $A/B=C/D$

El que trabaja mucho gana mucho, mientras que trabaje poco gane poco. Esta igualdad de cuatro términos es lo que Aristóteles llama "proporción geométrica"

Justicia Sinalagmática o conmutativa: en ella la igualdad no se da entre personas y como una igualdad de cuatro términos sino que se da entre cosas y como una igualdad directa de dos términos. Se da en los cambios, en los contratos, exigiendo que el valor que se entrega sea igual al que se recibe. Si A es lo que entrego y B lo que recibo, A debe ser igual a B "(A=B)". a esta igualdad Aristóteles la denomina "proporción aritmética"

La justicia sinalagmática no solo engloba a los contratos sino también a la justicia penal, es decir, debe haber una igualdad entre la magnitud del delito y la magnitud de la pena.

La importancia de Aristóteles radica en que señalo la característica de la alteridad en el tema de la justicia, y con ello apunto en lo puramente jurídico.

LA CIENCIA EN ROMA Y EN EL MEDIEVO

LAS FUENTES DEL DERECHO POSITIVO EN ROMA

La constitución de la ciencia en roma fue posible gracias a la aparición de fuentes objetivas del derecho con pensamientos sistematizados de los juristas o jurisconsultos romanos.

Las fuentes más importantes:

- las costumbres,
- la ley,
- el edicto del pretor, y
- las opiniones de los jurisconsultos

Las costumbre; (los mores maiorum) la vida del pueblo romano era regida en sus inicios por las costumbres que venían de tiempos inmemoriales, desde la fundación de la ciudad de roma 753 a.C. y desde los primeros reyes (Rómulo, tarquino prisco, tarquino el soberbio, anco Marcio, Numa Pompilio, servio tulio, etc.)

Leyes; mas tarde surgieron las leyes, el pueblo votaba en comicios a la propuesta de un magistrado romano, de donde surgían las leyes validas para todo el pueblo. La ley fue solo un instrumento de igualdad entre patricios y plebeyos que se consiguió con la famosa "Ley de las Doce Tablas" (igualdad civil)



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Edictos del pretor; los pretores eran magistrados nombrados para gobernar las ciudades de roma, es decir una parte de la región, en donde dictaban sus propias leyes, normas o reglas denominadas "Edictos del Pretor"

Palabra de los jurisconsultos; son los pensadores romanos a cerca del derecho, es decir, son lo que actualmente conocemos con el nombre de Doctrinas de los eruditos del derecho o juristas.

EDICTOS DEL PRETOR Y EL EDICTO PERPETUO- LOS JURISCONSULTOS Y LAS RECOPIACIONES

El ius edicendi fue una de las principales fuentes del derecho que constituía el derecho honorario. Consistía en una declaración que el magistrado promulgaba, por las que hacia conocer las reglas del derecho a las cuales ajustar sus acciones en los casos no previstos en la ley. Estas declaraciones eran denominadas **edictos del pretor**. El pretor tenía la facultad de dictar las leyes obligatorias dentro de su imperium, es decir dentro de los límites de sus atribuciones.

La pluralidad de edictos que causaba confusión en la sociedad, condujo a que ADRIANO emperador de roma ordenara al jurisconsulto Salvio Juliano a redactar todos los edictos anteriores eliminando los que se encontraban en desuso y conservaba los que estaban en vigencia. Esta obra fue confirmada por el emperador ADRIANO con el nombre de "**Edicto Perpetuo**"

Si bien los jurisconsultos tuvieron influencia en la interpretación del derecho en los tiempos de la republica, fue en el imperio de Augusto en que las **palabras de los jurisconsultos** alcanzaron fuerza de ley obligatoria para los jueces. En el imperio bajo empezaron las primeras compilaciones de las *leges* (constituciones imperiales) la tarea de la compilación empezó con Justo Papiro, mas tarde aparecen los códigos gregorianos, teodosianos, etc., que son los principales antecedentes del corpus iuris civile de Justiniano.

Agrupaba sistemáticamente en los codex, digesto, Instituta y las novelas; este conjunto recibió la denominación de CORPUS IURIS CIVILE.

ESCUELA DE LOS GLOSADORES Y POS- GLOSADORES (edad media)

La escuela de los glosadores nace con la fundación de la universidad de Bolonia encabezada por IRNERIO. Llamada escuela de los glosadores porque encabezaban con glosas o notas marginales o interlineales *EL CORPUSIURIS CIVILE*. Fruto de esta escuela fue la publicación de una compilación de estas, llamada La Glosa Grande, glosa Aursiana o la glosa magna.

La escuela de los pos glosadores tuvo lugar en la edad media con Bartolo de Saxoferrato, Baldo y Cino- quienes realmente elaboraron un derecho nuevo.

En el siglo XVI los juristas empiezan a dirigir la mirada a los monumentos jurídicos clásicos, pero no ya como los glosadores y prácticos medievales que solo veían el texto material de la ley, sino estudiaban el sentido que tenía originalmente en vez de reducir el estudio del derecho romano al de su forma legal definitiva, trataban de reconstruirlo en su verdad histórica, recurriendo a la historia, la filología, etc.

ESCUELA TRADICIONAL CATOLICA DEL DERECHO NATURAL

LA ESCUELA TOMISTA. SU TEORÍA DE LA LEY Y DE LA JUSTICIA. EL IUSNATURALISMO TOMISTA.

Aparición de la escolástica; nace en la edad media como doctrina del derecho natural, su representante máximo fue santo Tomas de Aquino.

La escolástica acometió de dar la enorme tarea de dar cuenta y razón de todo el saber de su tiempo, tratando de conciliar y complementar las verdades descubiertas especulativamente por los antiguos con las verdades supremas obtenidas por las revelaciones divinas y afirmadas por el dogma eclesiástico. Se basaba en la teología para servir de ideal amplio para dar razón integral y sistemática de la creación.

Llegaron a formarse de especialistas, miembros del clero seleccionados de entre los más destacados. Se constituyo una escuela de técnicos eruditos muy pocas veces igualada, "la escolástica"

LA ESCOLÁSTICA X SANTO TOMAS en la EDAD MEDIA estudio del DERECHO NATURAL con BASE TEOLOGICA

El pensamiento de Santo Tomas; es el principal representante de la escuela escolástica y quien la llevo a su máxima expresión con sus obras "sumas teológicas y sumas de los gentiles"

Respecto al derecho nos define la ley y sus diferentes jerarquías:

la ley es una regla de conductas dada por la razón practica que induce al hombre a obrar ordenando sus actos al bien común, Promulgada por la colectividad o por quien la representa.

ESPECIES DE LEYES

Ley eterna; razón que gobierna todo el universo y preexiste en la mente divina. Nadie, sino solo DIOS conocen en su esencia

Ley natural; es lo que la naturaleza enseña a los animales. Es la participación racional de todas las criaturas en la ley eterna.

La ley natural es así una versión imperfecta y parcial de la ley eterna. Es aquella parte de la ley eterna que se refiere a la conducta humana y que puede ser conocida racionalmente.

Ley humana; es el derecho positivo creado y constituido por el hombre, son disposiciones particulares de la ley natural ya que esta ultima determina los deberes pero no las sanciones por su incumplimiento. Ahí empieza a actuar el derecho positivo o ley humana que establece las sanciones pertinentes a las violaciones de las normas

Ley divina;(positiva) dada por DIOS inmediatamente a los hombres para dirigirlos a su fin sobre natural, constituido por el antiguo y nuevo testamento.

LOS CONTINUADORES DE SANTO TOMAS

La influencia de la obra de santo tomas fue tan vasta como prolongada, que ejerció una considerable influencia en la filosofía del derecho, el derecho político y el derecho internacional.

En renacimiento escolástico español, tuvo despliegue excepcionalmente brillante en los siglos XVI y XVII.

Los principales autores que enriquecieron la nomina de santo tomas fueron;

-francisco de Vitoria, fundador del derecho internacional publico

-Fernando Vázquez, iniciador de derecho de gentes y proclama el principio de la libertad de los mares.

-padre Juan de mariana; escribió sobre las teorías democráticas del régimen de gobierno y llego a justificar el tiranicidio.

-padre francisco de Suárez, fue el mas renombrado, su obra constituye el mas alto exponente y la mas madura elaboración del iusnaturalismo escolástico clásico.

LA ESCUELA CLASICA PROTESTANTE DEL DERECHO NATURAL

Se distingue con este nombre a la corriente doctrinaria que florece en Europa en el siglo XIX a partir de la obra de Grocio. Corrientemente se la denomina escuela de derecho natural, pero este nombre no es correcto ya que no es la única escuela iusnaturalista.

Si bien la escuela tomista española de Suárez se desarrolla en el renacimiento cuyo principal promotor santo Tomas culmina en plena edad moderna.

A diferencia de la escuela tomista la cual aceptaba; el primado religioso, los dogmas católicos y la teología- sustentado por autores pertenecientes al clero – utiliza el método discursivo y expositivo escolástico.

La escuela clásica protestante del derecho natural fundada por Hugo grocio es por el contrario representante de la edad moderna, el pensamiento se desenvuelve con independencia de todo dogma religioso o posición teológica- la actitud heterónoma del pensamiento medieval es sustituida por la autonomía- ya no se reducía ya al clero.

HUGO GROCIO

Holandés, funda la nueva corriente iusnaturalista, simultáneamente con el derecho internacional y la moderna filosofía del derecho.

Durante la edad media se observaba el conflicto entre el emperador y el papa sobre la primacía. Es decir, la iglesia y el imperio romano germánico.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Frente a tal situación se opuso la edad moderna quien implantó la idea de "soberanía en el estado" (-JUAN BODIN-) en su obra la republica en 6 tomos. Según Bodin cada país tiene dentro de si un poder soberano.

Grocio descubre un derecho voluntario derivado de la voluntad de Dios o de los hombres, variable según la voluntad creadora (divina o humana) y un derecho natural producto de la naturaleza de los hombres como seres racionales (invariable y fatal).

El derecho natural es el conjunto de principios que la recta razón demuestra conforme a la naturaleza sociable de los hombres y subsistirá aunque no existiese DIOS. El derecho se libera así de toda teología.

A la luz del derecho natural, especula sobre la propiedad privada, el contrato, la esclavitud, las relaciones entre los estados.

Comenta que inicialmente las tierras no eran poseídas por nadie pero luego con las necesidades y el desarrollo de la corrupción cada uno se apropio de lo que le convenía. De tal modo afirma que el derecho del primer ocupante como principio de la propiedad.

Por otro lado nos habla de la inviolabilidad de los pactos, sobre la base que el estado tiene su origen en un contrato social, debiendo el pueblo rendir obediencia al soberano.

Por lo que hace a la esclavitud, si bien reconoce que por derecho natural ningún hombre nace esclavo de otro, afirma que esta sujeción puede tener origen en el derecho civil o derecho de gentes, es decir una libre convención entre el esclavo y el dueño: no se le puede negar a ningún hombre el derecho de vender su libertad por su subsistencia. El segundo motivo es el derecho de guerra, teniendo el vencedor el derecho de quitarle la vida al vencido, aun le hace la gracia de concederle la vida a cambio de su libertad.

Promovió eficazmente el principio de derecho internacional, que los pueblos deben mantener relaciones de cooperación y sociabilidad. Los pueblos no son enemigos naturales y sus relaciones están reguladas por el derecho no solo en tiempo de paz sino también de guerra.

CONTINUADORES DE GROCIO

Samuel Puffendorf se preocupo de distinguir el derecho positivo del derecho natural y ambos de la teología. Las leyes pueden ser arbitrarias por ser derivadas del legislador y en cambio el derecho natural dictada por la recta razón, es siempre justo y firme. En cuanto a la teología, no se refiere a la vida terrena sino a la salvación del alma.

Godofredo leibniz; decía que el derecho no deriva de la voluntad de Dios sino de su esencia; lo bueno y lo justo son necesariamente tales por si mismos y Dios por su esencia, por que no podría hacer que dos mas dos no sean cuatro o que los lados de un triangulo no sean iguales a dos rectos.

En ningún momento leibniz logra diferenciar entre la moral, el derecho y la teología.

Cristian Tomasio; el primero en intentar con carácter sistemático entre la moral y el derecho.

JOHN LOCKE Y HOBBS (CONCLUSIONES)

John locke; ingles, fundador del empirismo ingles. Publico su obra "tratado de gobierno civil" obra de mayor preponderancia en lo político. Analiza la sociedad civil por oposición y apartir del estado de la naturaleza en la que cada uno es libre de actuar y disponer de sus bienes y de su propia persona, dentro de los límites de la ley natural y sin la oposición de ningún otro hombre.

La ley natural es más bien el fundamento y la razón de ser de la sociedad civil, la cual surge de un contrato en que se aplican sus normas, que defenderá cada hombre de la extralimitación del estado.

Funda así la constitución del estado en principios de derecho natural. Así también se refiere a la defensa propia que es u derecho natural que se descubre en estado de guerras que es similar pero no se confunde con el estado de naturaleza.

La esclavitud repugna al derecho natural y no es otra cosa que el estado de guerra entre el conquistador y el cautivo.

Respecto de la propiedad dice que los bienes para ser útiles deben ser objetos de apropiación y el hombre tiene una propiedad en su persona, el trabajo y el fruto de este, aquí se advierte entre el principio individualista y colectivista. En lo relativo a la patria potestad afirma que la madurez natural muestra que el poder paterno no debe subsistir pasando cierta edad y que no debe llamarse poder ya que esta condicionado a la obligación de custodia, alimentación, educación, etc. Es decir, cuando el hijo cumple la mayoría de edad debe independizarse de sus padres.

Hobbes; describe el estado de naturaleza como una lucha de todos contra todos (*homo homini lupus-el hombre es lobo para el otro hombre*) que hace necesario la construcción de la sociedad civil por medio de un pacto en el que cada uno deponga todo su poder en una única autoridad que deberá proteger y brindar seguridad a sus súbditos. Dicha autoridad es lo que Hobbes llama gobierno o LEVIATAN. Así hace derivar del derecho natural una doctrina absolutista.

LA ESCUELA RACIONAL O FORMAL DEL DERECHO

ROUSSEAU: representante de la escuela clásica en la que suele incluírsele, pero con el planteo del "contrato social", como principio de rector de la razón, se convirtió en el iniciador de la nueva escuela; mejor representante de las ideas innovadoras y acontecimientos que se avecinaban.

Sus obras son; El discurso sobre el origen y fundamento sobre la desigualdad entre los hombres – El contrato social – el Emilio – Eloisa, etc. sostiene que los hombres son originariamente libres e iguales, buenos y felices. Pero este estado de tranquilidad fue alterado con la institución de la propiedad privada unida a la dominación política. Todo esto crea una desigualdad porque uno tiene más que otro lo que causa discordia entre los hombres.

Con el contrato social trata de restituir al hombre la felicidad pérdida, devolviéndole el uso de los recursos naturales de libertad e igualdad cuyo goce constituía la base misma de ese envidiable estado primitivo.

Su propósito no era señalar como se origino el estado, sino como debe ser constituido o concebido en el orden jurídico para que socialmente sean conservados íntegros los derechos que el hombre tiene por naturaleza.

La solución de todos esos conflictos se encuentra en el contrato social, por el cual cada uno de los asociados se entrega o enajena con todos sus derechos, a favor del común. El asociado aparece como súbdito del estado, concurre como ciudadano a formar la voluntad general y a través de esta el estado restituye a cada uno sus derechos pero no ya con el carácter de derechos naturales sino con carácter civil, en donde quedan garantizados y protegidos por el cuerpo político. Nadie es súbdito de nadie, lo que garantiza la igualdad y libertad de cada uno respecto de otros. De esta manera Rousseau aparece como el gran teórico de la democracia, pues la soberanía reside en el pueblo.

MANUEL KANT; alemán, expositor de la escuela racional del derecho. Sus obras mas destacadas son:

- critica de la razón practica
- critica de la razón pura
- la religión dentro de los limites de la razón
- critica del juicio

SU FILOSOFÍA: EL CONOCIMIENTO, EL CRITICISMO, FENOMENO Y NOUMENO.

Kant quien se había educado bajo la influencia del racionalismo de Wolff, declara que el escepticismo de Hume lo hace despertar de su sueño dogmático y logro superar ambas posiciones, indagando para ello las condiciones y los limites del conocimiento humano.

Diferencia netamente la filosofía, de las ciencias; pues mientras cada una de estas ultimas tiene su objeto propio, el objeto de la filosofía es el conocimiento mismo. En esto consiste la actitud crítica de kant, su criticismo, actitud que le permite llegar a la conclusión de que el conocimiento es el producto de una facultad compleja, es decir el resultado de una sensibilidad y la razón o intelecto.

Señala que todo conocimiento tiene una relación entre un objeto y un sujeto, que los datos objetivos no son captados por nuestra mente tal cual son (las cosas en si) sino que son configurados por la sensibilidad y el entendimiento del sujeto que los aprehenden otros términos las cosas en si, tal como ella es en si misma que kant denomina DEUNOMENO, es incognoscible. Solo conocemos al ser de las cosas en la medida en que se nos aparecen.



Recurre a una distinción fundamental, según la cual todo fenómeno, incluso el conocimiento se integra de una materia y una forma. En todo fenómeno cabe distinguir una materia (lo que en ese fenómeno corresponde a la sensación) y una forma (lo que hace que lo que hay en ese fenómeno pueda ser ordenado en ciertas relaciones)

Mientras la materia es sensible, empírica, contingente y a posteriori; la forma se encuentra preparada a posteriori para todos los objetos en general y es necesaria.

Todo fenómeno se nos presenta con cierta forma a la que cabe llamar forma sensible o forma del objeto, pero ocurre también que el conocimiento es un objeto lo que nos lleva a afirmar que se nos da de cierta forma cognoscente, estructura a priori, necesarias, universales de nuestra facultad de conocer.

Deducimos de esto que la filosofía de Kant es trascendental, es decir, no se fundan en la experiencia. Llama trascendental no ya a lo importante (como el lenguaje usual) sino a ciertos ingredientes del conocimiento que no tienen origen en la experiencia pero que están contenidos en ella puesto que contribuyen a formarla y a hacerla posible; es el caso de las categorías del entendimiento que permiten pensar las experiencias y de las formas puras de la intuición.

LA DISTINCION ENTRE MORAL Y DERECHO

La moral se refiere al aspecto interno del ser humano; el derecho al aspecto físico o exteriorización de los actos conforme a la ley, prescinde de los motivos que determinan el acto o la abstención.

El derecho resulta coercible, es decir, su incumplimiento está exigido coercitivamente, y está sujeta a una sanción. La moral no es coercible sino conciente ya que sobre las intenciones no puede ejercerse violencia. El derecho se reduce a la relación entre dos o más personas, le interesa la interrelación intersubjetiva. El derecho se reduce a regular las acciones externas de los hombres y a hacer posible su coexistencia.

La fórmula de Kant; obra de tal manera para que puedas querer que el motivo que te ha llevado a obrar sea una ley universal.

Sobre esta base define al derecho como: conjunto de condiciones por el cual el arbitrio (libertad) de cada cual puede coexistir con el arbitrio de los demás según una ley universal.

UNIDAD V

CONSTITUCION DE LA CIENCIA JURÍDICA

LA ESCUELA ANALITICA DE JURISPRUDENCIA (por John Austin)

Su obra alcanzó tardíamente gran difusión y dominó el pensamiento jurídico anglosajón. Para Austin la ciencia de la jurisprudencia se ocupa de leyes en sentido estricto sin considerar su bondad o maldad.

Define a la ley como una orden, un mandato derivado del soberano- El derecho es compulsivo, el orden jurídico no solo manda a comportarse de cierta manera sino que también compele a ello a través de una sanción o amenaza de un mal en caso de desobediencia.

Para la escuela analítica el derecho subjetivo es un concepto derivado del concepto de deber y este por su parte deriva del mandato jurídico- la facultad jurídica de uno supone el deber jurídico de otro.

La escuela analítica representa un gran avance en la realización plena del principio iuspositivista y un paso decisivo hacia la teoría pura del derecho. Su defecto es la impureza de sus conclusiones derivado de su insuficiente método Empírico- inductivo. Por ejemplo; el concepto del soberano del cual depende la positividad del orden jurídico que es expuesto en un plano sociológico y no jurídico.

Como señala Kelsen, la escuela analítica realiza un estudio estático del derecho como sistema de normas, listo para la aplicación, en cambio descuida el aspecto dinámico del derecho, la creación de las normas ya que el derecho regula su propia creación.

ESCUELA DE UPSALA: ALF ROSS

Alf Ross, representante de la orientación realista y sociológica en el campo del derecho. Reconoce dos grandes influencias;

La de Kelsen; quien inició la filosofía del derecho y enseñó la importancia del pensamiento coherente

La de Axel Hagerstrom; hizo ver la vacuidad de las especulaciones metafísicas en el campo del derecho y la moral.

Se propone así llevar los principios empiristas, los patrones de observación y verificación en el campo del derecho, de allí que las nociones jurídicas deban ser interpretadas sobre la realidad social, sobre la conducta y no como expresiones de validez específica a priori que coloca al derecho por encima al mundo de los hechos (del ser)

Esto lleva a separarse de Kelsen y su dualismo neokantiano (ser y deber ser). Pues así resulta claro que la efectividad es el criterio del derecho positivo. No solo es necesario destruir la noción abstracta de validez y reinterpretarla en términos de hechos sociales.

Así como rechaza el idealismo neokantiano de Kelsen, rechaza también el realismo conductista de la escuela realista norteamericana ya que no es posible predecir la conducta de los jueces por una mera observación de hechos externos.

El derecho presupone no solo regularidad en el comportamiento del juez, sino la experiencia que este tiene de hallarse sometido a las reglas. El concepto de vigencia involucra dos puntos, acatamiento regular y externamente regulable de las pautas socialmente obligatorias. Dada la tendencia realista, la noción de vigencia ocupa un lugar central en la concepción de Ross.

Las normas son efectivamente obedecidas por que se las viven como socialmente obligatorias. El derecho es siempre simultáneamente regla o norma y fenómeno jurídico. Las normas son caracterizadas por Ross como directivas, como expresiones sin significados representativos, pero que son usadas con el propósito de ejercer influencias.

La tesis de Ross no choca con las ideas tradicionales (norma – orden) sino realiza un desarrollo pulido de los mismos.

ESCUELA ANALÍTICA DE LENGUAJE COMÚN- H. L. HART Y CARRÍO

Hart, ha renovado los estudios de jurisprudencia analítica en Inglaterra con procedimientos de análisis del lenguaje de la filosofía analítica de la corriente conocida como positivismo lógico.

La filosofía analítica inglesa contemporánea no concibe ya el lenguaje como una herramienta apta para prestar un solo servicio sino empleado con fines diversos, tomando conciencia de la función que cumple una expresión en un contexto particular.

Hart adhiere al iuspositivismo de Austin estudiar el derecho que es y no el debe ser (moral). Pero reprocha a su antecesor una excesiva simplificación al pretender reducir reglas de toda suerte a un solo tipo: ordenes emanadas del soberano. Esta caracterización puede servir para las normas del derecho penal y para las que establecen deberes. Pero muchas reglas no establecen deberes, sino que acuerdan potestades, competencias, etc. Son más bien fórmulas para creación del deber.

Es necesario convenir que la coerción es la característica del derecho como un todo pero no de cada una de sus reglas. Conviene distinguir normas primarias que se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer y normas secundaria que se ocupan de las primarias cuyo objeto es establecer la manera en que estas pueden ser verificadas.

Para Hart la existencia de una regla última de reconocimiento es una cuestión de hecho.

Respecto de las normas primarias, es menester afinar el concepto de deber u obligación que se da en las mismas. El no se confunde con el verse obligado a... como pone de manifiesto el delincuente que no siente la obligación, "tener la obligación de..." significa que la norma es considerada como criterio de rectitud por el grupo, aunque el obligado mismo no lo comparta, de modo que su inobservancia provocará una reacción social destinada a promover su cumplimiento.

El ideal de la plena determinación de las reglas jurídicas es un ideal inalcanzable debido a la textura abierta del lenguaje en que están expresadas las reglas (lenguaje natural principalmente). Lo que significa que hay área de conductas donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales que procuran hallar un compromiso entre los intereses en conflicto.

HOLMES Y EL REALISMO NORTEAMERICANO



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Holmes, realista orientado en la filosofía pragmática. En la primera página de su libro declara los principios siguientes: "la vida real del derecho no ha sido la lógica sino la experiencia". Las necesidades sentidas en la época, las teorías morales y políticas predominantes, las concepciones sobre el interés público confesadas o inconscientes y aun los prejuicios que los jueces comparten con sus ciudadanos, han tenido que hacer más que el silogismo para la determinación de las reglas por las cuales los hombres se gobiernan.

Un criterio realista impone llamar derecho a la conducta real de los tribunales y una observación aguda y obligada a confesar que el fundamento de las decisiones judiciales se encuentra en lo que Holmes ha denominado "premisa mayor inarticulada"

"se entiende por derecho, las profecías que los tribunales hacen de hecho"

Holmes no alcanza dar a sus indagaciones una forma académica y sistemática como para hablar propiamente de una escuela, pero merece el calificativo de gran precursor ya que inicio en los EEUU la reacción contra el racionalismo y el despego por el derecho en los libros y la aproximación a la realidad. El antecedente aceptado en Holmes en su sentencia de que interesa lo que los tribunales realmente hacen. El realismo parte de la base de que:

- el derecho se encuentra en cambios constantes
- es un medio para fines sociales
- la sociedad cambia más rápido que el derecho
- el jurista debe observar lo que hacen los tribunales y ciudadanos
- el jurista debe recelar del supuesto o creencias de que las normas jurídicas representan lo que los tribunales y la gente hacen.

LA ESCUELA PRAGMATICO- SOCIOLOGICA DE POUND

Pound es fundador de una escuela sociológica e iusfilosofica que busca el estudio detrás y por debajo de las normas en los intereses vitales humanos. Es sin duda el pragmatismo de William James el centro filosófico de la misma.

Define a la ciencia jurídica como una suerte de ingeniería social que se ocupa del campo total de los asuntos humanos. Interesa el derecho el derecho en su creación y el estudio de las normas ya terminadas.

La jurisprudencia analítica y logicista se interesan por las normas, derechos y deberes que estas normas determinan.

La jurisprudencia sociológica se interesa por los intereses humanos existentes, sean o no tutelados como derecho por las reglas. El centro de la concepción de Pound se encuentra en la noción de interés, reclamo y demanda.

Encuentra Pound que las demandas de hechos existentes deben ser satisfechas en lo posible, que la única razón por la cual puede rehusarse la satisfacción legítimamente es el conflicto con otra demanda o interés. Los intereses que siempre son de última instancia de los seres humanos, pueden ser invocados en nombre del individuo o en nombre de la sociedad, es decir, como intereses individuales o sociales.

En su revista de los intereses sociales encuentra Pound:

- el interés social de la seguridad: la paz, el orden y la salud
- seguridad de las instituciones sociales
- seguridad de las instituciones políticas, culturales, religiosas y económicas
- intereses en estándar mínimo de vida
- intereses en la moral general
- intereses en la conservación de los recursos naturales

El punto de partida para una teoría general sobre la justicia lo encuentra nuevamente en la afirmación pragmática del derecho en principio al reconocimiento que tiene todo interés o reclamo.

LA PERSONA. PERSONA NATURAL Y PERSONA JURÍDICA

La persona corresponde a un lenguaje jurídico antropomórfico que oculta un tema puramente normativo. La reducción anterior del derecho en sentido subjetivo al derecho objetivo o norma, allana el camino para esta reducción de la idea de persona a la de conjunto o haz de normas.

El hombre es persona en la medida que su conducta esta prevista como deber o facultad por el orden jurídico. Al científico del derecho no le interesa la persona como ente biosíquico, sino cuando es sujeto de derecho y en la medida que se encuentra prevista por el orden jurídico. Esto explica el tema de las llamadas personas jurídicas. Aquí aparece como obligada o facultada una persona jurídica.

Persona jurídica; es un ordenamiento jurídico parcial en el cual un orden jurídico general delega la determinación concreta del individuo obligado o facultad.

EL DERECHO COMO OBJETO

Para Cossio el derecho como objeto es la conducta humana. Esta es la libertad metafísica que se fenomenaliza en el mundo, la libertad se caracteriza mejor como un deber ser existencial fenomenalizada que es la conducta

Así fenomenalizada la conducta constituye un objeto cultural que se ofrece como tal, como siendo un sentido al conocimiento por comprensión. Tal objeto es común a la sociología valorativa y a la ciencia dogmática del derecho, solamente que esta última atiende a ese ser como un deber ser, en tanto la sociología valorativa atiende al deber ser en su ser.

Como objeto cultural que es, la conducta muestra un sustrato y un sentido y el conocimiento de ese objeto consiste en un tránsito dialéctico del sustrato al sentido.

Las acciones de los sujetos que se encuentran en una interferencia que por ello denominaremos intersubjetiva.

EL CONOCIMIENTO

La consideración de la conducta en su libertad ha dado lugar a disciplinas jurídicas culturales que tratan de desentrañar el sentido de ese dato que es la conducta. Pero de todas estas disciplinas solamente el conocimiento del derecho ha alcanzado la jerarquía de ciencia.

El conocimiento que ejercita por comprensión el jurista se caracteriza;

En primer lugar, por que no se trata en el de una comprensión mera o libremente emocional, sino de una comprensión conceptualmente emocional. dispone de ciertos conceptos, a saber las normas generales, en los cuales deben subsumir las cosas de una conducta

En segundo lugar debe destacarse que el conjunto de tales conceptos no constituye un mero agregado que permitiría al jurista desentenderse de los mismos cuando considerasen que no les sirven para interpretar un caso, sino que constituye una totalidad.

En tercer lugar, debe advertirse que las normas jurídicas representan la conducta de un miembro cualquiera de la comunidad jurídica en todas sus alternativas posibles de sentido, ya que cada norma esta constituida por una alternativa, con un sentido de obligación o deber (jurídico) y el incumplimiento recurre a la sanción.

LA AXIOLOGIA JURÍDICA

El sentido de todo objeto natural contiene una referencia al valor y no puede ser captado sin esta referencia. En lo que hace a la libertad ella se define por la preferencia que concede a ciertas alternativas en relación a otra. Hacerse cargo de dicha preferencia es referirse a una valoración.

En la acción la libertad se propone un fin por que lo valora y echa manos de medios que son en si causas de aquel fin que es un efecto de las mismas, aquí aparece el valor como momento inseparable de la conducta. Pero no es el valor del fin lo que interesa al jurista sino el valor de la conducta en cuestión

El valor positivo; es un ideal vigente dado en un lugar y tiempo determinado que permite comprender el sentido de la conducta en cuestión. Hay una intuición emocional (scheler) de ese valor que esta en la vida humana misma como categoría de futuridad.

La filosofía del derecho se plantea con legitimidad otra pregunta ¿ese ideal positivo, es además, un ideal verdadero? Surgen así los valores jurídicos puros que interesan a la axiología jurídica pura. La moderna teoría de los valores



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

depurada de la hipostasia en que incurrieron sus fundadores al colocar dichos valores en un mundo suprasensible, permite acceder a estos temas con neutralidad científica aunque lo sea en rigor, metafísico.

Cossio distingue entre:

Valor positivo empírico; que alude a las dimensiones axiológicas de la superestructura social, hechos históricos por su contenido normativo aparente.

Valor positivo puro; que alude a las dimensiones axiológicas de la superestructura social que son por ellos preformativos y condicionantes de la historia como categoría de su futuridad.

La axiología jurídica no se limita a la justicia ya que todo valor que presente la nota coexistencial de alteridad será un valor jurídico. Todo valor que luzca en interferencia intersubjetiva interesa a la axiología jurídica pura.

ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA

En la teoría egológica encontramos un análisis exhaustivo de la experiencia jurídica, conducta en interferencia intersubjetiva. Tal análisis resulta indispensable advertir que el objeto de derecho esta integrado no solo por conductas y normas, sino también de la valoración, a la que hasta ahora no hemos hecho objeto de consideración específica.

Corresponde a Cossio el merito de haber profundizado en las peculiaridades propias del objeto jurídico y la estructura de la experiencia en que se ofrece el mismo. También advirtió que aun no se había hecho, por lo que a la experiencia jurídica se refiere, un análisis similar al que Kant realizo en cuanto a la experiencia natural en la "Critica de la Razón Pura"

SINTESIS GLOBAL DE LA TEORÍA EGOLÓGICA

EL DERECHO CONSIDERA TODA LA CONDUCTA EN INTERFERENCIA INTERSUBJETIVA

Para que pueda hablarse de derecho ha de tratarse de conducta en interferencia intersubjetiva, de la que surge una conducta característica "Su impedibilidad", es decir, la posibilidad de que en la acción de un sujeto se oponga un impedimento por parte de otro sujeto. El libre arbitrio de uno se encuentra limitado por el uso del libre arbitrio del otro. (Kant)

EL DERECHO CONSIDERA TODAS LAS ACCIONES HUMANAS

El derecho en cuanto conducta atrapa o considera todas las acciones, en el sentido de que no hay acción humana que no se encuentre en interferencia intersubjetiva con acciones de los otros miembros de la comunidad.

EL DERECHO SE INTERESA POR EL ACTO HUMANO EN SU UNIDAD

El derecho al atrapar todas las acciones humanas, no se limita a su aspecto externo, sino que se interesa por el acto humano en su unidad, por los aspectos externos en cuanto que son expresiones de elementos del aspecto interno de la personalidad.

EL DERECHO SUPONE LA POSIBILIDAD DE ACTO DE FUERZA

La impedibilidad o coercibilidad, en cuanto nota de la conducta jurídica puede traducirse en efectivos actos de impedimentos de coacción, de fuerza, etc. De tal modo vemos como un ingrediente de fuerza es inexcusable en la consideración del derecho como conducta.

Se aplica la fuerza en el derecho cuando los individuos en su interferencia intersubjetiva no acatan las obligaciones o deberes que establecen las normas, cuyo incumplimiento tiene una sanción y coactivamente exigible.

LA LIBERTAD ES INELIMINABLE CONTENIDO DEL DERECHO

El derecho en cuanto conducta remite a la idea de libertad, de ahí que la egología afirma en carácter de Axioma antológico del derecho que en el plano jurídico todo lo que no esta prohibido esta permitido.

Una falsa conceptualización podría llevar que esta conexión entre los conceptos de derecho y libertad no se compagina con lo que hemos expuesto acerca de la coercibilidad y de las sanciones jurídicas. El ordenamiento jurídico contrapone sanciones a ciertos comportamientos posibles de un sujeto, es para hacer posible una libertad ajena correlativa.

Cicerón expresa lo siguiente: "somos siervos de la ley a fin de poder ser libres"

LAS NORMAS JURÍDICAS CONCEPTUALIZAN LA CONDUCTA EN INTERFERENCIA INTERSUBJETIVA

La conceptualización jurídica se expresa en normas que prefiguran o representan las conductas de varios sujetos.

De ahí que se afirme que las normas jurídicas son bilaterales porque determinan en un sujeto o en varios de ellos un deber, mientras a otros determinan un derecho.

LAS NORMAS JURÍDICAS IMPUTAN SANCIONES Y SON DISYUNTIVAS

Al estudiar las normas jurídicas veremos como la imputación de la sanción forma parte del esquema completo de las mismas, del mismo modo que también integra la norma completa la imputación del deber o prestación. El obligado puede no cumplir su prestación y si no lo hace corresponde la aplicación coactiva de la sanción. (dado no P, debe ser S) El carácter disyuntivo que tiene la norma en cuanto no se limita a prever el cumplimiento del deber, sino también la imposición de una sanción por parte de un funcionario de la sociedad.

LA NEOEGOLOGIA

PUNTO DE VISTA DE LA NEOEGOLOGIA

Surge de un punto de vista original, desarrollado por José Vilanova, a partir de la concepción egológica de Carlos Cossio. El fundamento de la discrepancia radica en que para Cossio, el uso de la palabra, el lenguaje hablado, constituye el núcleo mismo de lo que él entiende por pensamiento.

El punto de vista cossiano aproxima su pensamiento a la dirección conocida como Hermenéutica en el continente europeo.

Establecido de tal manera la discrepancia fundamental, se impone hoy a dar una versión más sistemática de la neoegología.

FUNDAMENTO FILOSOFICOS

En Cossio domina el husserl de las investigaciones lógicas y una interpretación Kantiana de la distinción lógico-Formal y Trascendental.

En Villanova el centro de gravedad y a se había desplazado a husserl de las ideas. Como consecuencia de lo procedente aparece en Villanova una distinción entre "Ente y Objeto", ajena al pensamiento de Cossio, el hombre por su apertura al mundo esta en trato con los entes intramundanos y puede o no hacerlo objeto como algo que se le enfrenta y a un objeto de conocimiento. Pero el ente es previo y funda al objeto, aunque después pueda vérselos como lo mismo. En esta línea de pensamiento lo llevara finalmente a destacar la idea de las ontologías regionales que ocupa lugar importante en la egología cossiana.

ONTOLOGÍA JURÍDICA

El tema central es acá el de la libertad. Vilanova toma de Cossio la noción de libertad como proyecto, pues para Cossio la conducta como proyecto se integra en el pensamiento normativo.

Para vilanova, la noción de proyecto requiere un análisis fenomenológico previo a su absorción de pensamientos articulados en palabras, normativo o no.

Fenomenologicamente la libertad/proyecto se presenta como la forma en que se muestra el futuro, con sus posibles contingentes al presente (con su pasado acuesta) que en cada caso ya somos.

La dirección que el agente imprime a su conducta se da aun en ausencia de toda palabra articulada. El don de la palabra permite al hombre programar su futuro, si ya el proyecto no se refiere a la conducta de un hombre sino a la de dos o mas, se plantea el tema del proyecto común dentro de este; el del derecho.

LA NORMA

Si ya la mera proyección de la conducta puede dar sentidos jurídicos objetivos y denominamos normas al esquema de interpretación al que acudimos para conferir tales sentidos objetivos a la conducta.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Las normas pueden caracterizarse como forma de esa proyección de la conducta común. La programación de la conducta de un súbdito como obligatoria es acompañada por una programación subsidiaria para el caso de incumplimiento. Sostiene vilanova que cuando aparece en esta cadena el órgano jurisdiccional, este debe condenar pero no hay sanción contemplada para el caso que no cumpla, es decir, una obligación en sentido débil. Ejemplo: un padre esta facultado a corregir a sus hijos pero no esta obligado a condenar.

LAS FUENTES DE LAS NORMAS

Aftalion y Vilanova centraron su investigación sobre las fuentes de las normas generales en la noción de criterios de objetividad y hechos que denotaban la existencia de los mismos, lo que ha llevado a Vilanova a revalorizar el papel de la costumbre como fuente original. Este punto detecto al señalar la distinción entre norma fundamental abstracta kelsiana y norma fundamental concreta dando primacía a esta ultima.

Vilanova pretende haber alcanzado y tocado fondo en la revalorización de la costumbre. "decía, la costumbre es la única fuente necesaria", todos los demás son contingentes.

La desuetudo ha sido considerada como un enfoque novedoso por Vilanova y otros neologos.

LA CIENCIA JURÍDICA

El derecho existe con independencia a la ciencia jurídica que puede o no llegar a constituirse como tal en cierto grado de civilización. Pero la ciencia jurídica se da sobre fundamentos de sentido común que hacen los mismos protagonistas de la vida social

Según Vilanova, schutz ha abierto el camino pero queda aun mucho por hacer. El mismo junto a otros neologos esta empeñado en investigaciones enderezadas a poner en claro la metodología propia de la ciencia del derecho.

LA REACCIÓN ANTIPOSITIVISTA

RADBRUCH, WELZELL Y OTROS

Debemos consignar que recientemente se ha producido una reacción antipositivista caracterizado por un retorno al iusnaturalismo.

Radbruch, propone a la naturaleza de las cosas como un fundamento de la progresiva transformación de una relación vital en una relación jurídica y de una relación jurídica a una institución jurídica que deriva no de los derechos positivos sino de los hechos de la naturaleza, de las costumbres, tradiciones, usos, etc., que se obtiene mediante la tipificación e idealización de la individualidad de la relación vital que se considera.

La naturaleza de las cosas no es directamente una fuente de derecho. Pero si atenúa a la tensión entre el ser y deber ser, además de cumplir un papel supletorio en los casos de laguna de la regulación jurídica.

Welzell, encuentra en las estructuras lógico-objetivas, lo que Radbruch ve en la naturaleza de las cosas. Esta búsqueda del fundamento de las instituciones jurídicas en la naturaleza de las cosas en sus derivaciones lógico-objetivas. Esto significa un rechazo del postulado iuspositivista a partir de un punto de vista iusnaturalista.

RONAL DWORKIN

Dworkin, sucesor de Hart, constituye sin duda el máximo exponente de la relación antipositivista dentro de la tradición. Pero no por ello debe considerársele iusnaturalista, ya que no cree en un derecho natural constituido por principios universales e inmutables

Su crítica se refiere a concepción positivista dominante en la tradición anglosajona. Define y defiende una teoría general del derecho, critica severamente otras teorías, a los que en general se denomina "liberal", popular e incluyente que llamaremos teoría jurídica dominante. La cual tiene dos partes y mantiene independencia entre ellas.

La primera, es una teoría sobre lo que es el derecho, es decir, sobre las condiciones necesarias y suficientes para que una proposición del derecho sea valida. Esta es la teoría del positivismo jurídico, que sostiene que la verdad de las proposiciones legales consiste en hechos que hacen referencias a las reglas que han sido adoptadas por instituciones sociales.

La segunda, teoría sobre lo que debe ser el derecho y como deben ser las instituciones legales conocidas. Es la teoría del utilitarismo que sostiene que el derecho y sus instituciones deben servir al bienestar y nada más.

Para Dworkin, los dos temas, que es el derecho y como debe ser el derecho no son rigurosamente separables.

QUE ES EL DERECHO

NORMAS, DIRECTRICES Y PRINCIPIOS

Las reglas de reconocimiento de Hart consiste en una practica social que establece que con validas las normas jurídicas que satisfacen ciertas condiciones respecto de su origen. Pero no sirve para identificar directrices y principios. Estos pueden identificarse solamente por su contenido y fuerza argumentativa.

Pues, directrices y principios aplicables son los sostenidos en una comunidad política, en un lugar y tiempo determinado y la regla de reconocimiento quizás con una enmienda menor permite identificarla.

DERECHO Y MORAL

Quizás, el núcleo de la posición positivista lo constituyo la separación entre moral y derecho. Dworkin afirma que no habiendo norma aplicable, los tribunales los toman del campo de la moral

Este es el punto mas débil de su argumentación, ya que la moral puede referirse tanto a una moralidad positiva como a una ideal.

Además, en los casos difíciles, especialmente en derecho constitucional la elección judicial implica entre valores morales y no es sensato pensar que en donde el derecho es dudoso la moralidad siempre da respuesta.

LA RESPUESTA CORRECTA ÚNICA

Dworkin sostiene la tesis de la ciencia dogmática critica "todo caso tiene una y solo una respuesta correcta"

Trata de restringir la discrecionalidad judicial que constituye el corolario del positivismo de las normas para los casos no contemplados

Pero si no hay una solución establecida por las normas generales(o directrices o principios), la discreción judicial es inevitable.

LOS DERECHOS INDIVIDUALES

La tesis de Dworkin es en este caso esclarecedora y atractiva. En lugar de concebir el derecho desde el punto de vista de la autoridad como conjunto de normas encargado de dirigir la conducta de los individuos, lo concibe desde el punto de vista de los individuos, cuya conducta es objeto de regulación.

Entonces el derecho como conjunto de normas, directrices y principios aparece como una organización destinada a garantizar el goce de los derechos individuales

La idea de Dworkin aparece esclarecedora; en un caso constitucional el derecho individual basado en la libertad para todos y cada uno no debe someterse metódicamente al derecho opuesto basado en consideraciones de interés general.

ESCEPTICISMO (CARRÍO)

Hemos visto los principales rasgos de las más importantes escuelas iuspositivistas que han desarrollado una teoría general del derecho. Pero no nos detuvimos a preguntar si es posible desarrollar una teoría general de esa naturaleza que unifique los principales temas del derecho y brinde respuestas a cada uno de ellos.

Deteniéndose en el concepto de deber jurídico elaborado por la teoría general del derecho, Carrió señala que se trata de un concepto excesivamente general que no sirve ya a los propósitos teóricos o prácticos que en el pasado justificaron su adopción y empleo

La teoría general del derecho resulta ser así una tarea por lo menos inútil, sino perjudicial para una correcta comprensión de la multiplicidad de matices que se presentan al jurista

Carrió resulta ser así un escéptico en relación a la posibilidad y utilidad de una teoría general del derecho desarrollada sobre el paradigma de la teoría genera iuspositivista.

OBS: Los Puntos Que No Se Mencionaron En Esta Unidad Están Desarrollados En La Unidad XII Por Cuestiones De Repetición.



REGULACION DE LA CONDUCTA HUMANA

NORMAS ÉTICAS Y REGLAS TÉCNICAS

CONCEPTO Y DIFERENCIA ENTRE LEY NATURAL Y LEY CULTURAL

Ley natural; pertenece al reino de la naturaleza y enlaza a un hecho antecedente como causa, un hecho consecuente como efecto

En la ley la forma de enlaces de los hechos es la causalidad (tener que ser) ejemplo; todos los hombres deben morir

La ley cultural; (norma) están en el reino de la cultura. Atribuye a la conducta el deber ser. Enlaza un hecho antecedente o condición a un hecho consecuente que Debe ser.

En la norma o ley cultural la forma de enlaces de los hechos es la imputación (deber ser) imperativamente exigibles

Ejemplos; debes respetar la vida del prójimo. El que mata debe recibir la pena fijada por ley

Diferencias:

La ley natural se aplica al ser, la ley cultural al deber ser, como debe realizarse tal conducta, aunque sucede lo contrario a la prevista.

La ley natural debe cumplirse siempre e indefectiblemente, la ley cultural es contingente y violable por la libertad del hombre

El fin de la ley natural es intelectual, explica las relaciones constantes que se producen entre los fenómenos. El fin de la norma es perfeccionista e indica como debe actuar el hombre.

REGLAS TÉCNICAS

Son los medios apropiados para la realización de fines determinados. Cuando la actividad conciente del ser humano se propone preferentemente a obtener fines científicos, artísticos o de utilidad practica en general nos referimos a las reglas técnicas.

Se recurre a ella para llegar al éxito, la bondad y a la perfección de algunos proyectos humanos.

Caracteres;

Responden a una necesidad lógica

Regula la actividad humana para alcanzar la verdad, la belleza o fines de utilidad practica

Encausa el hacer humano como algo que debe realizarse. Actividad preferentemente practica.

Particulares y adecuados a los resultados esperados.

NORMAS ÉTICAS

La norma establece una relación de deber ser entre un hecho antecedente y un hecho consecuente que imputa al primero.

Su fin fundamental es hacer que la conducta humana se oriente al cumplimiento de determinadas acciones u omisiones.

Las normas éticas indican los modos de obrar para conseguir el bien propio y de cada uno de sus semejantes."ES EL DEBER SER"

Caracteres;

Reglas de comportamiento obligatorias.

Contienen imperativos, imponen deberes entre los sujetos de la relación jurídica.

Encausan el obrar o comportamiento humano, actividad perfeccionista que aspira llegar a Dios, a la pureza interior, a la justicia y al bienestar social.

NORMA Y CANON

La palabra norma en su acepción es sinónimo de canon (vocablo griego que se utiliza para designar el instrumento utilizado para trazar la línea recta.

Luego tomo el sentido de reglas como paso con las normas

La terminología CANON es utilizada con frecuencias por la iglesia, del cual deriva el nombre de derecho canónico. En sentido económico "CANON ENFITEUTICO" era la pensión anual que debía pagarse por la transferencia del dominio útil de un bien raíz.

CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS ÉTICAS SEGÚN LA ACTIVIDAD REGULADA Y SU FINALIDAD

Se clasifica en cuatro grandes grupos

- Religiosas
- Morales
- Trato social
- Jurídicas

Algunos filósofos reducen a dos grandes grupos

Morales (subjetivas)

Jurídicas (intersubjetivas)

Cabe mencionar que en las antiguas civilizaciones existían diferentes tipos de normas, como por ejemplo en Roma se utilizaba la norma estrictamente jurídica; en Grecia el aspecto Filosófico-moral; y en oriente como Egipto donde predomino la religión, la cual abarca la mayor parte del derecho primitivo.

NORMAS RELIGIOSAS

Regula el comportamiento humano en relación con la divinidad. Deriva de la voz latina "Religio" (vinculo de unión del hombre con Dios), cuyo fin es el perfeccionamiento del hombre ante Dios.

La religión aparte de creencias reveladas por Dios, es el conjunto de reglas por lo que se orienta el ser humano hacia su salvación eterna.

Caracteres;

- Espontaneidad: adhesión a los dogmas religiosos en forma voluntaria
- Heterónoma; establecida por Dios y sus ministros sin consultar a los hombres
- Unilateralidad; imponen deberes y no conceden derechos
- Interioridad; perfeccionamiento individual, parte intima de la conducta
- Incoercibilidad; no existen sanciones físicas por la sociedad, pero con sanciones propias
- Abarca la vida terrenal como la ultraterrena del hombre

CLASIFICACIÓN Y SANCIONES

1- según su fundamento y forma de estudiarla:

- **normas de fe:** de la cual trata la teología
- **normas de razón;** de la que se ocupa la teodicea y la filosofía

2- de acuerdo con su modo de institución:

- **primarias;** se establece por los fundadores de religiones
- **institucionales;** establecida por la autoridad eclesiástica

SANCIONES RELIGIOSAS

Se denomina pecado a la violación de toda norma religiosa. Las sanciones religiosas se clasifican según los siguientes criterios:

1- por el sector de la vida en que se aplica

- **terrenales;** son de tres tipos
- . **De orden premial:** la asistencia de Dios para la formación de la personalidad cristiana
- . **Preventiva:** la penitencia y la pérdida de la gracia de Dios
- . **Represivas:** la excomunión
- **ultraterrenas;** son de dos tipos



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

. **Premiales:** unas son de cuerpo como la impasibilidad y otros de espíritu como la felicidad celestial con la presencia de Dios

. **Punitivas:** pueden ser temporal como el fuego de purificación del purgatorio, y eterna como el infierno

2- si tiene como base la observancia de la norma: son premiales

3- por la gravedad del pecado: son preventivas y represivas

RELACIÓN ENTRE LA RELIGIÓN Y EL DERECHO

Pueden guardar entre si una relación que puede ser general o espacial

General; (de orden cultural) consiste en que los valores religiosos y jurídicos forman parte de la filosofía general. La religión proporciona al derecho, valores inestimables como la existencia de Dios, la inmortalidad del alma, y el libre albedrío. Elementos que el jurista debe considerar para interpretar la ley.

Espacial; (de orden legal) ocurre en los países que tienen credo oficial. Por ejemplo: el Paraguay acepta y adopta como tal religión católica apostólica romana, en la constitución nacional.

La constitución establece como religión oficial a la católica apostólica romana. En el Art. 70 establece la libertad de conciencia y de cultos con garantías, siempre que no se opongan a las buenas costumbres y al orden público.

NORMAS MORALES

Son aquellas cuyo fin es la perfección del hombre individualmente considerado. Formulan imperativamente los deberes ordenados al bien personal del hombre, es decir, la adecuación del hombre.

Caracteres;

Autonomía: facultad de autodeterminación normativa. Se da las normas así mismo, cumple por propia y libre voluntad (voluntad- conciencia)

Unilateralidad: imponen deberes a cargo del individuo, sin ninguna correlación con derechos que los demás puedan atribuirse

Frente al sujeto obligado, no hay persona autorizada a exigir el cumplimiento de sus deberes. Imponen deberes pero no conceden derechos.

Subjetividad: elabora y decide dentro de uno y por si mismo. El autor de la regla es el mismo que la debe cumplir

Interio exterioridad: las normas morales dan preferencias al aspecto interno del acto, pero no desdeñan las manifestaciones exteriores.

Incoercibilidad: no pueden recurrir a la fuerza o a la coacción social para exigir su cumplimiento

Por su rigor preceptivo: son ordenes absolutas e incondicionales Ej; no robaras, no mataras el imperativo posee vigencia absoluta

SANCIONES MORALES

El incumplimiento del deber moral, somete al obligado a sanciones de orden psíquico. La coacción impone el castigo por el remordimiento a veces más tensos y más dolorosos que las sanciones exteriores socialmente organizadas.

AFINIDADES Y DIFERENCIAS ENTRE MORAL Y DERECHO

AFINIDADES;

Ambos pertenecen al reino del deber ser, imponen deberes que el sujeto obligado, esta en libertad de cumplirlos o violarlos.

Regulan la conducta humana desde el punto de vista a fines: la moral frente al bien y el derecho frente a la justicia

Actúan sobre sujetos librevolentes. No se concibe la moral y el derecho si el libre albedrío racional capaz de distinguir entre el bien y el mal, lo bueno y lo malo. Lo justo y lo injusto.

Ambas disciplinas se complementan, la moral forma parte de la sustancia en que la ley tiene sus raíces y el derecho a su vez la protege en su intimidad

Quien cumple un deber moral cumple una obligación jurídica

DIFERENCIAS

- La moral valora el comportamiento humano desde el punto de vista de la conciencia, su aspecto interior y luego la manifestaciones exteriores de su voluntad

La moral no es coercible, es decir, no se puede recurrir a la fuerza para su cumplimiento, sirve para realizar el bien y tiende a un ideal feliz.

La moral en el aspecto formal no tiene vigencia

Ej. en un juicio sobre inmoralidad no se puede invocar una norma moral incumplida.

- El derecho valora el comportamiento exterior del sujeto

Es coactivamente exigible, utiliza las fuerzas para obtener la observancia de sus normas cuando no son acatadas

Busca la realización de los valores sociales: justicia, orden, seguridad, paz, poder, cooperación, solidaridad.

Regula la conducta del hombre como ser social en su relacionamiento con otros individuos.

Da mucha importancia al aspecto formal a través del cual las normas adquieren validez

ESTUDIO HISTÓRICO DE LA DIFERENCIA ENTRE MORAL Y DERECHO

En la antigüedad y en la edad media no se pensó en separarlos. Estaba vinculado estrechamente el orden jurídico al orden moral, se creía que aquel derivaba y debía seguir sometido a este.

Cristian Tomasio: (siglo XVIII) filósofo y jurista alemán. Ubico la moral en el fuero interno de la persona y adjudico el fuero externo al derecho. Sostenía que la moral se refería exclusivamente a la conciencia individual mientras que el derecho rige las relaciones entre los hombres. La moral se ocupa de la interioridad y el derecho la exterioridad de las acciones.

Limitar la moral al fuero interno es enclaustrar en la esfera de la conciencia y sostener que el derecho se ocupa solo del fuero externo significa impedirle que juzgue la intención delictuosa, la buena o mala fe con que se ha procedido el dolo.

Manuel Kant: sostuvo que para ser perfectamente adecuados a la moralidad, los actos humanos debían ser libres, y no inspirados por ninguna pasión o coerción, ni siquiera la del premio o castigo divino. La voluntad es buena cuando obedece al deber únicamente por el respeto al deber, por el deseo de cumplir la ley moral. Debe el ser humano asumir la forma del imperativo categórico en que el sentimiento del deber esta en nosotros mismos.

En cambio el derecho no tiene por que ocuparse de los móviles que determinan la conducta, sino de esta misma sino cuando exteriorizada.

La obediencia a la norma jurídica no proviene del sentimiento del deber sino de la coacción física que nos impone el derecho.

NORMAS DEL TRATO SOCIAL

Origen: emana de mandatos colectivos anónimos. Nacen después de diseñadas las normatividades de los actos religiosos, jurídicos y morales como reglas de refinamiento social: cortesía, caballerosidad, gentileza, decencia, respeto.

Definición: reglas de comportamiento social y externa que imponen deberes de comportamiento decoroso por la circunstancia de pertenecer el sujeto obligado a un determinado grupo o círculo social.

Estos valores se llaman decoro social. Ej: honores, respeto, reverencia y recato que se deben a una persona según su edad, sexo, estado de familia, profesión, etc.

Contenido; esta constituido por hábitos del hombre frente a sus semejantes en sociedad de los que hay convicción de que debe ser así, como la moda, el saludo, los regalos, las visitas, el compañerismo, etc.

Caracteres:

Imperatividad: carácter obligatorio para las persona que integran la colectividad. Deben cumplirse las reglas que impone la sociedad.

Unilateralidad: establece deberes y prohibiciones sin otorgar derechos que el individuo debe cumplir pero si nos los cumple el individuo no puede ser obligado, ej; el saludo

Heteronomía: su vigencia no proviene del individuo, es establecida por la sociedad



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Exterioridad: se manifiesta exteriormente por la conducta humana, dando importancia a lo superficial

Consuetudinaria: lo importante no es la norma legislada sino la forma habitual en que se presentan (la costumbre)

SANCIONES

No son susceptibles de coacción, su sanción no es forzosa; solo que la sociedad descalifica a la persona, lo separa o lo hace indiferente al trasgresor.

UNIDAD VII

NORMAS JURÍDICAS. DEFINICION- ESTRUCTURA- CLASIFICACIÓN. TEORÍA DE LAS NORMAS JURÍDICAS-SANCIONES.

NORMAS JURÍDICAS. DEFINICION

Es aquella que rige la conducta humana en sociedad y su cumplimiento puede exigirse coactivamente y en caso de su inobservancia se aplica la sanción a través de los órganos del estado.

Caracteres:

Imperatividad: exigen e imponen un mandato, no dan exhortaciones ni consejos sino que ordenan pudiendo ser sus órdenes positivas o negativas.

Normas permisivas: son las que remueven temporal o parcialmente una prohibición. Ej: una ley en el art. 1 prohíbe a empresas extranjeras la adquisición de riquezas del subsuelo nacional. Y en el Art. 2 establece que podrían hacerlo solo cuando se constituyan en confeccionarias del estado

Normas facultativas: otorgan una autorización especial o poder, para realizar ciertas actividades legítimas. Ej: autorización otorgada al locador para desalojar al inquilino en mora

Normas graciosas: conceden favores o auxilios no retributivos a beneficiarios que aprovechan las circunstancias presupuestas. Ej: pensión de amparo para los descendientes de héroes, a la vejez.

Autarquía: se imponen sin consultar a los obligados por ella sin considerar la aceptación o reconocimiento de ellos. Ej: código civil sobre: la ignorancia de la ley

Heterónomas: no han sido dictadas por quienes deben cumplirla sino por un poder superior y anterior a ella. El poder en las costumbres es el pueblo y en las leyes es el estado.

Generales: obliga a todos los destinatarios aun al mismo poder quien la dicto. Tiene dos aspectos:

Objetivo: la norma debe abarcar el mayor número posible de casos ordinarios y más frecuentes

Subjetivo: las normas deben referirse a todos o a la mayor parte de los obligados por ella.

Bilaterales: se refiere tanto al número de sujetos que intervienen en la relación jurídica comprendida en la norma, como a la relación de deber y derecho que surge de la misma. La norma jurídica se concibe entre dos o más personas.

Exteriointerioridad: aprecia el aspecto externo de la conducta por encima de su aspecto interno

- buena fe: obrar en forma lícita y sin malicia. Actuar creyendo hacer lo correcto
- dolo: cuando el sujeto hace intencionalmente una actividad ilícita
- culpa: falta de previsión, cuidado o diligencias que causan dañosas consecuencias en el orden civil, penal o administrativo. La omisión involuntaria de lo que debió hacerse o la involuntaria realización que debió evitarse.

La coercibilidad: posibilidad de emplear la fuerza para hacer efectivo el cumplimiento de las normas

Ej. la represión policial a los huelguistas

ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA

Se compone de dos partes:

Hipótesis o supuesto jurídico: conjunto de condiciones cuya realización ha de originar una consecuencia determinada (facultades o deberes)

Disposición o consecuencia de derecho: indica el resultado que debe producir el cumplimiento de las condiciones hipotéticamente previstas. La seguridad jurídica se fundamenta en este principio "no hay consecuencia jurídica sin supuesto de hechos"

Las normas jurídicas redactadas en su forma lógica, enuncia: "si ocurre tal hecho, debe producirse tal consecuencia"

CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Por referencias a las sanciones: (según Ulpiano)

Leyes perfectas: cuya violación entraña la nulidad absoluta e insanable del acto. Ej: en la disposición del C.C "son absolutamente nulos los actos jurídicos otorgados por personas incapaces.

Leyes pluscuamperfectas: normas que imponen doble sanción al ser violadas (una pena y una reparación económica). Toda persona responsables de una infracción penal lo es también civilmente.

Minuscuamperfectas: sanciona al autor de la violación del precepto, pero no sanciona la nulidad del acto. Ej: en el matrimonio entre menores sin el consentimiento de los padres. El matrimonio no será nulo, pero los menores perderán la posesión y administración de los bienes hasta la mayoría de edad.

Leyes imperfectas: cuya violación no genera ninguna sanción de orden jurídico. Ej: el respeto de los hijos hacia los padres.

En relación al ámbito espacial, temporal, personal y material de validez (según kelsen)

Normas espaciales: es el territorio del cual rige o se aplican las leyes: pueden ser; locales- nacionales- e internacionales.

Normas temporales: la duración dentro de la cual serán aplicadas o tendrán vigencia las normas, puede o no estar previstas. Se dividen en:

- . **Normas de vigencias determinadas:** durante un plazo preestablecido
- . **Normas de vigencias indeterminadas:** hasta que sean derogadas por otra
- **normas materiales:** es el contenido o índole de la actividad regulada, y se distinguen:
 - . **Normas de derecho público:** relación del estado con la ciudadanía
 - . **Normas de derecho privado:** relaciones entre particulares o de estos con el estado en su calidad de persona jurídica.

Normas personales: indican los destinatarios o personas a quienes se dirigen y pueden ser:

- . **Generales o abstractas:** imperan sobre todos los habitantes del país
- . **Concretas o individuales:** se dirige a una o varias personas en particular. Se vuelve a subdividir en:
 - ***públicos:** sentencias judiciales, resoluciones administrativas. etc.
 - ***privados:** declaraciones unilaterales de voluntad (testamentos) y declaraciones bilaterales (contratos)

Según su aplicación, este o no condicionada a la voluntad de los particulares

Norma taxativas: las que estrictamente deben cumplirse por los destinatarios, no pueden derogarlas por una manifestación de voluntad. Ej. los incapaces de hechos- impedimento para el matrimonio

Normas dispositivas o supletorias: los que pueden ser cumplidas o los que pueden renunciarse por los particulares y solo entran en vigencia para suplir la voluntad no expresada por los sujetos a quienes van dirigidos.

Por razón de los términos y sentido de mandato:

Normas preceptivas: las que ordenan una acción. Ej.: los jueces darán tutor a los que no tengan nombrados por sus padres.

Normas prohibitivas: ordenan una misión. Ej.: los derechos reconocidos por los trabajadores no podrán ser objeto de renuncia, transacción o limitación convencional, será nulo todo pacto contrario.

Según su importancia o jerarquía

Norma primaria: es la que tiene valor por si misma. Ej la constitución nacional

Normas secundarias: tienen significado o sentido solo cuando se relación con otras normas principales. Ej: reglamentos, resoluciones, decretos.

Se subdivide en:



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Normas de vigencias: indica la fecha inicial, duraron y demás modalidades a las cuales se sujeta su validez.

Normas declarativas: interpreta o explica el sentido de otra ley o define los términos usados en la misma.

Desde su punto de vista de su fuente o producción:

Legislativas: normas escritas o leyes dictadas por el estado.

Jurisprudenciales: depende de la actividad jurisdiccional de los órganos del estado para resolver los casos que se están presentando.

Consuetudinaria: no escrita, se basa en las costumbres o las tradiciones del pueblo

Voluntarias: producidas entre las partes acordadas (los contratos) o en la manifestación de voluntad de una sola persona (testamentos)

LA SANCIÓN

Son las seguridades de que se rodean las normas jurídicas, a fin de hacer efectivos su cumplimiento. Si no se cumple el precepto se recurre a la fuerza para aplicarla y lograr la imposición de un deber jurídico.

La sanción es la consecuencia jurídica que produce el incumplimiento de un deber con relación al obligado. La coacción es la aplicación forzosa de la sanción.

NORMA SANCIONADA Y SANCIONADORA

En la sanción siempre hay dos normas: una primaria (sancionada) y otra secundaria (sancionadora)

La primera llamada sancionadora crea la obligación que debe cumplirse

La segunda, denominada sancionadora, complementa a la norma sancionada

La relación entre ambas se expresa: si A es, debe ser B (siendo A la situación de hecho condicionante y B la consecuencia jurídica condicionada que imputa a la primera). Si B no es, debe ser S (dada la negación de la prestación debida, debe ser la sanción)

CLASIFICACIÓN DE LAS SANCIONES

Se entiende por sanciones, todas las medidas jurídicas establecidas para hacer efectivo el cumplimiento de las leyes. Puede obtenerse por la vía de recompensa o castigo. Son de dos tipos:

Punitivas: son los aplicados justamente, crean obligaciones a cargo del infractor, establecen una sanción, aseguran una medida para el cumplimiento de las leyes. Se subdividen en:

- preventivas; crean medidas de seguridad (el confinamiento, la suspensión de la ciudadanía, la vigilancia policial, etc.)
- represivas: determinan las penas o castigos al infractor

Premiales: concede derechos aparte de los deberes inherentes a la recompensa, existen desde antaño y son: la rama del olivo, el galardón, las condecoraciones, los ascensos, las extensiones de impuestos.

TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA

La norma jurídica tiene una estructura de juicio- Tal afirmación, que presupone el enfoque lógico de la norma jurídica, es exacta y veamos porqué.

Según enseña la Lógica, el juicio es una relación de conceptos, hecha de cierta manera, que consta de tres elementos: sujeto, cópula y predicado. Pues bien, para aplicar esta noción al campo del derecho, tomemos como ejemplo una norma jurídica, que podríamos enunciar así: "el automovilista que sobrepasa los 80 Km. por hora, debe pagar tal multa", o en otros términos, "dado tal exceso de velocidad, debe ser el pago de tal multa por el infractor". En esta norma, encontramos también esos tres elementos del juicio que, en el terreno jurídico, se suelen llamar de la siguiente manera: un supuesto o hipótesis o condición, es decir, un concepto que hace referencia a un hecho determinado (n nuestro caso, al exceso de velocidad). Como es obvio, el elemento del juicio es el concepto denominado supuesto y no el exceso de velocidad, que es un hecho físico; una disposición o consecuencia jurídica, es decir, otro concepto que hace referencia a ciertos hechos de conducta —el pago de una multa, en el ejemplo dado— que, como es evidente, sólo deberá tener lugar en el caso de haberse realizado el supuesto normativo; y t) la cópula, es decir, el concepto que relaciona —ya veremos en el párrafo siguiente de qué manera— la consecuencia jurídica al supuesto normativo.

Como se aclara más adelante, esta concepción de la norma jurídica como un juicio hipotético es insuficiente, pues la norma jurídica completa tiene la estructura lógica de un juicio disyuntivo.

Queda así aclarado que la norma jurídica, desde el punto de vista lógico, tiene la estructura de un juicio, sin que ello signifique —según la opinión predominante— que la norma jurídica sea en sí un juicio y, como tal, un objeto ideal; en efecto, la realidad es que cada norma puede ser reducida a un juicio, que es la representación de su estructura lógica y que ha sido llamado regla de derecho o proposición normativa. Pero el derecho y las normas jurídicas, por lo tanto, son un objeto cultura]

Juicios del Ser (o enunciativos o entitativos) y juicios del deber ser (o imputativos o atributivos o normativos).

De acuerdo con las últimas investigaciones lógicas, los juicios pueden ser clasificados, según la cópula, en juicios del ser y juicios del deber ser.

Juicio del ser. Son aquellos que expresan algo que es, ha sido, o será de cierta manera. Por ejemplo: esta lapicera es buena, el calor dilata los cuerpos, etcétera. Esta particular estructura lógica se debe a que la cópula de los respectivos juicios, además de establecer una relación —como toda cópula— tiene otra función peculiar: la de enunciar algo 2, es decir, la de aseverar algo. Por esta razón, se los llama también juicios enunciativos, y se los representa esquemáticamente de la siguiente manera: "S es P" (o fue o será), o bien, "dado S es P".

Esta conceptualización de los hechos en rónzo ser —como se dice en lenguaje filosófico— es propia por ejemplo, de las leyes naturales. Si yo digo que "el calor dilata los cuerpos", he mencionado una ley física que contiene una enunciación, pues nos dice que dado el hecho del calor aplicado a un cuerpo, se producirá otro hecho: la dilatación de ese cuerpo. En síntesis, las leyes naturales se refieren a lo que es, o sise quiere, expresan un ser y, desde el punto de vista lógico, tienen la estructura de juicios del ser. Ahora bien, las leyes naturales, una de las especies de juicios del ser, constan también de un supuesto y una consecuencia, pero enlazados causalmente.

Por su parte, las leyes sociológicas, se refieren como las jurídicas y las psicológicas, a la conducta humana, pero la encaran igual que las leyes naturales, es decir, como un hecho físico que debe ser explicado en función de sus causales. Por eso las leyes sociológicas son también, desde el punto de vista lógico, juicios enunciativos o del ser.

El Juicios del deber ser. Son aquellos que expresan algo que debe ser de cierto modo (&que debió o deberá ser), sin perjuicio de que el lo ríó ocurra en la realidad de la vida. No expresan pues un ser, sino un deber ser. Por otra parte, el verbo deber ser ese! único que expresa la conducta como manifestación de la libertad espiritual. Ahora bien, esa peculiaridad definitoria, se debe a que la cópula respectiva tiene una función, no sólo relacionante, sino también imputativa o atributiva, porque imputan o atribuyen una consecuencia a un determinado antecedente, pero la consecuencia no es un efecto de un antecedente que obre como causa (empleada esta palabra en su sentido naturalista), sino algo libremente atribuido a él. En todo juicio del deber ser, encontraremos pues un supuesto o condición, enlazado imputativamente a una consecuencia.

Pasando ahora al análisis de la estructura lógica de la norma jurídica, veremos que corresponde a la de los juicios del deber ser: en efecto, dicha norma. Dado el supuesto jurídico, es decir, un hecho antecedente, señala otro hecho, no como algo que ocurrirá necesariamente, sino como algo que debe ser. Y eso, como es evidente, por la especial cópula con que se construyen (deber ser). Retomando ahora como ejemplo de norma jurídica, es indudable que, a pesar de lo que prescribe la norma, el infractor puede no pagar la multa, ya sea por haber huido u otra causa. Por eso se dice que toda norma jurídica expresa un deber ser que, sintetizado en una fórmula mínima, se suele enunciar así: "si es A, debe ser B", o bien "dado A, debe ser B".

Quedamos pues en que las normas jurídicas encaran la conducta humana como un deber ser, o si se quiere, en tanto que es libertad. Digo esto último, porque como es sabido, el hombre —único ser racional y libre— tiene la facultad de



autodeterminarse en su conducta, y las normas, encaran la conducta en esa dimensión ontológica de libertad, presuponiendo al indicar un deber ser. Que esas conductas normadas pueden ser en realidad de una u otra manera. A los juicios del deber ser, también se los llama imputativos o atributivos, porque en ellos se atribuye o imputa una consecuencia a una condición, y normativos, porque la función de las normas no es explicar ciertos hechos, como sucede por ejemplo con las leyes naturales.

Origen e importancia de la clasificación anterior- La distinción es bien reciente, pues el descubrimiento de los juicios del deber ser y con ello, el de la estructura lógica de las normas jurídicas, ha sido un acierto genial de Kelsen. Y digo genial, porque de allí deriva nada menos que una lógica distinta de la tradicional (o del ser o aristotélica): me refiero a la lógica del deber ser. Por otra parte, esta nueva lógica se encuentra en plena formación, enriqueciéndose permanentemente con nuevos Aportes.

Estructura relacional del juicio Implicado en la norma jurídica: ¿categórico, hipotético o disyuntivo? — Según la relación, los juicios pueden ser categóricos, hipotéticos o disyuntivos. Digo según la relación, porque se toma como criterio clasificatorio .la forma en que se establece esa relación interconceptual, a saber: sin condición alguna. (Categóricos), sometida a una condición (hipotéticos) y, finalmente, estableciendo una disyunción (disyuntivos). Ahora bien, esta clasificación puede ser esquematizada de manera análoga a lo que sucede en la lógica del ser, pero con el cambio de cópula, para que pueda ser aceptada en la lógica jurídica. Tendríamos así las siguientes fórmulas:

—juicio categórico: “debe ser P” o “P debe ser”.

—juicio hipotético: “dado A, debe ser P”.

—juicio disyuntivo: “dado A, debe ser P, o dado no-P, debe ser S”.

Sin perjuicio de que pueda haber normas jurídicas incompletas, cuya parte faltante debe buscarse en otra norma del respectivo derecho, cabe aclarar que con respecto a la estructura lógica de la norma jurídica completa, se han sostenido las tres posiciones, y aun más (soluciones eclécticas):

1) La norma jurídica, desde el punto de vista lógico, es un juicio categórico, que encierra un. Mandato u orden. Tal la opinión tradicional.

Estos juicios pueden ser formulados positivamente (p. ej., debes pagar tal impuesto), o en forma negativa (p. ej., no debes robar).

Dicho sea de paso, es evidente que las normas morales son, desde el punto de vista lógico, juicios categóricos.

2) La regla de derecho es un juicio hipotético o condicional Tal la opinión de Kelsen, quien fundamenta su posición alegando que, si bien toda norma jurídica contiene una sanción, ésta se encuentra condicionada por un supuesto o hipótesis, de cuya realización depende precisamente que deba aplicarse dicha sanción. En el ejemplo, “dado un homicidio deben ser diez años de prisión para su autor”, es obvio que la sanción está condicionada por la realización del homicidio.

Detallando un poco más esta teoría, corresponde agregar que el maestro vienés sostiene que la norma jurídica completa o total, no es simplemente la que hemos visto como norma hasta aquí, sino que, en realidad, es doble, pues abarca dos de ellas, que denomina norma primaria y norma secundaria. Por ejemplo: el que vende una cosa debe entregarla (norma secundaria); si no lo hace, debe ser aplicada tal sanción (norma primaria).

Más claramente, la norma primaria es la que se refiere a la sanción (por supuesto que condicionada por la conducta ilícita o entuerto), y norma secundaria la que conceptualiza la conducta lícita. Pero además, cabe agregar que para Kelsen, ambas normas no tienen la misma jerarquía pues afirma que sólo la norma primaria tiene auténtico valor ontológico, mientras que la secundaria, es sólo una expresión auxiliar para decir explícitamente, lo que ya está implícito en la norma primaria.

3) La norma jurídica tiene estructura disyuntiva (Cossio). Este autor critica a Kelsen. Por que al desconocer valor ontológico a la norma secundaria, resulta que el deber jurídico y la facultad correlativa, no tienen un lugar intrasistemático en la norma jurídica, con lo que se demuestra que el esquema kelseniano es incompleto. Por ejemplo: si yo tengo un deber jurídico determinado es porque una norma lo establece. En síntesis, el esquema lógico de la norma jurídica debe contener todos los elementos que encontramos en la experiencia jurídica.

Por su parte, Cossio sostiene que la estructura lógica de la norma jurídica, es un juicio disyuntivo que puede esquematizarse así: “dado A, debe ser P, o dado no-P, debe ser S”. Esto significa lo siguiente: dado un hecho con su determinación temporal, debe ser la prestación, por un sujeto obligado, frente aun sujeto pretensor; o dada la no prestación es decir, la trasgresión), debe ser la sanción, por un funcionario obligado, ante la comunidad pretensora.

Dejando de lado por el momento el problema de los conceptos jurídicos fundamentales cabe destacar que este juicio disyuntivo se compone de dos juicios hipotéticos enlazados por la conjunción disyuntiva “o”, constituyendo una sola estructura unitaria. Ahora bien, a la primera parte del juicio (conceptuación de la conducta lícita), Cossio la denomina endonorma y, a la segunda parte (conceptuación de la conducta ilícita y por lo tanto de la sanción). la llama perinorma. Por último, cabe aclarar que la estructura disyuntiva explicada, es válida para cualquier clase de norma jurídica, inclusive la norma penal; en efecto, ejemplificando con el caso del homicidio, tendremos la siguiente regla: “Dada tal situación jurídica debe ser no matar, o dado el homicidio, debe ser aplicada tal sanción”.

Conceptos jurídicos fundamentales— Toda norma jurídica hace referencia a una serie de objetos, empleada esta palabra en su sentido filosófico: tales son el sujeto del derecho, el derecho subjetivo, el deber jurídico, la sanción, etcétera. Vale decir que en cualquier norma jurídica, sin excepción alguna, encontramos en forma explícita o implícita, la mención de dos sujetos como mínimo; de algún derecho subjetivo con su correlativo deber jurídico; de alguna sanción, etc. Ahora bien, esas partes o elementos de la norma jurídica que se refieren a ciertos objetos, son conceptos — encarada la norma desde el punto de vista lógico— porque no debe confundirse el concepto, con el objeto a que él se refiere. Y como se trata de conceptos que se encuentran en toda norma jurídica, sin excepción alguna, se los denomina conceptos. , jurídicos fundamentales o puros, para diferenciarlos de otros conceptos, llamados contingentes o históricos, que no existen en todas las normas y pueden no existir aun, en determinados regímenes jurídicos.

CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

Noción: la norma jurídica es desde un punto de vista lógico, un juicio, todo juicio esta integrado por conceptos, y el precepto jurídico, es también una estructura constituida por un conjunto de conceptos vinculados entre si.

Das clases de conceptos:

Conceptos jurídicos fundamentales: (o puros o categorías jurídicas): son los que se encuentran en toda norma jurídica. Ej: el sujeto, supuesto jurídico, deber jurídico, sanción, etc.

Conceptos jurídicos contingentes: (o históricos) son aquellos que solo se encuentran en algunas normas jurídicas. Por ejemplo: el de hipoteca, enfiteusis, , que no aparecen verbigracias a las normas referentes a los contratos.

Enumeración: no hay al respecto acuerdo entre los autores: para García Maníes los conceptos jurídicos fundamentales son los siguientes: supuesto jurídico, derecho subjetivo, deber jurídico y sujeto (persona). Para Fritz Scheler considera que son cuatro: hecho(o supuesto jurídico), sujeto del deber, prestación y sanción.

Apartir de la formalización que kelsen hizo y tomando la sanción como concepto central, podemos definir en forma clara los conceptos jurídicos contenidos en la norma:

La sanción; es un mal inflingido pro un órgano del estado en forma coactiva que actúa aplicando una norma jurídica (la privación de un bien tal como la vida, la libertad, la honra o la propiedad)

Trasgresión, hecho antijurídico (ilícito) o entuerto: es el hecho antecedente al que se encuentra imputada la sanción. Es decir, la hipótesis que condiciona la reacción (coacción) específica del derecho.

Son los hechos que condicionan la aplicación de una sanción.

Responsable; es responsable de determinada acción aquella persona a quien se le aplica la sanción, independientemente que haya sido o no quien provoco el acto prohibido



El deber jurídico- prestación; es lo opuesto contrariamente a la trasgresión. Si lo ilícito es matar, el deber sería no matar. El deber jurídico es el estado social deseable perseguido por el legislador y mandado por este en la expresión de su voluntad que es la norma. (No – A)

Cossio sostiene la existencia de diez conceptos jurídicos fundamentales:

- | | | |
|---|--|------------------|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. dada una situación coexistencial(h) 2. debe ser(primer a cúpula proposicional 3. la prestación(p) 4. por alguien obligado(Ao), 5. ante algún titular(At), | | ENONORMA |
| <ol style="list-style-type: none"> 6. o (cúpula disyuntiva que delimita endonorma y perinorma), | | |
| <ol style="list-style-type: none"> 7. dada la no prestación (No P), 2. debe ser (segunda cúpula preposicional) 8. la sanción al responsable(S), 9. impuesta por un funcionario obligado a ello (Fo) 10. por pretensión de la comunidad. (Pc) | | PERINORMA |

SUJETOS DEL DERECHO. ACLARACION PREVIA.

El más mínimo contacto con la experiencia jurídica nos muestra que el ser humano es titular de una gran cantidad de derechos y también de deberes jurídicos. Del mismo modo podemos comprobar que tales derechos son ejercidos por su titular, y también por intermedio de otras personas. Es dable observar que esa actitud de ser titular de derechos y deberes también la tienen cierto grupo social (personas colectivas) formadas por dos o más seres humanos, como son las sociedades anónimas, sociedades civiles, etc. Tales derechos son ejercidos por seres humanos.

Denominación de la persona o sujeto del derecho; los términos persona, sujeto de derechos, o titular de derechos se consideran sinónimos pero en la práctica se emplea de la siguiente manera:

Persona, para referirse a seres humanos o a las personas colectivas, considerados en si mismo, aisladamente.

Sujeto del derecho, al referirse a la persona actuando en una relación jurídica. La relación jurídica solo puede establecerse entre dos personas y por eso corresponde distinguir el sujeto activo y el pasivo; sujeto activo es el pretensor, es titular de la facultad jurídica, y sujeto pasivo u obligado, es el titular del deber, al que incumbe la obligación de cumplir y respetar el derecho del sujeto activo.

SUJETO DEL DERECHO

La dogmática jurídica actual, solo admite como posibles la existencia de la relación jurídica entre personas. El vinculo que genera derechos y obligaciones, no tiene cabida entre una persona y un objeto. Las cosas animadas e inanimadas pueden constituir objeto de derecho pero no sujeto de derecho.

La teoría de los sujetos atribuye contenidos idéntico al sujeto de derecho activo y al deber jurídico del sujeto pasivo u obligado. La prestación debida toma el carácter de una ventaja para el sujeto activo y una carga para el sujeto pasivo.

Las relaciones jurídicas se contraen entre dos personas por lo menos, y es cierto, que a menudo la norma jurídica pone en presencia un sujeto y un objeto, es preciso que otro sujeto aparezca para que se presente una cuestión de derecho.

En la constitución nacional del paraguay, se establece que el ser humano es sujeto de derecho desde la concepción en el seno materno, hasta la muerte natural o la presunción en caso de desapariciones por catástrofes naturales, accidentes aéreos, etc.

ETIMOLOGIA DEL VOCABLO PERSONA

Desde tiempos pasados [el hombre](#) en su afán de conquistar el mundo ha buscado clasificar los entes que le rodean.

Es así, como en la antigua [Roma](#) se perfilaban ciertas [instituciones](#) que conformaron el [derecho romano](#). Para los romanos la palabra persona y el [concepto](#) expresado por este vocablo, tuvo su sede principal en el derecho.

Etimológicamente significa "personar", sonar fuerte, resonar y se identifica con las máscaras que en la escena teatral clásica, utilizaban los actores para cubrir su rostro y también para dar asonancia especial a la voz. Persona en Roma, lo mismo que hoy, es todo ente susceptible de adquirir [derechos](#) y contraer [obligaciones](#). Los actores del [teatro](#) antiguo usaban unas máscaras que les servían, tanto para representar la fisonomía del personaje que encarnaban, como para aumentar el [volumen](#) de sus voces. Precisamente por esta última [función](#), la mascara se llamaba **persona-ae**, o sea, cosa que suena mucho, ya que la palabra deriva del verbo **"personare"**, que significa sonar mucho (de "sonare, sonar y "per", partícula que refuerza el significado). Por una figura del [lenguaje](#) se pasó a llamar persona a los actores que usaban esas máscaras y luego el derecho tomó la palabra para designar a quienes actúan en el mundo jurídico.

DEFINICION CLÁSICA Y

SU CRITICA: es muy común que se defina al sujeto del derecho, o en otras palabras, a la persona, empleada esta expresión en sentido jurídico, diciendo que es todo ente que puede ser titular de derechos o deberes jurídicos. El código civil define; son aquellos entes susceptibles de contraer derechos y obligaciones". Tales son las inclusiones a la palabra ente y la referencia a los deberes jurídicos.

CRITICAS:

Crítica a la inclusión del vocablo "ente": el termino ente abarca no solo a los seres humanos individuales o colectivamente considerados, sino también a los animales, vegetales, etc. Teniendo en cuenta que el derecho rige la conducta en su interferencia intersubjetiva y siendo la conducta algo propio y exclusivo del ser humano, se ve con claridad que ni los animales, ni los vegetales, ni otros entes pueden ser sujetos de derecho. Correspondiendo tal categórico solo al hombre individual o colectivo.

Crítica a la inclusión del deber jurídico en la definición: se ha criticado que al definir al sujeto de derecho, se haga mención del deber jurídico, por tratarse de un concepto correlativo de facultad jurídica.

Lo mismo sucede con los conceptos relativos, como son por ejemplo de padres e hijos, si nos referimos a los derechos del padre, no es necesario decir mas , para saber que los tiene respecto a los hijos, así como si nos referimos a los derechos del marido es obvio que los tiene respecto de la esposa.

¿QUE ENTES PUEDEN SER SUJETOS DE DERECHO?

Solo pueden ser sujetos de derechos los seres humanos, sea que actúen individual o colectivamente.

Es por esto que ni los animales, las plantas, ni minerales pueden ser sujetos de derechos. Es cierto que se dictan leyes protectoras de animales, vegetales, minerales, pero ello no significa que se le atribuya carácter de sujetos de derechos.

No puede haber ni ha habido seres humanos que carezcan en absoluto de personalidad jurídica, es decir, que no sean personas en sentido jurídico.

EL PROBLEMA FRENTE AL DERECHO POSITIVO:

Para establecer con precisión quienes tienen personalidad jurídica, problema que ofrece dudas en lo que respecta a los grupos sociales, puesto que no todos la tienen y además sus condiciones, extensión, etc., es necesario recurrir al derecho positivo de cada estado.

Definición correcta del sujeto o persona jurídica: es el ser humano o grupos de seres humanos, en tanto que aptos para ser titulares de derecho.



Ser humano: queda aclarado que el sujeto del derecho es el ser humano, ya sea en forma individual o colectiva a los que derecho confiere personalidad jurídica. El sujeto jurídico es el ser humano desde un punto de vista "la conducta". Desde el punto de vista lógico-jurídico, no interesa el hombre en su realidad plenaria (no interesa su estatura o el color de su piel), sino el hombre desde un punto de vista, el de su conducta. El concepto jurídico de persona, no coincide con el concepto antropológico, lo que equivale a decir que persona, en sentido jurídico no es lo mismo que decir ser humano en su realidad plenaria.

Solo distinguiendo estos conceptos se comprende como es posible que un mismo hombre puede pertenecer a la vez a varias comunidades jurídicas diversas entre si y que su conducta pueda ser regulada por diferentes órganos jurídicos.

Grupo de seres humanos: en el caso de las personas colectivas el sujeto jurídico esta integrado por un conjunto de seres humanos, no importando desde el punto de vista lógico-jurídico, que sus integrantes sean dos o mas.

No se confunde con la realidad plenaria del grupo social, pues el derecho lo encara desde un determinado punto de vista, el de la conducta compartida de sus integrantes, estructurándola de una manera unitaria y centralizada e inmediata.

Esta imputación normativa: igual que en el caso de las personas individuales, es convergente o centralizada, por que el derecho, si bien atribuye el ejercicio de una serie de facultades y deberes jurídicos a seres humanos que son los únicos que pueden ejercerlos, los imputa de manera centralizada, a ese grupo de seres humanos que constituyen la persona colectiva y es precisamente esa convergencia lo que da unidad a la construcción normativa.

Aptitud para ser titular de derechos: de todo lo expuesto, inclusive de las definiciones dadas, surge con claridad meridiana que es este el aspecto a través del cual considera el derecho a los seres humanos, a los efectos de configurar su personalidad jurídica. A esa aptitud se la llama capacidad y también personalidad jurídica. No hay persona o sujeto jurídico sin capacidad y que esta constituye su carácter definitorio.

Se evidencia que la capacidad podrá ser más o menos extensa, podrá ser limitada a un mínimo que en nuestro derecho por ejemplo, corresponde a las personas por nacer pero siempre habrá de ser mayor que cero. Queda así claro que no se concibe personas en derecho, con incapacidad jurídica absoluta.

ESENCIA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA:

Como es evidente que si nosotros decimos que tanto las personas individuales como las colectivas son personas jurídicas, es por que la esencia genérica de ambos tipos de personas jurídicas es la misma. De lo contrario no sería posible dar un concepto puro de la persona o sujeto de derecho. Kelsen ha dado la respuesta al enseñar que la esencia de la personalidad jurídica consiste en una imputación centralizada de conducta humana, vale decir que cuando el jurista se encuentra se encuentra con una persona jurídica, sea individual o colectiva, hallara siempre ese conjunto de conductas objetivadas en las normas jurídicas bajo la forma del derecho y el deber jurídico, centralmente imputadas. Este haz de conducta imputada a un centro común, es por supuesto una estructura que constituye el concepto puro de personalidad jurídica, así como el centro de imputación no es otra cosa que la esquematización lógica de la persona jurídica, es decir, una realidad que antológicamente, no es ni mas ni menos que el ser humano, cuando actúa de diversas maneras (individual y colectivamente).

DIFERENCIA ENTRE PERSONA INDIVIDUAL Y COLECTIVA:

Siguiendo el planteamiento en el plano lógico formal y puesto que no hay diferencias de esencia genérica entre las personas individuales y colectivas, cabe preguntar entonces cual es la diferencia entre ambas. Según kelsen la diferencia consisten que en la persona individual hay un facultamiento y obligamiento inmediato, mientras que en las colectivas son mediatos. En efecto, que el orden jurídico estatal singular oblige o faculte a una persona jurídica (colectiva) significa que convierte en deber o en derecho la conducta de un hombre sin determinar el sujeto mismo.

PROBLEMA DE LA EXISTENCIA Y REALIDAD DE LAS PERSONAS COLECTIVAS:

Pasando ahora del problema de la esencia (que es algo ideal), al problema de la existencia (algo real) cabe aclarar que las únicas personas que tienen existencia, son las personas individuales, es decir, los seres humanos reales, concretos. En consecuencia puede afirmarse que la persona colectiva carece de existencia por lo que la única realidad que tienen es la de los seres humanos que las integran, cuyas respectivas conductas adquieren sentido unitario, en virtud del peculiar enfoque del ordenamiento jurídico.

TEORÍAS DIVERSAS:

Teorías sobre la naturaleza de las personas colectivas: con la distinción de los aspectos lógicos y antológicos, este problema queda perfectamente aclarado. No obstante, la historia del pensamiento jurídico, registra una gran cantidad de teorías que no solo confunden a ambos aspectos, sino que hacen inferir cuestiones axiológicas, complicando mas las cosas. Para fundamentar axiologicamente la convivencia de que las personas colectivas no requieran la autorización estatal, previa para actuar en la vida judicial, se comienza con un planteo teórico defendiendo al llamada "teoría de la realidad" y después se argumenta que si son reales no debe requerir la previa autorización estatal para conocerlas jurídicamente como personas colectivas. Otros autores por el contrario requiriendo fundamentar valorativamente el sistema de la autorización estatal, elaboraron "la teoría de la ficción", una vez aceptados que las personas colectivas eran una ficción o creación artificial del legislador, denuncian lógicamente que tales personas requerirían la previa autorización estatal para poder actuar validamente como personas jurídicas. Con estas consideraciones expondremos algunas de las teorías mas conocidas:

Teoría de la ficción: presuponiendo que las únicas personas jurídicas reales son las individuales, afirman que las personas colectivas son una ficción, o si se quiere una creación artificial del legislador. De este planteo surge como consecuencia que requieren autorización previa del estado para actúa validamente que este debe disolverla.

La teoría ficcionalista tiene sus orígenes en roma, donde por primera vez se reconoce durante el imperio, la personalidad jurídica de ciertos grupos humanos. Fue también sostenida durante la edad media y la época moderna siendo el jurista savigny, el que la expuso orgánicamente.

Teorías negatorias de la personalidad: presupone que las únicas personas jurídicas reales son los seres humanos.

Para explicar el caso de las personas colectivas se han formulado varias doctrinas negatorias:- **teoría del patrimonio de afectación**, o el patrimonio afectado en un fin (brinz, bekkerr, y schwarz) sostienen que lo único real es la existencia de un patrimonio con una afectación determinada, en esto consistiría la persona colectiva, estando desprovista, por lo tanto de todo sujeto atribuyéndose los derechos llamados impersonales. A ese patrimonio, el derecho protege el fin o destino de ese patrimonio. -**teoría de la propiedad colectiva:** afirma que lo único real es la propiedad en situación jurídica semejante, a la del condominio. Así como en este cada condominio es dueño de una cuota parte de las cosas a las personas colectivas, la propiedad pertenece al grupo, como si fuera una sola persona sin que deba hablarse de un condominio, de una personalidad distinta de cada uno de sus miembros.- **teoría negatoria de la personalidad jurídica:** inclusive del ser humano (Duguit) representante del positivismo jurídico, reconoce solo la existencia del derecho objetivo es decir, de la norma jurídica, pero niega la existencia de los derechos subjetivos afirmando que solo hay en la realidad situaciones jurídicas subjetivas, conforme o contraria al derecho objetivo.

Teorías de la realidad: surgen como replica a la teoría de la ficción, sosteniendo en síntesis que las personas colectivas son tan reales como las individuales. De este principio han inferido sus partidarios una serie de consecuencias tales la de que no corresponde al estado disponer su nacimiento o extinción, que deben tener responsabilidad, pues son capaces de cometer actos ilícitos.

Algunas de las teorías realista: - **teorías organicistas:** si bien con matices diversos, sus sostenedores afirman que la persona colectiva es aun organismo análogo al ser humano dotado de una voluntad propia y con órganos propios de la expresión de esa voluntad.- **teorías voluntaristas:** llegan a afirma la existencia de una voluntad síquica colectiva, distinta la de sus miembros. **Teorías del interés:** Ihering descarta la voluntad, pues hay seres que no son sujetos jurídicos, no obstante carece de voluntad para ejercer sus derechos (impúberes, dementes) en cambio considerando que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido, sostiene que la existencia basta de interés distinto del de sus



miembros, tutelados por la ley. Por su parte, Bernatzik, y Michoud, considerando que el derecho subjetivo es un interés protegido mediante el reconocimiento de un poder de voluntad humana, sostienen que el sujeto del derecho es el titular de interés humano que todo el orden jurídico reconoce en cuanto en fuerza jurídica a la voluntad necesaria para realizarlo.- **teoría de la creación del derecho objetivo:** Ferrara sostiene que la persona colectiva es un producto del derecho objetivo, que atribuye la aptitud de ser titular de derechos, tanto a seres individuales como a cierto grupos de hombres. Dice que podría concederse personalidad jurídica a un número lo que revela una ceguera ontológica total.

Teoría lógico- formal: (kelsen) desde el punto de vista lógico- formal esta concepción es inobjetable, pero a efectos de tener una concepción integral de la persona colectiva, es necesario investigar también los aspectos antológicos y axiológicos distinguiéndolos debidamente.

HECHOS JURÍDICOS: son aquellos hechos o acontecimientos humanos naturales, que producen consecuencia jurídica. Ej: un contrato que en principio engendra derechos y deberes para ambas partes contratantes: un nacimiento del que surgen facultades y obligaciones de los padres con sus hijos y viceversa. Un hecho jurídico es todo acontecimiento que puede producir una modificación en la realidad jurídica existente. Ej: compra de una casa, muerte de una persona. Acontecimientos o sucesos de la naturaleza o del hombre a los que el legislador le atribuye una consecuencia jurídica.

Hecho: Circunstancia que modifica el mundo del ser.

Derecho subjetivo: La pretensión o facultad de individuos o de grupos garantizada judicialmente. Es un producto del mundo moderno ya que parte del individualismo, noción desconocida en el mundo clásico. Es la expresión de la autonomía de la voluntad y el Derecho es concebido como el instrumento que permite la libertad de acción, por lo que el primero de esos derechos será la propiedad. Tenemos el derecho subjetivo patrimonial (propiedad) y el derecho subjetivo de la personalidad (libertad).

Deber jurídico: El Derecho iba ligado al concepto de moral. La concepción autónoma del deber coincide con la distinción entre el Derecho y la Moral que surgen con las Declaraciones de Derechos. El deber jurídico viene determinado por la propia norma jurídica. Está al margen de las normas morales o sociales, ya que el incumplimiento de un deber moral o social no comporta una sanción jurídica mientras que sí que se produce con el deber jurídico

Sanción: es un hecho positivo o negativo impuesto aun mediante la fuerza al responsable de una trasgresión. Concepto problemático ya que se ha discutido en torno a su alcance y significado. Las sanciones no son algo privativo del ordenamiento jurídico ya que existen en otros ámbitos. Diversos autores consideran que toda norma jurídica implica la existencia de una sanción. Pena impuesta para hacer patente el cumplimiento de las normas. Es decir, por el incumplimiento de las normas, la sanción es coactivamente exigible.

- **Trasgresión:** aquellos hechos a cuyo acaecer se encuentra condicionada la aplicación de una sanción.
- *Si A es, entonces B debe ser.*

Puntos importantes:

- Uso del verbo "debe ser".
- Como Kelsen supedita la sanción a que antes ocurra un antecedente.

Es el incumplimiento de la prestación debida por el sujeto obligado, es decir el incumplimiento del respectivo deber jurídico.

Breve referencia al planteo empirista del problema de los conceptos jurídicos fundamentales: (llamados de los elementos constitutivos de derecho). El problema de los conceptos jurídicos fundamentales fue planteado inicialmente por autores de filiación empirista y solucionaron dentro de dicha filiación. Entre ellos se destacan Picard y Roguin, juristas a quienes se debe la denominación de elementos constitutivos o esenciales del derecho, el planteo y desarrollo del tema con la particularidad de que sus concepciones han tenido amplia difusión entre nosotros.

Picard: enumera como elementos constitutivos, es decir, como ingredientes constantes y permanentes que se presentan en todo derecho, los cuatro siguientes: sujeto: considerado como tal, únicamente al sujeto activo. Objeto: aquello sobre lo cual el titular ejerce sus prerrogativas jurídicas. Relación: que se establece entre sujetos y objetos de los derechos absolutos y entre ambos sujetos en lo relativo...- sanción: que aparece en caso de incumplimiento. Define el derecho como una relación de goce de un sujeto sobre un objeto, protegida por la coerción social

Roguin: enumera los siguientes elementos constitutivos:

- 1- sujeto: activo y pasivo
- 2- hecho sometido al derecho, que debe afectar por lo menos a dos personas(homicidio, contratos)
- 3- el hecho objeto del derecho, es la consecuencia atribuida por la norma, al hecho sometido al derecho
- 4- relación entre los hechos anteriores : es la orden o mandato del legislador de que el objeto del derecho siga a al hecho sometido al derecho del legislador, que el objeto del derecho siga al hecho sometido al derecho
- 5- la sanción, que aparece cuando la norma es violada.

Crítica a ambas teorías: ambas concepciones resultan insuficientes. Según lo que ha demostrado la filosofía actual sobre la teoría de Picard, por sostener que la relación jurídica se establece entre el objeto y la cosa. Las demás objeciones referentes a cada uno de los puntos de la teoría, son tan evidentes que no son tan necesaria detallarlas (por ej: el objeto es mal encarado; pues nunca es la cosa material.)

UNIDAD VIII

TEORÍA DEL ORDENAMIENTO NORMATIVO

ORDENAMIENTO NORMATIVO- DEFINICION Y ESPECIES: Las normas reguladoras de la conducta humana no se encuentran aisladas y en desorden sino que constituyen conjuntos orgánicos sistematizados de preceptos vinculados entre sí, denominados ordenamiento normativo. El conjunto sistematizado de normas que regula el obrar o comportamiento del hombre y tienen la misma razón de validez, se llama ordenamiento normativo. Las especies de normas estudiadas a saber son; morales, religiosas, de trato social y jurídico.

REGULADOR Y FIN DE LAS DISTINTAS CLASES DE NORMAS QUE INTEGRAN CADA ORDENAMIENTO El regulador de las normas religiosas es la fe de las normas morales es la conciencia, de las normas del trato social es el consenso social y de las normas jurídicas es el estado. Asimismo, el ideal o fin de las normas religiosas es Dios, de las morales es el bien, de las normas del trato social es el decoro y de las jurídicas es la justicia.

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO SISTEMA DE NORMAS; CONCEPTO

Conjunto sistematizado de normas cuya razón de validez deriva de la misma constitución o norma superior fundamental. Comprende además el derecho no estructurado, constituido por los principios generales. Las normas jurídicas (leyes, decretos, sentencias judiciales, contratos, etc.). No se encuentran aisladas una de otras, sino vinculadas entre sí por relaciones de fundamentación o derivación que las constituyen en un unitario o sistema denominado orden u ordenamiento jurídico, lo que determina la jerarquía y coordinación que existen entre las normas jurídicas, en donde cada uno tiene su lugar.

El derecho de un país determinado constituye un conjunto orgánico y jerarquizado de normas que se complementan y derivan unas de otras

ESTRUCTURA DEL SISTEMA(TEORÍA DE LA PIRAMIDE JURÍDICA): aclarando la estructura lógica del ordenamiento jurídico, constituye no un sistema de normas jurídicas de igual jerarquía, situadas unas al lado de las otras, sino un orden gradado, de diferentes capas de normas. Esta afirmación del maestro de Viena corrobora la existencia de una gradación en el orden jurídico, o si se quiere de una estructura escalonada, que abarcando todas las normas jurídicas, se extiende desde la norma fundamental hasta las normas secundarias.

Merkel: discípulo de Kelsen comparo esta estructura con una pirámide. Se habla de la pirámide jurídica como símbolo de cada orden jurídico singular y aun del internacional, en el que resultan armonizados todos aquellos, en ella las normas se distribuyen en las distintas gradas, que se escalonan desde el vértice hasta la base, disminuyendo en el mismo sentido



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

su generalidad y en el planotatas alto se encuentran las normas constitucionales, en la base de la pirámide se hallan las normas individuales.

CREACION Y APLICACIÓN DEL DERECHO. RELATIVIDAD DE ESTOS CONCEPTOS: La concepción del orden jurídico como un sistema normativo d estructura escalonada, encierra indudablemente grandes aciertos, pues explica a satisfacción muchos aspectos de la vida jurídica. Por lo tanto nos permite comprender en forma clara, el vínculo existente entre la aplicación del derecho a la vida social y la creación de las normas jurídicas.

Para la teoría tradicional no existe entre ambas operaciones ninguna relación, siendo un ejemplo típico aquello de que el poder legislativo crea el derecho el poder ejecutivo lo ejecuta y el poder judicial lo aplica.

La teoría pura nos ha demostrado el error de la doctrina tradicional poniendo en claro el carácter relativo de los conceptos de la aplicación y creación de las normas jurídicas. Sin perjuicio de volver de volver sobre el punto al estudiar la aplicación del derecho que el vínculo entre la aplicación de una o varias normas y creación de otra norma para aplicar la primera, se debe a que solo es

LA ESTRUCTURA ESCALONADA Y LA FUENTE DE VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS: la estructura piramidal del ordenamiento jurídico nos permite ver con claridad que el fundamento de validez de una norma jurídica esta en otra norma superior, porque una norma es valida cuando su contenido encuadra en lo que dispone la norma fundante. Por ejemplo: una sentencia (norma individual), es valida cuando ha sido dictada por una autoridad competente de acuerdo con las leyes procesales respectivas y cuando su contenido queda enmarcado por la norma superior. Es indudablemente que tal estructura del pensamiento jurídico, reposa como dice kelsen sobre un supuesto fundamental, a saber; que ha de valer como norma aquello que el primer órgano constituyente histórico ha manifestado como voluntad suya.

La prelación de las normas jurídicas determina la jerarquía y la importancia de las mismas a los fines de su correcta aplicación. No todas las normas jurídicas tienen igual jerarquía; unas son primarias o fundamentales y otras secundarias. El filósofo del derecho HANS KELSEN estableció la jerarquización de las normas jurídicas que sigue un orden lógico y necesario. Su doctrina expone un sistema gradual de normas que teniendo en la base a las concretas culmina en una norma superior fundamental. **Estructura escalonada;** de aquella norma superior derivan en escala descendentes una serie de normas encargadas de realizar el derecho que van desde las más abstractas y generales a las más concretas y particulares hasta llegar a termino final de la norma individualizada. Es decir de lo general a lo particular (deducción). Los grados inferiores son mas extensos que los superiores, siendo así la ordenación jerárquica de las normas nos hace ver una especie de pirámide.

La pirámide jurídica; sus fuentes de validez. La construcción KELSIANA del ordenamiento jurídico en forma piramidal enseña que la jerarquía de las normas esta determinada por los diferentes ordenes o grados que existen entre las mismas. Cada norma superior constituye la razón de validez de la inferior, y determina el contenido de esta. La norma inferior constituye siempre la aplicación y desarrollo de las normas superiores en que se fundan.

Posible aplicar una norma, creando otra norma mas restringida que aplicada, es decir, creando el marco de posibilidades establecidos por aquella. Tampoco se puede aplicar una norma sin crear otra norma mas individualizada.

EL ORDEN JURÍDICO COMO SISTEMA DE ACTOS CREADORES: el maestro de Viena sostiene acertadamente que estos actos de aplicación del derecho a que aludimos, son creadores. Con lo que se quiere significar que al aplicarse el derecho, no solo se crea otra norma de menor generalidad, sino que dicha norma agrega siempre algo nuevo a lo dispuesto por la norma fundante.

1º lugar: LA CONSTITUCION NACIONAL

2do lugar: LEYES O NORMAS GENERALES

3er lugar: REGLAMENTOS

4to lugar: NEGOCIOS Y ACTOS JURÍDICOS (contratos y testamentos)

5to lugar: SENTENCIAS JUDICIALES Y RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

1er grado; El grado mas elevado ocupa la constitución nacional, norma fundamental y unificadora de todo el sistema jurídico. Es la norma unificadora por que da sentido de unidad a todo el ordenamiento jurídico y permite referir todas las normas vigentes a un centro jurídico único

2do grado: se integra con las leyes o normas generales que desarrollan los preceptos contenidos en la constitución y tiene en ella su fundamento de validez

3er grado: los reglamentos que desarrollan el contenido de las normas generales y tiene su fundamento en ellas

4to grado: se integra con los negocios jurídicos, contratos testamentos y demás actos jurídicos, normas que desarrollan los preceptos de otras anteriores o que encuentran en ellas sus fundamentos de validez

5to grado; son las resoluciones administrativas y sentencias judiciales que son normas jurídicas individualizadas y tiene por objeto solamente el desarrollo de principios contenidos en norma superiores. Rigen concretamente los actos y negocios jurídicos pero sin constituir el fundamento de nuevas normas jurídica.

CREACION Y APLICACIÓN DEL DERECHO En la dinámica kelsiana toda la norma en general aplican y crean derechos a excepción de la norma fundamental o constitución que crea pero no aplica. La norma inferior aplica la superior y crea la siguiente. Existe lo que se llama la lógica de la legalidad normativa, es decir que la creación de las normas jurídicas tiene antecedentes y consecuentes que constituyen una unidad. La norma superior que es el antecedente crea la norma inferior que es el consecuente.

La norma fundamental o constitución; plantea un interesante problema con respecto a su propia producción, es decir, cómo ella se ha establecido o ha de establecerse. En efecto, la norma fundamental puede provenir de un proceso de producción originaria o producción derivativa. Sucede el primero cuando se crea la norma fundamental destinada a dar unidad y correlación a las normas de un determinado ordenamiento jurídico sin basarse en disposiciones legales anteriores. Por ejemplo; en los casos de revolución o golpe de estado que desechan totalmente el régimen jurídico anterior.

Kelsen sostiene la existencia de una norma fundamental superior a la propia constitución y la enuncia en los términos siguientes "obedece al primer legislador". Si queremos determinar cual es el fundamento de validez de la constitución debemos remontarnos hasta una constitución mas antigua pero llegaríamos finalmente a una primera constitución establecidas por un usurpador o por un grupo de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser pues considerada como poseedora de un carácter normativo.

El proceso de producción derivativa; existe cuando la nueva norma fundamental destinada a regir un ordenamiento jurídico determinado tiene su razón de validez en otra norma fundamental anterior. Las constituciones modernas se reforman total o parcialmente conforme a los motivos y procedimientos previstos en normas fundamentales anteriores. En los pueblos que han adoptado como forma de gobierno la democracia representativa, las reformas y enmiendas constitucionales son de competencia exclusiva de la convención nacional constituyente.

PLENITUD HERMETICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LAS LAGUNAS DE DERECHO Esta doctrina que el orden jurídico es suficiente para dar solución por si solo a todos los casos no previstos en la legislación llamadas laguna de la ley. Los espacios vacíos dejados por la ley al sancionarse son inevitables por que las normas legales debido a su carácter general y abstracto no puede contemplar todas las situaciones concretas y especiales que acaecen en la realidad social. Pero esto no quiere decir que el derecho carezca de solución para cada una de ellas.

Distintas Soluciones a los problemas de lagunas del derecho: En el código civil paraguay se encuentra consagrado en el art. 6 según el cual los jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. En estos casos deberá recurrir a los medios de integración del derecho, primeramente a la analogía interna a través de las semejanzas del caso y si la cuestión aun queda insoluble recurrirá a los principios generales del derecho como ultimo



recurso. La misión del juez consiste en aplicar el derecho para resolver las cuestiones de su jurisdicción y competencia que las partes interesadas le sometan con arreglos a la ley.

Soluciones; se le ha dado soluciones distintas;

Para el realismo ingenuo: existe laguna en el ordenamiento jurídico, ya que por más grande que fuera la inteligencia del legislador, la vida siempre ofrece casos no previstos. Esta solución presupone que el derecho no es una plenitud hermética, sino un conjunto discontinuo de normas que regulan distintos aspectos de la convivencia.

El empirismo científico: sostiene que no hay laguna por la existencia de una norma periférica, obtenida por inducción del conjunto de normas enunciadas. El examen de todas las normas enunciadas permiten inferir, con igual fuerza positiva que aquellas, esta otra norma implícita, pero no por eso menos positiva, pues cada norma enunciada acota un definido sector de conducta y se desentiende de lo que queda por fuera. De acuerdo con esta posición, la plenitud hermética, existirá si, pero con el carácter de la norma positiva y no como un a priori lógico, solución según veremos es la correcta.

El pragmatismo: sostiene que hay lagunas en el derecho, pero que debe procederse como si no las hubiera

Para el apriorismo filosófico: (kelsen, Cossio), no existen lagunas en el ordenamiento jurídico, pero no por las razones que da el empirismo científico (norma periférica inducida) sino por que el orden jurídico constituye un todo pleno y hermético. Esta solución es análoga a la del empirismo, difiere sustancialmente de ella en la fundamentación del principio, lo que tiene derivaciones prácticas de importancia.

El eclecticismo: sostiene que no lagunas del derecho, pero si las hay en la legislación. No hay laguna del derecho desde el punto de vista lógico, pero si desde el punto de vista positivo, por cuanto el derecho no puede contener una regulación expresa o implícita de todos los casos que puede plantear la vida.

DISTINTAS SOLUCIONES AL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS DEL DERECHO: Para solucionar el tema de las lagunas se puede recurrir a dos sistemas

Sistema de Auto integración Consiste en solucionar la falta de regulación a través del propio ordenamiento jurídico y dentro del ámbito de la propia fuente dominante que va a ser la ley. Dentro de este método debemos señalar dos procedimientos:

ANALOGIA La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley

La analogía que procederá la aplicación analógica de las normas, cuando éstas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Gramaticalmente, analogía supone la relación de semejanza entre distintas cosas. Jurídicamente consiste en aplicar a un supuesto carente de regulación la solución que el ordenamiento da a un supuesto similar.

Analogía de Ley: la aplicación de una ley o parte de una ley. A supuestos no previstos en ella pero semejantes a los que regula.

Analogía de Derecho: la aplicación de principios generales al caso no previsto.

Sistema de Heterointegración

Consiste en solucionar la falta de regulación acudiendo a otras fuentes distintas a la dominante, o acudiendo a otros ordenamientos. En este procedimiento destaca la utilización de la equidad (la equidad viene a significar justicia, rectitud) y la equidad es la adaptación de la norma a la complejidad de la vida social. Cuando se dice que la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas si bien las resoluciones de los tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella, cuando la ley expresamente lo permita.

Antinomias un ordenamiento no es coherente cuando existe el denominado problema de las antinomias o conflictos de normas. Existe antinomia cuando dos o más normas, que pertenecen al mismo ordenamiento imputan al mismo caso soluciones incompatibles entre sí, y que dan lugar a que la aplicación simultánea de las normas produzca resultados incompatibles e imposibles. De ahí que se tenga que elegir entre unas y otras.

Existe conflicto entre una obligación y una prohibición en relación a una misma materia hay una incompatibilidad. También existe contradicción entre una obligación y permiso negativo y entre prohibición y permiso positivo, siempre que regulen la misma materia. Según el profesor Ros, puede existir antinomia total que es cuando existe una incompatibilidad absoluta, ya que coinciden totalmente los campos de aplicación.

- Una incompatibilidad parcial-parcial: cada norma tiene un campo adicional de aplicación.
- Una incompatibilidad total-parcial: se da cuando el ámbito de aplicación de una norma esta incluido en el de otra, pero ésta última tiene casos adicionales.

Criterio utilizado para resolver las antinomias

Principio de Jerarquía Normativa: establece que la norma superior prevalece sobre la inferior.

Principio de Cronología o Temporalidad: supone que toda norma posterior o de igual o superior rango deroga al anterior

Principio de Especialidad: supone que la norma especial prevalece sobre la general

Hermenéutica: La palabra griega hermeneuien quiere decir interpretar. Arte de interpretar textos y especialmente el de interpretar los textos sagrados.

La hermenéutica jurídica sería la interpretación de los textos, leyes, doctrina, jurisprudencia, etc.

EXPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PLENITUD HERMETICA: LA NORMA DE LIBERTAD.

A primera vista el principio de la plenitud hermética puede parecer erróneo, porque ni el derecho legislado ni el consuetudinario puede mantener una regulación, no ya expresa ni siquiera análoga para todos los casos de la vida jurídica. Es evidente que la realidad es mas rica en todos los esquemas en que se pretende encajar, por muy amplios que estos sean y de ahí que siempre existe la posibilidad confirmada en la experiencia, de casos rigurosamente originales y no previstos, y que pueden exigir una regulación, la cual no existe ni en el derecho legislado ni en el consuetudinario. ¿Cómo se explica entonces que el ordenamiento jurídico sea un todo unitario y hermético? A esta pregunta contesta el apriorismo filosófico diciendo que en virtud de la llamada norma de libertad, es decir, del principio deque, todo lo que no esta prohibido jurídicamente esta permitido.

Cabe agregar que no es esta necesariamente una norma positiva sino que constituye un a priori que no hace más que reconocer la libertad como presupuesto necesario del derecho. Por lo tanto la formulación positiva de esta norma es innecesaria.

Fundamento del principio de la plenitud hermética: ¿es una construcción más o menos ingeniosa, o por el contrario halla su fundamento en la esencia misma del derecho? Como lo prueba la existencia de un irrefutable y evidente fundamento antológico (particular estructura de la conducta que el derecho rige). La libertad es la esencia misma de la conducta y de la existencia humana y para comprobarlo basta con observar la conducta del hombre y verlo actuar constantemente guiado por su libre albedrío. Siendo así el derecho no puede ignorar esa realidad que es presupuesto necesario sin caer en el absurdo y en la inobservancia.

Cossio, agrega que el principio de que todo lo que no esta prohibido esta permitido, no significa meramente la disyunción lógicamente convertible de que todo lo que no es ilícito, es licito, o a la inversa.

VERDADERO SENTIDO DE LA EXPRESION “LAGUNA DEL DERECHO: Kelsen sostiene, que la expresión lagunas del derecho solo puede tener un sentido axiológico. Esto significa que al afirmarse la existencia de una laguna y puesto que el caso hallara igualmente una solución en el derecho vigente. Lo que quiere expresarse es que esas relaciones debieran ser legisladas de otro modo para tener, una solución mas justa.



Para terminar y puesto que no hay lagunas en el derecho, resulta mas conveniente reemplazar esta expresión por la de casos no previstos.

La laguna es una falta, una insuficiencia de regulación jurídica dentro del ordenamiento. La doctrina establece, entre otros, dos tipos de lagunas.

Lagunas de Ley: Significa que no existe una ley que pueda resolver el supuesto planteado.

Lagunas de Derecho: No existe ni ley ni costumbre ni principio que pueda resolver ese caso. Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozca ateniéndose al sistema de fuentes establecidas. Tampoco están admitidos por la doctrina española, por que dice que siempre va a haber alguien que conozca el caso, en donde los jueces tienen obligación de resolverlo.

UNIDAD IX

Los Valores Jurídicos

LA JUSTICIA, EL ORDEN Y LA SEGURIDAD.

El problema axiológico. Denominaciones. Los valores en general.

Los valores pertenecen al Reino de los objetos pero constituyen una categoría especial de éste. Expresan la significación de los objetos culturales.

Son valiosas positivas o negativamente, siempre admiten la clasificación de bueno, malo; justo o injusto; útiles o inútiles; feo, bello. Etc.

CARACTERES – DENOMINACIONES.

Polaridad o bipolaridad de los valores; siempre se da entre un polo negativo y uno positivo, por lo que resulta imposible determinar cual es el punto medio entre ambos polos, es decir, en que momento pasamos del polo positivo al negativo. Ej: Tenemos un cuadro muy bello, otro que es menos, un tercero que es bastante menos, hasta que caemos a uno feo.

Los valores son cualidades ideales, inespaciales e intemporales que captamos mediante una intuición especial no sensible, llamada estimación. Ej: La belleza de un objeto, la justicia de una ley, etc. No forman parte del ser de esos objetos, son cualidades irreales que ellos tienen referidos a ideas de valor.

Son a priori, independientes de la experiencia de los objetos reales y son objetivas: Los valores no están en el objeto sino fuera de él.

Son Intemporales e Inespaciales.

LOS VALORES DE ACCIÓN.

Cuando el valor se refiere a las cosas se denomina bienes. Así también es una dimensión del acto humano, pues se habla de una conducta valiosa o desprovista.

El hombre es libre para tratar de realizar un valor determinado y proponerse fines, elegir medios que lo coloca en un nivel superior de la especie humana.

Los valores éticos o de conducta, se imputan a las acciones y a las que ejecutan, con un carácter bipolar (negativo – positivo)

El valor positivo se postula como un “Deber Ser” y el negativo “no Debe Ser”

LOS VALORES JURÍDICOS

DEFINICIÓN: Son aquellas que los hombres deben realizar en la sociedad, mediante normas cuyo cumplimiento puede exigirse coercitivamente.

CARÁCTER PARTICULAR: La bilateralidad, positivos y puros.

La valoración jurídica supone valores sociales o de comunidad todos los valores jurídicos toman la nota de alteridad o bilateralidad como característica, es decir en las relaciones entre personas o situaciones de convivencia.

El elemento jurídico valorativo integra siempre toda conducta en interferencia intersubjetiva.

VALORES POSITIVOS Y VALORES PUROS:

La existencia de valores positivos(o reales, o contingentes o relativos), es algo evidente y no necesaria de explicación alguna. Pero si nosotros reconocemos si las disposiciones de un contrato son justas, que una ley determinada es también justa y que cierta sentencia es también justa, es por que en todas esas modalidades del derecho hay una esencia común lo que precisamente permite clasificarlos de justas. Desentrañar en que consiste esa esencia de la justicia, a efectos de formular un concepto de la justicia pura o absoluta, están enderezados los esfuerzos de esa rama de la filosofía del derecho que es la axiología jurídica **ENUMERACIÓN Y JERARQUÍA**

Los Filósofos del Derecho enumeran siete valores Jurídicos.

Orden	Cooperación
Seguridad	Solidaridad
Paz	“Justicia”
Poder	

Indican que por su rango la justicia constituye el valor supremo o central. Pues, determina el equilibrio y armonía entre los demás valores.

ENFOQUE FILOSÓFICO DEL PROBLEMA VALORATIVO.

Los valores y la filosofía existencial. La axiología jurídica y la Justicia

El tema de los valores es el más antiguo dentro de la meditación iusfilosofica. Como problema de la justicia apareció aun antes de Platón llega a alcanzar con él un planteamiento de alto nivel intelectual. Recién con Sócrates la filosofía empieza a preocuparse en forma especial de los problemas de la moral y en forma general de lo que hoy denominamos valores:

En un principio la filosofía no nace con una preocupación ética, moral ni axiológica. Sino con una preocupación metafísica que es el estudio del “Ser”

En la antigüedad se planteaban esto como problemas de la ética de la filosofía práctica o de la razón practica y no como los temas de los valores o la axiología como lo es actualmente.

Hasta ahora no hay una doctrina sobre los valores que sea aceptada en forma general.

LA AXIOLOGÍA: Está dividida en dos corrientes: (objetivismo y subjetivismo)

Su estudio arranca dentro de la Escuela Fenomenológica de la evolución de la fenomenología de la obra de Scheler. Scheler le daba la misma importancia a la reducción eidética y a la reducción Fenomenológica, pero con la evolución de la fenomenología de deshecha la reducción eidética y queda la “Reducción Fenomenológica”.

Cuando público sus primeras obras y meditaciones sobre los valores, hubo gran alboroto con el campo de las ideas filosóficas y llegaron a pensar que la axiología era el verdadero porvenir de la filosofía.

Sus continuadores en la fenomenología existencial son: Sartre y Heidegger:

Según la antología fenomenológica de Sartre hay 2 formas de “Ser”, El “ser en sí” y El

“ser para sí” -El ser en sí: es el ser de las cosas, es un ser compacto, completo, perfecto, autosuficiente; “La cosa es lo que es y no le falta nada para ser, ni le sobra nada de lo que es”

Es ser para sí: corresponde al hombre, es decir, la libertad, conciencia, etc. No es compacto; no es completo porque nunca termina de constituirse, no es autosuficiente, porque nunca “es”; siempre esta debiendo llegar a ser. Dice que El hombre “Es lo que no es y no es lo que es”

Ej: una cama y un hombre están en una habitación; el hombre está de una manera diferente a la cama. Puede estar en la habitación y también estar pensando en un campo, puede decirse que está en el campo. Esto nos da el ejemplo que el hombre nunca termina de constituirse, siempre está abierto al mundo.

LA JUSTICIA



SARTRE: Tomemos la idea de la justicia: es la idea de una sociedad perfecta, igualitaria, absoluta, eterna, pero por otro lado debe ser una característica de una sociedad de hombres es decir, finita, imperfecta, temporal, inconstante, etc. Así resulta un poco contradictorio. Este ejemplo.

HEIDEGGER: Se pronuncia en contra de la afirmación de Scheler sobre que los valores no son sino que valen. Le resulta imposible determinar realizando un estudio metafísico.

Realiza una crítica del rumbo que toma la filosofía con Sócrates que sigue con Platón y Aristóteles al centrar su atención en los problemas éticos, desviando de su misión el preguntar por el ser como lo hizo Scheler.

Las cosas han sucedido como si el hombre no soportase la presencia descubierta del ser y se viese casi forzado a buscar algún reparo contra el ser.

LA JUSTICIA: La justicia en sentido jurídico o estricto es el cumplimiento de las obligaciones susceptibles de ser pretendidos por otros.

Deriva tanto como el derecho de la terminología o vocablo "ius" que se hermanaba con "___ y justicia" hasta confirmarse.

ACEPCIONES Y DENOMINACIONES

EN SENTIDO CORRIENTE: Significa exactitud o conformidad de una cosa con otra. Ej: Este traje esta confeccionado "justo" a la medida indicada.

EN SENTIDO TÉCNICO: Relaciones entre personas. Es el principio regulador de las acciones sociales. Ej: El deudor debe entregar al acreedor la cosa a cuya entrega se obliga

EN LA ACEPCIÓN FORENSE: El conjunto de jueces y tribunales Ej: La frase estar en justicia equivale a comparecer ante los Jueces y Magistrados.

GENERALIDADES

El sentimiento de justicia

Consiste en la intuición emocional de un valor absoluto que reclama un tratamiento igual para situaciones iguales. El sentimiento de lo justo nace espontáneamente en la conciencia de los pueblos, cuyo poder autónomo del hombre distingue lo lícito de lo ilícito, el merito de lo demerito.

Ej: la mesa examinadora distingue al que no estudió y le da mayor calificación al que estudió. En lo opuesto sería injusto que le dé el mismo puntaje al que no estudió que al que estudió.

Cual es el problema: el interrogante que se nos plantea es el de saber si existe un criterio o principio universalmente valido que nos permita evaluar el derecho positivo, para establecer si es o no justo

Martínez Paz afirma que el hombre sabe que una perfección absoluta no ha sido nunca alcanzada en la realidad pero tiene la certeza ineludible de que esa perfección exista pues sin ella sería incomprendible esa sensación insaciable de justicia que lo agita y carecería el derecho del elemento fundamental que lo sostiene.

En otros términos, la existencia de ideales de justicia, variables en el tiempo y en el espacio, el problema es saber si además, existe y en caso afirmativo, que es la justicia, es decir la justicia objetiva de validez universal y permanente, en otros términos, la justicia en tanto que valor absoluto.

LA IDEA DE JUSTICIA

La Justicia es una armonía, igualdad proporcional o medida armónica de cambio y distribución. Considerada el valor supremo.

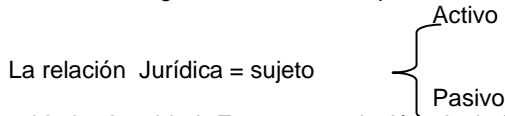
ACEPCIÓN AMPRLIA: Consiste en dar a cada uno lo que le corresponde en derecho, puede afirmarse que no ha sido rectificada la definición tradicional de ulpiano "La voluntad perpetua y constante de dar a cada uno lo suyo"

EN SENTIDO ESTRICTO O JURIDICO:

Es el cumplimiento exacto de obligaciones que pueden ser pretendidos por otras.

ELEMENTOS DE LA JUSTICIA.

Bilateralidad o alteridad: Simultánea consideración de la acción de varios sujetos. Nadie puede actuar justa o injustamente consigo mismo sino siempre en relación con otro.



La paridad o igualdad: Es una correlación nivelada, La justicia es un criterio De medida, consiste en que las mismas situaciones de hechos deben corresponder a idénticas resoluciones del derecho. Ej: todos los hombres son iguales ante la ley.

Reciprocidad o correlación: El obrar de cada uno siempre es considerado en cuanto interfiere en el obrar de la otra persona. Ej: Talión: ojo por ojo, Diente por diente.

El contracambio o compensación: Predomina la valoración de cada acto en su significado objetivo. Cuando constituye un medio de comunicación o interferencia entre sujeto y sujeto.

La Remuneración: Exigencia de que cada sujeto sea reconocido por otro en lo que vale y retribuido con lo que le corresponde.

ESPECIES DE JUSTICIA: General y Particular

GENERAL: Cuando algo es debido a la colectividad entera por los miembros de la misma.

PARTICULAR: So concierne solo a los individuos entre si.

Soluciones Negativas y Afirmativas

Soluciones: el problema valorativo del derecho es el primero que se planteo en la historia del pensamiento filosófico, mucho antes de los problemas ontologicos y lógico; en efecto, según veremos al tratar las distintas soluciones, ya los filósofos griegos presocráticos se ocuparon de el.

Negativa: niegan la existencia de un criterio racional de validez absoluta y en general solo aceptan como verdaderos los principios de justicias variables en el tiempo y en el espacio es decir, los ideales positivos de la justicia.

Afirmativa: son muchas las concepciones dadas en este sentido en el curso de la historia iusfilosofico.

A platón que analiza el problema en su obra la "republica o dialogo sobre la justicia", sostiene que esta es la virtud universal y consiste en una armonía entre las diversas partes, por la cual cada uno debe hacer lo que le corresponde. Estamos hablando de los tres estamentos de platón (sabios o gobernantes- guerreros o guardianes- y artesanos o agricultores)

PLATÓN: En su obra la república trata sobre la justicia como atributo del hombre. Según él, la justicia en el estado es la armonía o equilibrio entre los estamentos que lo integran.

Sabios: deben gobernar y dirigir la cosa pública.

Guerreros o Guardianes: Defender la ciudad de los enemigos.

Los Trabajadores o artesanos: Deben trabajar para sostener la ciudad.

Habrà justicia entonces cuando cada uno de estos estamentos cumpla sus tareas y funciones correspondientes que traerà consigo la armonía y el equilibrio entre la prudencia, el valor y la templanza.

"EL hombre justo es aquel que tiene intrínsecamente la sabiduría, la templanza y el valor"

La justicia resplandecerà en el estado cuando los sabios lleguen a ser gobernantes o cuando los gobernantes sean sabios.

ARISTÓTELES:

Al igual que Platón, la justicia para él es una virtud individual pero con la variante "del termino medio".

Así, la justicia como virtud es la variante o termino medio entre el exceso y el defecto. Aristóteles acude a la "Recta disposición del alma por la que decide que ni el exceso ni el defecto son virtudes por lo que la verdadera virtud estará siempre en un "Termino Medio"

EJEMPLO



EXTREMO DEFECTO

-Insensibilidad para El Placer.
-Cobardía

PUNTO MEDIO

-Templanza
-valentía

EXTREMO EXCESO

-Libertinaje
-Temeridad

ULPIANO – ROMA

Los romanos no teorizaron especialmente sobre la justicia, dieron también numerosas aplicaciones correctas como la elaboración de la doctrina sobre el derecho natural, derecho civil, derecho de gente,

-Tenemos la definición de ulpiano que no ha explicado correctamente en que consistía su frase, “Voluntad constante y perpetúa de dar a cada uno lo suyo, vivir honestamente y no dañar a nadie”

SANTO TOMAS: Se le debe una importante exposición, interpretación y complementación de la doctrina Aristotélica, Acepta y destaca en su obra suma teológica, la nota de alteridad y el núcleo de igualdad que caracteriza a la justicia particular de Aristóteles.

La justicia distributiva: es aquella que es debida por la comunidad a sus miembros.

La justicia sinalagmática (conmutativa) es la que los particulares de deben entre ellos.

Luego aparece una tercera especie:

La justicia social, legal o general: aquella que todos los miembros, ricos y pobres deben a la sociedad o comunidad. - Santo Tomas concibe la justicia social, general o legal como virtual que tiende directamente al bien común, ordenando la conducta de las partes en relación a lo que deben al todo.

-La justicia particular (conmutativa o distributiva) tiende directamente al bien de los particulares e indirectamente al bien común.

-Si en el caso de la justicia particular la relación se produce ente individuos, tenemos la justicia conmutativa.

-Si el sujeto de la relación es la comunidad, tenemos la justicia distributiva...

LA ESCUELA CLÁSICA DEL DERECHO NATURAL (GROCIO Y TOMASIO)

Creyó resolver esta escuela, la cuestión sobre la justicia, elaborando racionalmente, como suprema expresión de la misma; “códigos ideales” con validez absoluta, para lo cual partía de la base de que ese derecho natural existiría aunque no existiera Dios: era el que respondía a las exigencias de la naturaleza humano, pero entendida como esencia normativa, como un deber ser, sino como un ser, como hecho.

-Para Grocio el atributo esencial de la naturaleza humana era el instinto societario

-Para Puffendorf el sentimiento de debilidad.

-Para Tomasio, el afán de dicha.

-Para Hobbes el Egoísmo.

No comprendieron estos autores que las inspiraciones, impulsos y deseos concretos nunca pueden dar un criterio absoluto de justicia.

STAMMLER

Siguió la corriente neokantiana en el desarrollo de la doctrina de la justicia.

Stammler, reduce el problema de la filosofía del derecho a dos únicos problemas. El “CONCEPTO DE DERECHO”; lo que va a permitir distinguir lo que el derecho es de aquello que no lo es, y la “Idea del derecho” que consiste en el tema de la justicia.

El no ve a la justicia como valor porque la teoría de los valores no se había desarrollado en el tiempo con que él realizó sus investigaciones.

Sostiene que en el campo jurídico es menester distinguir la filosofía jurídica de la ciencia del Derecho. Mientras la ciencia del derecho se ocupa de reproducir y ordenar los datos que le suministran dogmáticamente los ordenamientos jurídicos positivos. La Filosofía del Derecho tiene como contenido todo aquello que dentro del campo puede ser afirmado con absoluta universalidad.

Enuncia así Stammler lo que llaman principios de un derecho justo, que son los siguientes:

a) Principios de respeto:

Una voluntad nunca debe quedar a merced de lo que otros arbitrariamente disponga

Toda existencia jurídica deberá ser de tal modo que en el obligado se siga viendo al prójimo

b) principios de solidaridad:

Un individuo jurídicamente vinculado no debe nunca ser excluido de la comunidad por la arbitrariedad de otros.

Todo poder de disposición otorgado por el derecho solo podrá excluir a los demás, de tal modo que en el excluido se siga viendo al prójimo.

CONCLUSION: sintetizando podemos decir con Recasens siches que a pesar de todas las diversidades de supuestos filosóficos y de criterios políticos se mantiene siempre un denominador común, un análogo leit motiv. La justicia lo mismo en un sentido restringido que en una acepción lata, es entendida casi siempre como una medida armónica de cambios y distribución.

Parece pues evidente que el ideal de la justicia es la igualdad proporcional, pero toda igualdad, se establece entre dos términos y consisten en conductas humanas.

Es indudable que cada uno de los términos de la igualdad, encierra una valoración, fundada cada una de ellas en diversos valores jurídicos, se ve como, la teoría de la justicia nos lleva a la teoría de los valores jurídicos donde las corrientes filosóficas encuentran respuestas y soluciones más rápidas a los problemas.

TEORÍA EGOLÓGICA: por Carlos Cossio; la axiología jurídica Pura es la teoría egológica una de las cuatro ramas fundamentales de la filosofía del derecho, siendo su objeto, estudiar los valores jurídicos puros o absolutos.

Panorama axiológico general. Los aspectos principales son los siguientes:

1. distinción entre los valores morales y los valores jurídicos(ambos, valores de conducta), en base a la bilateralidad propia de todos los valores inmanentes del derecho
2. distinción entre los valores jurídicos puros y positivos: correspondiendo a la filosofía del derecho el estudio de los valores puros. Como es lógico, los valores positivos quedan a cargo del científico del derecho, pero no es posible que este cumpla bien su tarea, sin conocer la investigación filosófica que sirve de fundamento a sus planteos.
3. plexo valorativo: la justicia no es el único valor jurídico. Según Cossio su numero se eleva a siete(orden, seguridad, paz, poder, cooperación, solidaridad, y justicia como valor supremo)
4. la justicia es el valor central, el de mas alto rango, correspondiéndole la función de establecer la armonía entre todos los demás valores jurídicos

LA EQUIDAD

Concepto: la equidad no es simplemente la justicia del caso particular como suele decirse; para ser mas preciso habría que definirla como la justicia del caso particular que la comunidad acepta como norma general valida para dilucidar casos semejantes al resuelto. La equidad es una modalidad de la justicia, por lo que un fallo puede no ser equitativo e injusto al mismo tiempo, porque es equitativo es justo, pero si es injusto no puede ser equitativo.

Es un criterio de justicia no recibido por el derecho escrito que se aplica para moderar el rigor legal y adaptarlos a normas generales a los casos particulares y concretos, previa apreciación de las circunstancias computables.

Se funda al mismo tiempo en un sentimiento de lo que es justo y bueno.

ACLARACIONES PREVIAS.

Para facilitar la comprensión de este punto, resultara util empezar recordando que para juzgar o resolver conflictos interhumanos, se puede proceder de dos maneras desde el punto de vista de la mayor o menor libertad que tenga el juzgador:

1. juzgar conforme a derechos(o según derecho): con este método, el juzgar debe resolver el conflicto ajustándose a una norma o normas preestablecidas. Tal sistema es sin duda el mejor para lograr justicia verdadera y seguridad,



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

pero como toda norma es un marco de posibilidades dentro del cual el juzgador decide optando por una de las soluciones posibles, conviene advertir que la solución elegida debe fundarse no solo en ineludibles razones lógicas, sino también en una valoración, pues se elige habitualmente la solución más justa.

2. juzgar por equidad (o según equidad, o según su leal saber o entender, o a ciencia y conciencia, o a verdadera sabida o buena fe guardada) según este método el juzgador no está sometido a una norma predeterminada, sino que resuelve de acuerdo a su personal criterio de justicia siempre y cuando dicho criterio sea reconocido por la comunidad, como susceptible de constituir una norma general para la solución de casos semejantes al resuelto

DATOS HISTÓRICOS

Literalmente equidad significa igualdad y conmovión originada en la antigüedad clásica.

-EN GRECIA: Epiqueya era el nombre de la institución, siendo estudiada primeramente por Aristóteles.

-Según el consistía la equidad en la mitigación de la ley escrita por circunstancias relativas a las personas y cosas, al tiempo y lugar.

-Caracterizaba a la Equidad como la dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal.

-La Equidad, por las circunstancias particulares del caso se preocupa.

ROMA: Se denominó a la Institución como aequitas el vocablo equidad deriva del mismo, era sinónimo de justicia y prudencia dentro y fuera del derecho.

El derecho romano no es concebible sin la equidad, su estructuración racional y progresiva se logró gracias a los pretores y juristas.

REPRESENTACION ARTISTICA

MITOLOGÍA GRECOROMANA: Se representaba de igual forma que la justicia una mujer con balanza y espada, pero con la deferencia: Sin la venda en los ojos, Se quiere dignificar que la

Temis-Equidad necesita de ojos avizores, para apreciar las circunstancias particulares del caso.

DOBLE FUNCIÓN DE LA EQUIDAD: humanitaria (o morigeradota) e integradora(o supletoria): para juzgar por equidad es indistinto que haya normas que prevean el caso o que no lo hayan, pero estas dos situaciones diferentes permiten distinguir las dos funciones que puede cumplir la equidad:

- integradora o supletoria: cuando no la hay
- humanitaria o morigeradota: cuando hay norma.

Si no hay prescripción que prevea el caso, la cuestión es más simple pues no hay obstáculo alguno, y entonces el juzgador suple la falta de previsión legislativa, es decir, suple la ausencia de fuentes formales del derecho, creando una norma individual para resolver el caso. Por eso la equidad actúa como integradora del ordenamiento jurídico.

Si hay norma que prevea el caso, pueden plantearse a su vez dos situaciones, en cualquiera de las cuales la equidad cumplirá una función humanizadora de la norma o normas aplicables. Se evita de este modo la justicia que importaría aplicar la prescripción respectiva al caso concreto planteado, aun que la norma en su generalidad pueda ser justa. Veamos ahora las dos situaciones posibles:

Que el juzgador este autorizado por el ordenamiento jurídico para apartarse de él en ciertos casos. Esto suele suceder cuando la aplicación estricta de la ley provocaría una gran injusticia, como en asuntos civiles y comerciales de menor cuantía, en ciertos delitos penales.

En situaciones como esta, dice: Legas y Lacambra;: la misma justicia exige la práctica de la equidad, es decir, el no aplicar el esquema lógico y abstracto de la norma, sino una medida adecuada a esos elementos individuales: lo contrario sería faltar a la equidad y faltar a la equidad sería faltar a la justicia

Que el juzgador no este autorizado por el ordenamiento jurídico para apartarse de él: conviene referirse a estas posibilidades por que aun en esta situación, los jueces fallan a veces contra lo dispuesto por la ley, fundándose en razones de equidad

FUNCIONES DE LA EQUIDAD

CORRECTORA: adaptación de una norma a las circunstancias particulares del caso. El juez debe adoptar la norma legal, no modificarla. Permite escudriñar el verdadero sentido de la norma legal y aplicar al caso concreto.

SUPLETIVA: En algunas legislaciones, la equidad reemplaza la norma ausente, en los casos de lagunas, vacíos, u omisiones del derecho positivo que no encuentra solución en la analogía ni en la costumbre.

INTERPRETATIVA: Sirve para la interpretación judicial de las normas jurídicas, desentrañar su verdadero sentido y alcance evitando interpretaciones injustas.

EQUIDAD Y TRIBUNALES DE EQUIDAD:

De lo que se ha dicho se infiere que no es necesario para juzgar por equidad que haya tribunales del derecho por un lado y tribunales de equidad por otro lado, como sucedió en Inglaterra hasta que fueron unificados en la segunda mitad del siglo XIX. Queda aclarado entonces que lo mejor es que los tribunales de derechos estén autorizados en ciertos casos, a juzgar por equidad.

LA EQUIDAD EN PARAGUAY

Existen diversas Instituciones que se hallan inspiradas en la equidad:

LA CONSTITUCIÓN NACIONAL:

Establece entre las atribuciones del congreso la de conceder "amnistía" que es el olvido o perdón de los hechos pasados, a favor de reos acusados de delitos políticos.

El presidente de la república tiene la atribución de conmutar penas y conceder indultas conforme y acuerdo de la corte suprema de Justicia. La conmutación es el cambio de una pena mayor por una inferior o menor. El indulto es el perdón absoluto de la pena impuesta por un juez.

CÓDIGO CIVIL: Hace reconocimiento explícito de la equidad frente a las obligaciones naturales

(Son las fundadas solo en el derecho natural y la Equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento pero que cumplida por el deudor autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas.

LA LEY DEL COMERCIANTE: Varios artículos contienen principios o reglas para interpretar los contratos, en los cuales la equidad tiene una función interpretativa.

-Los Jueces en materia mercantil deben aplicarlos, cuando se trata de indagar el pensamiento de las partes contratantes.

CÓDIGO LABORAL: La equidad es una de las fuentes del código o derecho laboral y cumple funciones importantes como:

-llenar las lagunas de otras fuentes formales, al adoptar la justicia al caso.

- Sirve como procedimiento para la interpretación del derecho para su correcta aplicación.

CÓDIGO PENAL: La equidad inspira la prohibición establecida para los jueces y magistrados de aplicar por analogía las disposiciones para los jueces es interpretarlas extensivamente comprendiendo en ella caso no previsto en su texto.

En caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea más favorable al acusado (equidad)

-No hay delito sin y tampoco pena sin ley.

En el código de procedimientos penales el sobreseimiento (Suspender el procedimiento) es un medio de determinar los juicios criminales.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES: La interpretación, integración y aplicación de la ley deben hacerse con Equidad.

El juez y las partes que integran la relación jurídico-personal tienen la facultad de hacer uso de la equidad en el desarrollo progresivo del proceso.

La Equidad es el principio dominante en la justicia de paz. El juez antes de dar curso a una demanda, debe procurar la conciliación de las partes mediante un arreglo amistoso.

LA EQUIDAD EN EL COMMON LAW



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

En el derecho angloamericano, la equidad tiene un papel destacado, porque la jurisprudencia es en general la fuente más importante del derecho

Datos históricos:

*En la antigua Grecia, Aristóteles considero a la equidad como una modalidad de la justicia, refiriendo su concepto a la función humanizadora en la hermenéutica de lagunas de leyes, que pueden provocar graves injusticias al ser aplicadas a ciertos casos concretos. Prueba de ellos es que la comparto con la regla lesbia, pues así como esta podía adaptarse al caso singular, gracias a la equidad.

Como consecuencia lógica de esta tesis y siempre en la *ética a nicomaco*, Aristóteles asignaba al juez un relevante papel, pues podía apartarse de la ley dentro de ciertos límites. Por eso dice acertadamente: que ir al juez es ir a la justicia, pues la naturaleza del juez es ser una especie de justicia viviente”

*En la antigua roma, la equidad (aequitas que etimológicamente significa igualdad), desempeño un papel importante en el progreso del derecho romano: cumplió en el desarrollo histórico del mismo dos funciones:

- en las épocas preclásicas y clásicas: se la consideraba en su función integradora del ordenamiento jurídico y con tal criterio, el pretor fue elaborando lentamente esa construcción que es el derecho romano.

- en la época justiniana : se utilizó el vocablo para designar la función humanizadora de la equidad en la aplicación del ius (es decir, del derecho). Se debió a las concepciones aristotélicas y cristianas de la equidad.

LA ARBITRARIEDAD: las normas arbitrarias son aquellas que se acomodan al humor variable del déspota que resuelve casos por casos según las circunstancias de personas, de tiempo y de estado, de sentimiento sin ajustarse a reglas de sentimiento común y permanente

CONCEPTO: Es la conducta antijurídica de los órganos del estado y consiste en que el mismo poder público que le ha dictado la norma declarándola inviolable para los demás y para sí mismo, es quien la infringe.

Es el abuso de poder de los órganos del estado en el ejercicio de sus funciones.

Ej: Gobiernos Dictatoriales, despóticos o tiranos.

ARBITRARIEDAD Y DISCRECIONALIDAD

Discrecionalidad consiste en el ejercicio de sus facultades por los funcionarios del poder público, que actúan dentro del marco legal o teórico preestablecido.

Ej: La facultad de la corte Suprema de Justicia de declarar la inconstitucionalidad de las leyes e inaplicabilidad del las disposiciones contrarias a la ley.

Diferencia entre Poder Discrecional y Poder Arbitrario.

En el poder discrecional, el funcionario debe actuar dentro de un marco legal – Es la libertad con fronteras.

El Poder arbitrario no está supeditado a normas, sólo obedece a las voluntades y capricho del gobernante. La libertas sin límites.

ARBITRARIEDAD E INJUSTICIA

La injusticia es el contrapolo de la justicia y consiste en no atribuir a cada uno lo que corresponde, tanto por el derecho natural como derecho positivo.

Cuando entra conflicto el derecho natural por haberse dictado normas contrarias a los postulados del derecho positivo, tales normas se califican de injustas.

EL ORDEN: hay orden cuando las cosas suceden de acuerdo a unos principios o plan que las regulan. Así se habla por ejemplo de un orden natural, por que en la naturaleza los fenómenos se producen de acuerdo con una regularidad determinada.

El orden es fin y consecuencia de derecho. Y fin primario, porque talvez antes de la justicia o simultáneamente con ella, lo que los hombres buscaron al sancionar la primera norma jurídica fue organizar la vida de la colectividad, reinando un orden entre ellos.

El orden es la realidad del derecho, la justicia, su espíritu.

Por eso tanto el orden como la justicia deben complementarse para lograr una finalidad. Porque sin orden no hay justicia y sin la justicia no hay orden, no sería otra cosa que la fuerza.

Al orden de opone la libertad, no son incompatibles, sino porque son conceptos opuestos. A mayor libertad menor orden en la vida social.

SEGURIDAD: La seguridad es El orden no de concibe ni podría existir sin la Justicia. Es el resultado del orden. El último de los valores que el derecho realiza, consiste en la seguridad jurídica, que da a los individuos, a los grupos sociales y a los estados mismos, la sensación y el consentimiento de que sus derechos han de ser respetados y de que no ha de alterar la estabilidad y permanencia de las situaciones jurídicas. La seguridad constituye así un efecto del orden social.

La seguridad requiere; no sólo el respeto de los derechos legítimamente adquiridos, sino también la existencia de organismos destinados a prevenir o castigar su violación o sea, que haya medios que hagan efectivos esos derechos aun coactivamente. Ej. Irretroactividad de la ley y la cosa juzgada.

UNIDAD X

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: Son verdades jurídicas de validez universal elaborada por la filosofía jurídica que sirven de fundamento y limite a toda legislación positiva.

ORIGEN

Surgió en la primera mitad del siglo XIX, fue utilizado por primera vez en CERDENA en el artículo 15 del código civil Sardo en 1837, llamado también código ALBERTINO, siendo rey en esos tiempos Carlos Alberto.

Su redacción se hizo bajo la influencia de la escuela clásica del derecho natural (naturaleza humana como fundamento de las instituciones jurídicas).

SU APLICACIÓN EN EL PARAGUAY COMO FUENTE DEL DERECHO – CODIGO CIVIL ART.6

En el paraguay rige desde la adopción del código civil argentino, en fecha 19 de agosto de 1876 y entro en vigencia el 1 de enero de 1877.

En ese tiempo lo contenía nuestro código civil en su art. 16 y expresa; si una cuestión civil no puede resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley se atenderá por los principios análogos y si la cuestión aun fuese dudosa se resolverá por los principios generales del derecho teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Observación: esta formula es aplicable a todas las ramas del derecho, excepto en materia penal y en otras materias en que no proceda la analogía.

El art.6 del C.C actual expresa lo siguiente; los jueces no podrán dejar de juzgar en caso de oscuridad, silencio o insuficiencia de las leyes. Si una cuestión no puede resolverse por las palabras y ni por el espíritu de los preceptos de este código se tendrá por consideración las disposiciones que regulen casos o materias análogas y si aun queda sin efecto se recurrirá a los principios generales del derecho.

MÉTODOS PARA DETERMINARLOS

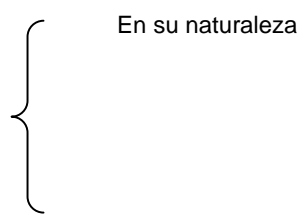
En la indagación de los principios generales del derecho caben todos los métodos idóneos para conocer la verdad jurídica.

Por deducción: los filósofos racionalistas parten de la razón. Elaboran los principios generales del que hacen derivar los principios particulares ajenos todos a la realidad a que habrá de aplicarse el sistema así constituido.

Por inducción: los filósofos positivistas parten de los principios particulares y llegan por inducción a los principios generales

Caben todos los métodos como veíamos la inducción, la deducción y así también **la intuición** que lo acompaña y es el raciocinio como una realidad viviente.

El estudio de los principios Generales del derecho





SU NATURALEZA. CONCEPCIONES FUNDAMENTALES

Tiene dos concepciones; la legalista y la filosófica

El sistema legalista; consiste en afirmar que los principios generales aspiran una determinada legislación positiva y no deben rebasar el marco del derecho ya estructurado

El sistema filosófico; sostiene que los principios generales del derecho son los del derecho natural, superior al legislado. Se trata de verdades jurídicas universales que tratan y expresan el elemento constante y permanente del derecho, es el fundamento de la legislación positiva.

EL PROBLEMA DE LA CODIFICACION DE ESTOS PRINCIPIOS- ENUMERACION DE LOS PRINCIPALES

No existe un cuerpo jurídico en el que se encuentran concretados los principios generales del derecho (solo existe igualdad de los mismos con los derechos fundamentales del hombre), por eso se suele mencionar los principales y obtener después los corolarios que derivan de los mismos.

EL RESPETO A LA PERSONALIDAD HUMANA; el ser humano por el solo hecho de existir es un titular de derechos y obligaciones. Significa que el hombre no debe ser tratado como cosa o animal, sino respetado en todas sus dimensiones (biológicas, psíquicas, éticas y jurídicas). El orden jurídico deberá proteger la integridad de su vida física y su moral.

LA LIBERTAD: comprende dos aspectos:

Libertad natural: poder de autodeterminación que el hombre deriva de su propia naturaleza. Para obrar por sí crea valores a que supeditar su conducta; esta libertad tiene por límite la de los otros hombres que viven en sociedad.

Libertad jurídica; es la facultad que tiene el hombre, deriva de una norma para hacer u omitir lo que no está ordenado, ni prohibido, concebida por la ley para pensar y ejecutar actos lícitos.

LA IGUALDAD; significa que no se deben establecer excepciones o privilegios que excluyan a más de lo que se conceden a otros en las mismas condiciones.

La igualdad ante la ley sirve para superar o moderar la desigualdad subjetiva que existe entre los hombres por naturaleza. Se divide en dos tipos:

La desigualdad subjetiva en el derecho: significa que siempre habrá un sujeto con más privilegios que otros. En toda relación jurídica la posición del sujeto activo es siempre es siempre privilegiada respecto del sujeto pasivo u obligado. Al primero le corresponde la facultad de exigir y al segundo la obligación de cumplir.

Igualdad objetiva del derecho: coloca a la misma situación jurídica a todas aquellas en quienes conciernen idénticas circunstancias. Ej: la patria potestad, confiere igualdad de derechos y obligaciones a todos los padres sobre sus hijos menores.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCION NACIONAL

El libre desenvolvimiento de la personalidad humana está reconocido a todos los habitantes de la república, sin otras limitaciones que las derivadas del orden público y del derecho de terceros. (Art. 25)

El principio de la libertad: ningún habitante de la república está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella prohíbe, se refiere que están exentos de la autoridad de los magistrados los actos privados que no ofenden el orden público, ni las buenas costumbres, ni perjudiquen a terceros. (art. 33)

De la igualdad ante la ley: todos los habitantes de la república son iguales ante la ley, sin discriminación alguna, no se admiten prerrogativas de sangre, ni de nacimiento. El hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles y políticos, sus deberes correlativos son establecidos por la ley. La igualdad es la base del tributo (art. 46-48-181)

Reconoce la inviolabilidad de las defensas en juicios; de las personas y los derechos ninguna persona puede ser condenada sin juicio previo que se funden en la ley anterior al hecho del proceso. (art. 16)

Nadie podrá ser privado de su libertad sin causa justificada por autoridad competente. (art. 11)

Garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencias judiciales. Pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública por justa indemnización por parte del estado. (art. 109)

MEDIDA DE SEGURIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Son los arbitrios establecidos para dar certeza y duración del ordenamiento jurídico creado, llámese medida de seguridad del mismo.

DIFERENCIA CON LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La medida de seguridad del ordenamiento jurídico se refiere al derecho estructurado y el principio general del derecho se refiere al derecho en general es decir, es estudiado por la filosofía del derecho.

NOCIÓN DE LAS PRINCIPALES MEDIDAS DE SEGURIDAD

La cosa juzgada; (C.N art. 17)

Es un efecto de sentencia judicial que impide un nuevo pronunciamiento entre las mismas partes y entre las mismas causas sobre lo que ya ha sido objeto de discusión judicial en un proceso ya finiquitado.

La irretroactividad de la ley; (art. 14 C.N)

Ninguna ley puede alterar o modificar los hechos producidos ante la vigencia. Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo las leyes penales que sean más favorables al encausado o condenado. Disponen para el futuro y no pueden modificar derechos ya adquiridos.

La prescripción; es un medio para adquirir un derecho o liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo. (art. 633 C.C)

Inscripción de los actos jurídicos; inscribir en los registros públicos organizados por las leyes diversas para que puedan surtir efectos contra terceros: ej. El derecho del autor (art. 700 C.C)

La soberanía del pueblo; en la república del Paraguay la soberanía reside en el pueblo, que la ejerce conforme a lo dispuesto en la constitución nacional. Ejerce el poder público por medio del sufragio. (Art. 2 y 3)

La división de los poderes del estado; el gobierno de la república del Paraguay es ejercido por los poderes legislativos, judicial y ejecutivo, dentro de un sistema de división, equilibrio e interdependencia, separación y recíproco control.

La primacía de la constitución nacional; la constitución es la ley suprema de la nación en orden de jerarquía y delegación de las normas jurídicas. Toda ley, decretos u otros actos de autoridad que se opongan a lo que ella dispone es nulo y de ningún valor

Unidad XI

EL DERECHO NATURAL

Iusnaturalismo, iuspositivismo y la ciencia jurídica

El derecho tuvo un marcado carácter filosófico con excepciones notorias en este período (la antigüedad hasta la constitución de la ciencia jurídica) los autores se ocuparon del derecho natural y le atribuyeron las siguientes características:

1. sus principios son válidos para todo tiempo y lugar
2. encuentra su fundamento en algo superior al hombre
3. los hombres no podrán cambiarlo, es decir, es inmutable.
4. sus principios y contenidos no están sujetos a las vicisitudes de la historia, es general e inmutable.

Los fundamentos de cada escuela son diferentes

Escuela católica; afirma que consiste en la voluntad e inteligencia de Dios.

Escuela protestante; pretende que el derecho se encuentra en la naturaleza humana

Escuela del pensamiento racionalista; dice que se encuentra en la razón concebida en la naturaleza humana.

EL DERECHO NATURAL Y SU PRETENSION DE SER FUENTE DEL DERECHO



Algunos autores pretenden que el derecho natural debe ser considerado por los juristas y profesionales como fuente del derecho positivo.

Debemos advertir que el derecho natural por sí no constituye fuente del derecho positivo, pero son incorporadas e intervienen y forman parte del derecho vigente a través de las doctrinas de los jurisconsultos o eruditos de la materia.

DIVERSAS TEORÍAS EXPLICATIVAS:

Aristóteles y el iusnaturalismo; se le ha atribuido a Aristóteles una posición iusnaturalista por introducir la distinción entre "lo justo legal y lo justo natural". Lo justo natural tendría en todas partes la misma fuerza, mientras que lo justo legal depende del parecer de los hombres y solo sería justo cuando los hombres lo hayan establecido.

En su ética nicomaquea, ha sido invocado como fundamento de su pretendido derecho natural por que se identifica lo que el denominó justo natural con el derecho natural que pretende ser atemporal.

Esta identificación es errónea, por que el mismo contradice, el hombre y su naturaleza es mutable y que en consecuencia también lo es lo justo natural.

Aristóteles no puede ser identificado como iusnaturalista al menos en sentido corriente de esta palabra.

ORIGEN DE LA EXPRESION DERECHO NATURAL

Se remonta al despertar la ilustración griega por el siglo V antes de cristo. Ya en el siglo IV Sócrates fue el primero en tratar de dilucidar los conceptos morales con independencias de los convencionalismos vigentes en su grupo sociocultural.

Naturaleza es lo que regularía al hombre en su naturaleza y convencionalmente. Regula en virtud de lo que el conviene con los demás hombres. La palabra convenir incluye los usos y las costumbres.

Fueron los JONICOS los primeros en indagar la naturaleza por oposición al mito del siglo IV que no puede reducirse a una distinción puramente semántica, ya que la naturaleza que a ellos comenzaron a caracterizar sería igual en todo tiempo y lugar, en tanto que el derecho natural fue caracterizado por Aristóteles como pasible de modificaciones.

El llamado derecho natural nace en la expresión de ser derecho vigente para regir los casos jurídicos concretos. Pero esa misma pretensión la tienen las normas positivas, abriéndose la posibilidad de colisión entre ambos ordenes normativos.

El derecho natural y el positivo, como ambas aspiran a regular la conducta del hombre, en caso de conflictos uno debe prevalecer sobre el otro, por lo que surgen dos posiciones contrapuestas;

El iuspositivismo; el derecho positivo es el verdadero y único al que históricamente lo hacen los hombres, que es un hecho social a partir del cual se constituye la ciencia jurídica primeramente en ROMA.

El iusnaturalismo; sostiene que el derecho positivo esta subordinado al derecho natural y en caso de conflictos deberá sacrificarse el derecho positivo.

EL IUSNATURALISMO Y EL APOORTE DE IDEALES PARA CONSERVAR O MODIFICAR EL DERECHO

Pretende determinar como el derecho creado por los hombres debe ser así, verdadero derecho, con lo que consigue cumplir así una función que fue denunciada como ideología.

Al proponer un ideal como modelo permanente habrá de contrariar a los contenidos del derecho positivo y estará contrariando al sistema político, social y económico, o afectando su pretensión de legitimidad.

En este caso cumple una función revolucionaria, pero al mismo iusnaturalismo puede cumplir una función conservadora y preponerse al servicio de la preservación del orden establecido como fue el caso de la iglesia católica al legitimizar la esclavitud y al oponerse al divorcio.

En ambos casos los ideales propiciados pueden ser estudiados como propuestas al poder político para la reforma del derecho vigente o para resistir una modificación.

EL DERECHO NATURAL NO ES FUENTE DE DERECHO, LA DOCTRINA IUSNATURALISTA SI PUEDE SERLO

Algunos autores consideran al derecho natural como fuente del derecho natural positivo a través de las decisiones de los jueces, sin intermediación de la doctrina; existen algunas consideraciones:

La doctrina iusnaturalista puede ser fuente del derecho con total independencia de si es verdadera o no la existencia del derecho natural. Vemos que algunos jueces adhieren a la doctrina antidivorcista por considerar que ella esta impuesta por dios, otros por respeto a la libertad individual, etc.

No esta claro que los ideales que se suponen esclarecidos por la doctrina iusnaturalista corresponden a algún derecho natural o si son tomados simplemente de la moral positiva vigente, en realidad ejerce influencia sobre el derecho. Para un país o una sociedad puede parecer inmoral lo que en otro país se acepta como moral.

Debemos advertir que un principio axiológico, aun esclarecido o desarrollado, todavía no es suficiente para configurar normas que debe prever de alguna manera un antecedente y un consecuente.

EL OBJETO DE DERECHO PREEXISTE A LA CIENCIA QUE LO ESTUDIA, PERO LA DOCTRINA PUEDE MODIFICARLA

En las ciencias de la naturaleza se da por supuestos que el objeto de su estudio preexiste con total independencia a la ciencia que lo investiga.

Así sucede con los astros en relación a la astronomía, con los seres vivientes con relación a la biología.

Lo mismo sucede con las ciencias sociales como el intercambio de los bienes y servicios precede a la teoría económica que desarrolla las leyes que rigen ese intercambio. Así también, el derecho precede a la ciencia jurídica.

Cabe tener en cuenta que en las ciencias sociales el resultado de una investigación puede tener cambio al objeto estudiado. A esto se lo llama "efecto edipico"

La doctrina que es fuente de derecho consiste en las afirmaciones de los juristas que pueden llegar a modificar el propio derecho estudiado. Esta posibilidad la que pudo haber generado la ilusión de que son los principios del derecho natural los que podrían modificar por sí mismo al derecho positivo cuando en realidad lo que ha sucedido es fue la doctrina la que era aceptada por los jueces y tribunales produciendo cambios en el derecho.

LA CONCEPCION ESTOICA DEL DERECHO NATURAL Y SU RECEPCION EN EL OCCIDENTE

La versión estoica del derecho natural fue recibida primero por los jurisconsultos romanos en su tricotómica, derecho civil, derecho de gente y derecho natural (ius civile, ius gentium, ius naturale) y luego por la corriente central del pensamiento iusnaturalista. Esta concepción fue equivocada ya que la ley según los estoicos gobierna todo el universo, se aplica por igual a los objetos inanimados y a las acciones humanas.

La recepción de la doctrina iusnaturalista por parte de los jurisconsultos romanos aparece en la definición de Ulpiano: "El derecho natural es aquello que la naturaleza enseña a los animales"

La concepción estoica se recibe luego casi en su versión literal en la lex aeterna de Santo Tomas. En la versión estoica del derecho natural el derecho es por naturaleza y no por convención, de la misma manera que la ley o la recta razón. La ley es el rey sobre todos los asuntos humanos y divinos, necesariamente lo que es malo y lo que es bueno.

LOS NEGATIVISTAS DEL DERECHO NATURAL

Fueron los filósofos y los juristas que desconocieron la existencia de un derecho ideal superior a toda ley escrita y negaron su fundamentación filosófica colocándose predominantemente en el plano positivista o historicista.

La escuela histórica del derecho; representada por Federico savigny, Hugo, Goschen y Puchta. Surgió como una reacción contra el racionalismo abstracto y el individualismo del derecho natural.

Los principios de esta escuela son

- el derecho es un producto de fuerzas históricas que obran en silencio
- cada pueblo posee su espíritu propio del que emana el derecho
- en cada colectividad humana se organizan formas de convivencias espontáneas representadas por tradiciones, usos y costumbres.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Conjunto de normas creadas por el hombre que rige o ha regido la vida de un pueblo en una época determinada. Constituye el derecho vigente, el histórico (que dejó de utilizarse), el derecho legislado o escrito y el consuetudinario o derecho no escrito.

LA TEORIA GENERAL POSITIVISTA DEL DERECHO

La constitución modernista de la ciencia jurídica presenta dos vertientes: la anglosajona y la continental- romanista. La primera que preserva el carácter fundamental de la costumbre y en la continental romanista el derecho tiende a identificarse con las leyes o prescripciones emanadas de los órganos del estado.

La constitución misma de la ciencia jurídica constituye un hecho del que no puede desentenderse la meditación sobre el derecho en general. Los iusfilosofos se encargaban de explicar los supuestos y presupuestos de las ciencias jurídicas.

Hay autores que pretenden desentenderse de la filosofía del derecho y esclarecer los conceptos más generales más propios del ámbito jurídico desde una perspectiva científica, pretenden continuar una tradición de sistematización; ej: el derecho civil o penal

Mientras la actitud positivista es loable en los juristas, no resulta del todo claro como puede transitarse de esta actitud a una concepción articulada, a una teoría sobre el derecho en general.

En el derecho lo más notorio es la referencia de esta teoría a la noción de coerción y coacción. Si ya el derecho es considerado como un puro hecho, se plantea el difícil problema del tránsito de la consideración de hechos (ser) al sentido deontico (deber ser).

Cabe reconocer que una teoría general del derecho positivista ha realizado importantes avances en el esclarecimiento que nos interesa:

La escuela analítica inglesa de jurisprudencia de Bentham y Austin

Constituye el estudio o punto de partida estudiando las leyes positivas, prescindiendo en forma metódica de consideraciones de índole moral y el análisis de los conceptos del derecho positivo.-

En el mundo anglosajón para el cual la constitución y el common law se basan en las costumbres

Y en el sistema continental- romanista la teoría general positiva se desarrolla en autores como BERGBOHM, MERKL y culmina en la obra de Kelsen (fundador de la escuela de Viena)

Kelsen; la primera versión de la teoría pura de Kelsen es ecléctica y no ha resistido la crítica, en la cual intenta depurar en ingredientes naturalistas los pensamientos de Austin.

La noción central de la teoría pura es la de validez de las normas y campea en ella un formalismo que no parece adecuarse a la concepción positivista que pretende ver el derecho en los hechos.

Kelsen; en su última versión de su teoría pura, corrige el eclecticismo que afectaba su primera versión y concibe a las normas como acto de voluntad confiriendo a la ciencia la tarea de describir el sentido objetivo de tales actos.

H. L. Hart: máximo exponente contemporáneo positivista para quien el sistema que formaban las reglas jurídicas es identificado sobre la base de ciertos usos o prácticas sociales.

El realismo: (de la escuela de Upsala) la vigencia o efectividad pasa a ocupar el lugar central del derecho como medio o sistema de control social. En su versión extrema sostiene que el derecho es lo que los jueces hacen (de hecho) y que la misión de la ciencia es predecir la conducta de los jueces.

Escuela egológica y neogológica: la conducta humana no puede asimilarse a un puro hecho.

Para la egología; la comprensión es el método propio de las ciencias socioculturales y de las ciencias jurídicas.

Para la neogología: la comprensión afecta a la base empírica y no constituye un método propio de las ciencias sociales.

La teoría tridimensionalista o tridimensionalista; (Reale, Gole, Chmidt)

Preconizan una ciencia jurídica con los tres aspectos del fenómeno jurídico; hecho, norma y valoración

En la actualidad la concepción iuspositivista domina la ciencia jurídica. Aparecen en forma explícita los trabajos de sistematización de los juristas en la rama del derecho positivo. Ej. Código civil, penal, etc.

EL IUSPOSITIVISMO, ESCUELA POSITIVISTA Y LA TEORÍA GENERAL POSITIVISTA DEL DERECHO

La aparición de la ciencia jurídica en Roma fue posible por que identificaron fuentes del derecho positivo en el cual concentrar el estudio de los juristas.

Fue la actividad iuspositivista de estudiar el derecho existente en la sociedad lo que permitió el surgimiento de la ciencia jurídica en Roma, luego Inglaterra, Alemania y Francia. Reconocieron los hechos sociales, las cualidades de proporcionar sentido jurídico a la conducta. Es decir, la vigencia efectiva de las normas es lo que determina que debemos reconocer como derecho positivo.

El iuspositivismo; consiste en sostener que el único derecho que existe es el derecho positivo, hecho histórico creado por los hombres y varía de acuerdo a los cambios en la sociedad. El iuspositivismo o positivismo se contraponen al iusnaturalismo para el cual el derecho emana de leyes y principios inmutables para todo tiempo y lugar.

A partir de esta concepción fueron desarrollándose y aparecieron escuelas positivistas que se diferenciaban según en que aspecto de la realidad histórica encuentra al derecho.

CLASIFICACIÓN DE LAS ESCUELAS IUSPOSITIVISTAS

Monismo: son escuelas o concepciones iusfilosóficas que utilizan un método de conocimiento de derechos que no se diferencian del método utilizado por las ciencias naturales.

Monismo metodológico positivista; cuando concibe el derecho como un fenómeno normativo e identifica a las normas con las normas jurídicas creadas y comunicadas mediante palabras.

Monismo metodológico pragmatista: cuando concibe el derecho como hecho de conducta que no se diferencian de los hechos de la naturaleza.

Dualismo: propicia la distinción entre la base empírica observable de las ciencias naturales y la base empírica comprensible de las ciencias sociales.

LA TEORÍA PURA DEL DERECHO- HANS KELSEN EN SU PRIMERA VERSIÓN

LA PUREZA METODICA

Sostiene que la ciencia jurídica se halla envuelta en confusiones y oscuridades derivadas de sus indagaciones y afirmaciones confundidas con otras disciplinas como la moral, la política, la sociología, etc.

Kelsen propone depurar a la ciencia jurídica obteniendo así una teoría jurídica pura que se refiera exclusivamente al derecho positivo.

Primera purificación: (purificación positivista antiiusnaturalista) purificación de la política, la moral y la justicia de toda ideología. Tiene como objeto el conocimiento del derecho y no la formación del mismo alejándose de toda ideología política y especulaciones de la pura justicia.

Segunda purificación: (de la ciencia y de la sociología jurídica) purificación antisociológica y antinaturalista. Si es necesario separar la ciencia política del derecho no es menos necesario separarla de la ciencia jurídica.

HECHO NATURAL (ACTO) Y SIGNIFICACION

En cada hecho podemos identificar dos elementos:

Un hecho perceptible por los sentidos, un hecho exterior constituido por la conducta humana

Y un sentido o significación adherida a ese acto.

El suceso exterior puede desenvolverse en la naturaleza y puede investigarse en forma científica natural, pero no interesa a la ciencia jurídica sino cuando estudia su sentido o significación, lo recibe el hecho de una norma que se refiere a él mediante su contenido.

Ej: una situación de hechos sea ejecución de muerte y no un asesinato. Resulta la confrontación con el código penal y con la ley de enjuiciamiento criminal.

SER Y DEBER SER (CAUSALIDAD E IMPUTACION)



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

El estudio de los comportamientos de los hombres constituye la sociología y en particular es la tarea de la sociología jurídica estudiando causalmente los hechos a los que las normas jurídicas confieren u otorgan un sentido jurídico.

A la teoría pura del derecho o teoría jurídica no le interesan los motivos que llevaron al legislador a dictar cierta ley, ni los hechos económicos que pueden influir en las sentencias de un tribunal, ni el temperamento o carácter del juez. Todo ello cae en el plano causal (el ser)

Esta separación entre la ciencia causal explicativa y normativa referida la primera al comportamiento real de los hombres tal como es o será y la segunda al comportamiento tal como debe ser. Se obtiene acudiendo a dos categorías; ser y deber ser..

Las normas no atribuyen a la conducta de que algo definitivamente es o será sino que algo debe ser. La ley natural enlaza un hecho antecedente como causa (lo que es) y un hecho consecuente como efecto (lo que será);

La norma jurídica enlaza un hecho antecedente (condición) y un hecho consecuente que debe ser. En el primer caso la causa de enlaces de los hechos es la causalidad (tener que ser) y en el otro la imputación (deber ser).

LA NORMA JURÍDICA- KELSEN

Kelsen ve a las normas jurídicas de la siguiente manera:

Las normas no son mandatos u ordenes

Las normas jurídicas son un juicio hipotético (otro impone el deber), se vincula a una consecuencia (sanción) a un antecedente (trasgresión)

El juicio hipotético es un juicio de deber ser y el deber ser no tiene contenido axiológico ni moral.

La consecuencia imputada (la sanción) es un acto coactivo

La sanción es el concepto jurídico a través del cual es posible definir el resto de los conceptos jurídicos como la trasgresión (acto ilícito o delito), la prestación (el deber jurídico), la responsabilidad, etc.

EL DERECHO SUBJETIVO SU REDUCCIÓN AL OBJETIVO

Kelsen muestra que el dualismo es insostenible y que la noción de derecho subjetivo, así como la noción de la persona o sujeto de derecho que le está estrechamente ligado, son perfectamente reducibles a las normas jurídicas (derecho objetivo)

Sentido ideológico de la doctrina tradicional; define al derecho subjetivo como el interés o voluntad jurídicamente protegidos. Se le ha objetado a dicha doctrina que lo decisivo es la protección jurídica y No el interés o la voluntad.

Al definir el derecho subjetivo como interés o voluntad se le atribuye una naturaleza diversa al derecho objetivo. El sentido ideológico de este dualismo consiste en la tesis que el derecho subjetivo precede lógicamente y temporalmente al derecho objetivo.

El derecho subjetivo. Preeminencia del deber jurídico; el derecho subjetivo no es sino la norma en su referencia a la conducta del individuo. El deber es siempre el deber de alguien, el sujeto obligado y constituye el concepto básico de la relación jurídica al que hace referencia directa la norma.

El derecho subjetivo en sentido amplio; cuando se establece la relación jurídica entre dos sujetos, uno facultado y otro obligado sobre la base del deber del último, establecido por la norma jurídica. El derecho subjetivo aparece como un mero reverso del deber jurídico del otro y de los demás.

Ej; tengo derecho a la vida porque los demás están obligados a no violarla.

Derecho subjetivo en sentido técnico o estricto; cuando las normas se encuentran puestas a disposiciones del facultado. Ej. No basta que mi deudor no me abone su deuda para que el órgano del estado (juez) disponga contra el pago compulsivo (sanción)

EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL

Derecho y estado; Kelsen nos habla de un dualismo existente entre el estado y el derecho. Estado y derecho son esencialmente la misma cosa, un orden coactivo de la conducta humana.

La doctrina tradicional enseña que el estado crea el derecho y luego se somete voluntariamente a su imperium y reaparece como persona jurídica obligada y facultada por el orden jurídico. Esta es la teoría bifronte del estado (como creador del derecho y como sometido a el)

El estado no es otra cosa que la personificación del orden jurídico nacional, que aparece facultado u obligado por el orden jurídico internacional, y a su vez el estado determina los individuos concretos que han de cumplir esos derechos y obligaciones. Es decir todo estado posee un derecho.

COMUNIDADES JURÍDICAS PREESTATALES

Todo estado posee un derecho pero no todo orden jurídico es estado. Esto no ocurre en las comunidades jurídicas primitivas (preestatales) en las cuales las normas jurídicas generales son producidas por las costumbres y no existían tribunales para la institución de la norma individual, siendo los propios afectados o interesados por la violación los que ejecutan la sanción coactiva (venganza privada) como órganos descentralizados de la comunidad.

Toda la diferencia que media entre una comunidad jurídica primitiva y el estado es la que va de la descentralización a la centralización entendiéndose por esta última la existencia de órganos fijos para la producción de las normas individuales y generales.

LOS ELEMENTOS DEL ESTADO Y LA SOBERANÍA

La doctrina tradicional define al estado por la concurrencia de tres elementos: territorio, población y poder. Es decir, el estado es una población asentada en un territorio y sometida a un gobierno (soberanía- poder)

La soberanía o cualidad suprema del poder estatal consiste en que el orden jurídico que constituye el estado no deriva su validez de ningún otro orden, es decir, sus normas no están subordinadas a cualquier orden, salvo las derivadas del orden jurídico internacional.

EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL (DERECHO INTERNACIONAL)

CONEXIÓN DEL DERECHO NACIONAL Y EL INTERNACIONAL

MONISMO Y DUALISMO

Algunos sostienen que el dualismo, esto es, que los fundamentos de validez de uno y otro sistema de normas son independientes, sin dejar forma coherente de pasar de uno a otro sistema o de basar la validez de las normas de uno en el otro. Pero esta doctrina es inadmisibles ya que no resulta sensata la vigencia de dos órdenes jurídicos diferentes.

La doctrina dualista consecuente debe llegar a negar juridicidad positiva a uno de ambos sistemas

El monismo es la reducción de ambos sistemas normativos a un único fundamento de validez.

Se argumenta contra el monismo la posibilidad de contradicciones entre las normas pertenecientes a uno y otro ordenamiento.

La contradicción entre el ordenamiento estatal y el internacional significa que en el primero se ha realizado la hipótesis a la que el derecho internacional liga su sanción específica. El ordenamiento internacional admite la validez de las normas creadas por el orden jurídico nacional.

DEFINICIÓN DEL ESTADO POR EL DERECHO INTERNACIONAL

Es un orden jurídico parcial, inmediato al derecho de gentes relativamente centralizadas, con ámbito territorial y temporal de validez jurídico internacionalmente delimitado y con una pretensión de totalidad respecto del ámbito territorial de validez solo restringida por la reserva del derecho internacional.

GRADACION DEL ORDEN INTERNACIONAL

SU NORMA FUNDAMENTAL

Al derivar la validez del orden nacional de otro orden superior como sería el internacional, el tema de la fundación de validez y en los últimos términos de la norma fundamental, ha desplazado su centro de gravedad al orden superior.

Su fundamento de validez se encuentra en un convenio o tratado internacional y la validez de este último se funda en la norma internacional general de acuerdo con la cual los tratados son obligatorios. Este que forma la grada más alta



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

del ordenamiento jurídico internacional se compone de normas de origen consuetudinario derivada de las conductas de los estados.

El derecho internacional general consuetudinario; constituye la grada mas elevada del orden jurídico internacional, no deriva de otra norma general positiva.

La norma básica fundamental del derecho internacional; tiene que ser una norma que considere a la costumbre como un hecho de creación jurídica. Los estados deben conducirse en la forma en que han solidó hacerlo.

EGOLOGIA- CARLOS COSSIO **SUS FUNDAMENTOS**

Cossio, cabeza de toda una escuela de filosofía jurídica, jurista de profesión pero jurista de aficción más profunda que conmueven los cimientos de la ciencia jurídica dogmática.

En parte ha logrado poner en contacto el pensamiento especializado del jurista con el pensamiento fundamental del filósofo. Ha tomado un rumbo definido la llamada teoría egológica del derecho que constituirá el objeto de nuestra exposición.

Pretende hacer una filosofía de la ciencia del derecho más una mera filosofía del derecho. Su punto de partida debe buscarse en los datos jurídicos a cierta altura de su elaboración por la ciencia del derecho.

El derecho para Cossio; el objeto de estudio de los juristas no son las normas jurídicas como piensa la doctrina tradicional, sino la conducta humana y que esta ultima es concebida como libertad metafísica.

La teoría egológica del derecho inaugura la tentativa radical de conocer a la conducta misma, pensándolo en tanto, que dato de libertad para lo cual siendo la libertad un deber ser existencial, la lógica del deber ser con su concepto normativo y lleva al centro de gravedad de esta ciencia empírica, desde la ley a la sentencia (desde las normas generales a las individuales)

La obra de Cossio reconoce una gran deuda con la filosofía de Dilthey del que toma el concepto de que la cultura no se explica sino se comprende- de Scheler la intuición emocional y de valor- de Rouges la noción de tiempo existencial como totalidad.

Però la columna vertebral de su pensamiento se encuentra en Husserl, Kant, y Heidegger. De Kant toma la concepción de la filosofía del derecho como filosofía de la ciencia del derecho.

De Husserl, toma el método fenomenológico, la idea de las ciencias eidéticas que se encuentran en la base de las ciencias empíricas.

De Heidegger toma las nociones de existencia (dasen) libertad y la distinción entre ontico y antológico. Sin lugar a dudas debemos mencionar a Kelsen a quien Cossio llamo el jurista de la época contemporánea. Por la importancia que le atribuye a su obra.

EVOLUCIÓN POSTERIOR DEL PENSAMIENTO DE KELSEN

La teoría pura del derecho ha sido una obra de constante modificación durante la vida de Kelsen. En 1934 se dicto el libro original, la primera traducción francesa es de 1953, en la que introdujo algunas modificaciones.

En 1960, se edito la segunda edición en la cual introduce nuevas e importantes modificaciones que lo lleven del racionalismo primitivo al irracionalismo.

Por ultimo la teoría general de las normas, brinda la ultima versión que el dio de su propio pensamiento. Kelsen parte de una visión lógica y racional del derecho y culmino su obra desembocando en un irracionalismo.

LA POLEMICA KELSEN- COSSIO—NORMA Y REGLA DE DERECHO **LAS NORMAS COMO ÓRDENES**

Kelsen había sostenido que las normas eran juicios del deber ser con lo que coincidió plenamente con Cossio, e intento llevar a la teoría pura un paso mas adelante preguntando por el objeto a cerca del cual esos juicios hablaban.

Para Cossio el objeto mentado por la norma es la conducta. Pero ahí mismo Kelsen empezó a modificar su rumbo y introduciendo la distinción entre norma y regla del derecho.

Las reglas del derecho para él son las expresiones que usa un jurista o científico del derecho para describir una norma, con pretensión descriptiva de lo que la norma establece. De este modo las ciencias jurídicas estarían integradas por reglas de derecho con función descriptiva, mientras el objeto de derecho estaría compuesto de normas de carácter prescriptivo. Las reglas serían actos de conocimientos y las normas el sentido objetivo de los actos de voluntad.

UNIDAD XIII

DERECHO SUBJETIVO

Es el poder o facultad de exigir el derecho del sector publico como del estado

La situación de hechos aparece como una relación jurídica que asegura la convivencia pacifica de dos sujetos, a quienes por una parte les faculta para gozar y usar de su propiedad y por otra parte obliga e impone el deber jurídico para respetar la propiedad ajena.

La doctrina tradicional ha acuñado la tradición derecho subjetivo refiriéndola solamente a uno de los ingredientes de la relación jurídica. Se hace necesario entonces tener presente que la expresión derecho subjetivo admite un sentido amplio (relación jurídica) y un sentido estricto (la facultad jurídica). Se puede hablar también correctamente del derecho desde los puntos de vistas objetivos y subjetivos. Es decir, el derecho objetivo es la regulación de la conducta y el derecho subjetivo la conducta regulada.

SUS DIFERENTES ACEPCIONES.

En la literatura jurídica se denomina derecho subjetivo a fenómenos diversos. Tradicionalmente se incluye en esta expresión a:

situación de una persona que es titular de un interés que es reconocido socialmente como legitimo y que el ordenamiento jurídico tutela genéricamente en sus declaraciones o principios mas generales pero que depende de los jueces declarar o no la tutela normativa del mismo.

La situación en que se encuentra una persona que puede exigir de otra persona determinada el cumplimiento de un deber y en caso de incumplimiento obtener la ejecución de una sanción contra el responsable del incumplimiento.

El poder de crear, modificar o distinguir derechos y obligaciones mediante una manifestación de voluntad

La situación de cada persona que puede exigir del resto del cumplimiento de los deberes de respetar su vida, su propiedad o libertad, en virtud de normas jurídicas.

Derecho objetivo y subjetivo- unidad y distinción

No hay en verdad distinciones especiales que hacer entre ambos términos: derecho objetivo y derecho subjetivo son una y la misma cosa vista desde dos puntos de vista diferentes. El derecho subjetivo es la norma en relación al individuo o sujeto, es en resumen el mismo derecho objetivo.

Históricamente el derecho subjetivo existe mucho antes que apareciera el estado con un orden jurídico desbaratadamente establecido. Tenían su base en la personalidad de los individuos y en el respeto que este era capaz de obtener e imponer.

Por ello es incorrecto tanto histórica como lógicamente suponer que los derechos subjetivos no son sino emanaciones del derecho objetivo. El orden jurídico garantiza y configura los derechos subjetivos pero no los crea. El acierto que cabe en este punto a Kelsen se advierte trayendo a cuenta unos párrafos. Dice el filósofo inglés; el fin de los hombres que se unen en comunidad política es la preservación de la propiedad (es decir, el derecho subjetivo, pues a la propiedad se la acaba de definir como conjunto de vidas, libertades y haciendas). El poder social constituido jamás podrá ser imaginado como espaciándose mas allá del bien común, antes bien, se hallara obligado específicamente a asegurar la propiedad de cada cual.

NATURALEZA DEL DERECHO SUBJETIVO EN SENTIDO ESTRICTO **DOCTRINAS TRADICIONALES Y MODERNAS.**



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Tradicionalmente, al buscar la esencia común de los diversos fenómenos denominados como derecho subjetivo, se describía este algo común tratando de desentrañar su naturaleza en oposición a la naturaleza del derecho objetivo. Se incurrió así en el error de sustantivar el derecho subjetivo como algo independiente del derecho objetivo, este derecho así constituido que estaba encargado de garantizar o proteger.

Las doctrinas tradicionales al ver como relevantes únicamente a la facultad dentro de la relación jurídica, partían pretemáticamente de esa falsa oposición. A estas doctrinas tradicionales que podríamos llamar sustantivitas- pues confieren al derecho subjetivo una existencia distinta e independiente del derecho objetivo. En general la doctrina moderna, milita según ya lo hemos explicado en esta posición. A su vez podemos señalar dentro de este campo – **las doctrinas normativitas**: que carga el acento en la norma haciendo depender el derecho subjetivo del objetivo.- **la teoría egológica**: para la cual lo primordial es la conducta, esto es el derecho en sentido subjetivo pero reconoce que derecho objetivo y subjetivo son términos lógicamente correlativos.

DOCTRINAS TRADICIONALES:

Teoría de la voluntad: hace cifrar el derecho subjetivo en la facultad de obrar, es decir, en la voluntad. Se define al derecho objetivo como la voluntad general, y el derecho subjetivo como un fragmento de la voluntad general que viene a hacerse concreto y existente en la persona privada.

Windscheid, tiene a la vista la siguiente conceptualización;

El derecho a exigir del obligado el cumplimiento de su prestación

El derecho de crear, modificar o distinguir derechos y obligaciones. En ambos casos encuentra que es decisiva para la existencia del derecho subjetivo la voluntad del derechohabiente o facultado. Es decir, el derecho subjetivo es un poder o señorío de la voluntad conferido por el orden jurídico.

TEORÍAS MODERNAS:

Teoría pura del derecho (kelsen)

Kelsen ha reducido el derecho subjetivo al objetivo por el sencillo procedimiento de demostrar que el análisis de la estructura de la norma (derecho objetivo) encierra en su seno como uno de sus integrantes la noción de deber jurídico. Entonces el concepto del deber jurídico no es sino una derivación o contrapartida del concepto de norma jurídica; el análisis de la norma jurídica lleva a encontrar como uno de sus elementos al deber jurídico.

El derecho subjetivo es así un deber jurídico y este no es otra cosa que la norma en su referencia al sujeto. El derecho subjetivo de una persona requiere del deber jurídico de otra.

El derecho subjetivo ha quedado así plenamente reducido al objetivo sin saldo alguno. Un derecho subjetivo es por tanto la norma en su relación con el individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada. ej: la indemnización de daños y perjuicio que solo se impone al pedido del damnificado.

Teoría egológica (cossio)

Para la teoría egológica el derecho subjetivo es la determinación de un deber jurídico en tanto este deber esta determinado por un sujeto pretensor, solo que esta determinación puede manifestarse ya exigiendo una manifestación de voluntad ya con prescindencia de ella.

La teoría egológica devuelve pues al derecho subjetivo en sentido estricto(o facultad) su rango, del cual kelsen lo había desalojado y lo muestra nítidamente la integración de la facultad y deber como elementos correlativos e integrantes de la norma jurídica. No hay deber jurídico sin facultad jurídica y viceversa.

Advirtamos que la esencia del objeto de derecho que es la libertad, impone a cada una de esas especificaciones el respeto de esa libertad. Aun en el caso de incumplimiento de esa prestación o en el de una sanción, reaparece la facultad en todo lo que no esta determinado. Ej: puedo pagar mi deuda en billetes de tal o cual valor o pasearme dentro de la celda.

La libertad puede ser ilícita (entuerto) o lícita (facultad). Es lícita toda la conducta salvo la que ha sido determinada como encurto. La facultad o libertad lícita se puede distinguir en facultad de señorío cuando el contenido de esos actos es autodeterminada por el propio sujeto. Y facultad de inordinación cuando el contenido esta heterodeterminado al sujeto por las normas. De quien tiene un deber tiene simultáneamente el derecho de cumplirlo.

La teoría del interés.

Rudolf Von Ihering propuso sustituir la teoría de la voluntad por la de interés. Apoya su tesis en una crítica a la teoría de la voluntad dominante en su tiempo. Si la voluntad fuese el objeto del derecho ¿Cómo vendrían a tener derechos las personas sin voluntad?

En cuanto a nosotros decimos que el verdadero derechohabiente es el que puede pretender no querer, sino aprovecharse. La voluntad puede ser entregada a un tercero sin que el derecho mismo le alcance. El objeto del derecho es aquel al que la ley destina la utilidad del derecho; la misión del derecho no es otra cosa que garantizar esa utilidad.

Los derechos no existen de ningún modo para realizar la voluntad jurídica abstracta, sirven para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines."los derechos son intereses jurídicamente protegidos". El destinatario de todos los derechos es el hombre. El interés jurídicamente protegido es el derecho subjetivo. Se distinguen dos elementos uno substancial que es el interés y otro formal la protección jurídica.

CRITICAS

La teoría de la voluntad no explica adecuadamente el supuesto del derecho a cumplir. Tampoco resulta del todo convincente su aplicación al supuesto del derecho a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, ya que en estos casos lo que es decisivo es el acto jurídico, la manifestación externa de la voluntad y no la existencia de un interés real. La doctrina del interés cala muy hondo en el fenómeno jurídico especialmente en una concepción liberal, no autoritaria, del mismo modo, como lo ha puesto de relieve contemporáneamente la concepción de Dworkin sobre los derechos subjetivos.

La teoría de la voluntad no ha podido resistir la crítica dado que:

- . No siempre es necesaria la voluntad del titular para que exista su derecho a exigir que el obligado cumpla su prestación. Los que carecen de voluntad como el insano, el varón impúber y aun el feto pueden ser titulares de derecho.
- . También fracasa la teoría de la voluntad al tratar de explicar los casos en que el derecho subjetivo consiste en el poder de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Es cierto, se requiere una manifestación de voluntad para que el derecho nazca, se modifique o se extinga. Pero ocurre que es este hecho externo que interpreta como manifestación de voluntad el que es jurídicamente decisivo para el nacimiento o extinción de los derechos y no vasta la existencia o inexistencia de una voluntad real

Ejemplo: un hombre puede haber declarado ante cientos de personas su voluntad para disponer en cierta forma de sus bienes para después de su muerte pero esto no será valido según el código civil como un testamento.

El orden jurídico es un sistema de normas y las normas no tienen voluntad. La voluntad pertenece al reino del ser, su estudio corresponde a la psicología, el derecho pertenece al reino del deber ser y su estudio es obra de una ciencia normativa, la dogmática jurídica. En el plano de las normas no hay nada parecido a la voluntad, hay solamente imputación.

DESIGUALDAD SUBJETIVA E IGUALDAD OBJETIVA EN EL DERECHO

LA DESIGUALDAD SUBJETIVA EN EL DERECHO.

Desde el punto de vista subjetivo el derecho esta constituido por las relaciones jurídicas, integrada por el derecho facultad y por el deber jurídico. El primero importa al aspecto activo de la relación de derecho, en consecuencia su titular se denomina derecho activo o derecho habiente. En toda relación jurídica la posición del derecho activo es siempre privilegiada con respecto al sujeto pasivo u obligado. A aquel corresponde la facultad de exigir, a estos el deber de cumplir. Todo derecho importa una desigualdad a favor de su derechohabiente o derecho activo.

Unos son propietarios otros no, unos son ciudadanos y otros tienen negados los derechos políticos.



En la antigüedad, eran mínimos los derechos de ciertas clases sociales, como por ejemplo los esclavos y los extranjeros. En roma se distinguían tres status cada uno de los cuales confería cierto derecho subjetivo; el status libertatis, status familiae y el status civitatis. Los esclavos no poseían ninguno de estos estados, eran considerados cosas. Pero estaban amparados por el derecho natural (ius naturale).

Por su parte, los extranjeros no tenían en principio derechos civiles ni de familia estaban protegidos por los preceptos del derecho de gentes (ius Pentium) aplicado por el praetor peregrinus

En resumen podemos decir que en esta materia de la subjetividad jurídica hubo una verdadera evolución en el derecho romano, con una tendencia general a la humanización apoyada en la escuela estoica, y mas tarde en el cristianismo. Los mismos juristas romanos reconocieron que la institución de la esclavitud contrariaba los principios del derecho natural en cuya virtud todos los hombres son igualmente libres y sujetos de derechos.

En la edad media grandes limitaciones de la subjetividad jurídica individual aunque no totalmente equiparable a la esclavitud, implicaron también las instituciones del colonato y la servidumbre. El colono, el ciervo adscrito a la gleba y el vasallo gozaban de una subjetividad jurídica muy distinta de la del señor.

Así en el caso del esclavo, es patente que tiene el derecho subjetivo de cumplir con sus deberes, cosa que no puede ser impedida por un tercero. Todo ello sin contar al ámbito que se deja a su libertad de señorío por mas minuciosa que sea la reglamentación de sus deberes.

LA IGUALDAD DEL DERECHO OBJETIVO. LA GENERALIDAD DE LAS LEYES Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

Desde el punto de vista objetivo, suele decirse que a diferencia de la llamada desigualdad subjetiva del derecho, el derecho objetivo se caracteriza en cambio por la igualdad. Una cosa es la igualdad, que necesariamente caracteriza a todo orden jurídico integrado por normas generales y otra cosa distinta es el mayor o menor grado en que cada orden jurídico realiza la igualdad de los sujetos, es decir, ese valor de justicia positiva que se denomina generalmente como igualdad ante la ley, valor de justicia de justicia positiva reconocido por los países contemporáneos después del triunfo de la ideología demoliberal de la revolución francesa y consagrado en la constitución de varios países.

La llamada igualdad de derechos objetivos de las normas generales, no es más que una versión del tema más amplio de la generalidad de la ley. Dos casos don iguales cuando ambos caen dentro del mismo género mencionado en la ley y también se advierte que al aplicarse consecuentemente esa ley a todos los casos en que resulta aplicable, habrá una solución igual para esos casos iguales.

CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Derechos subjetivos privados:

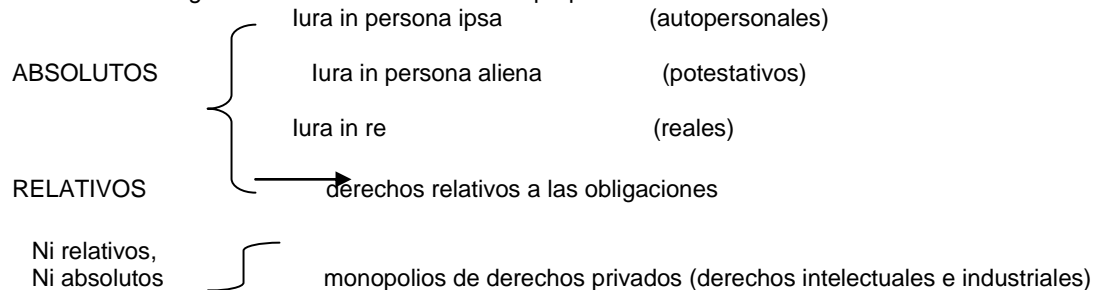
Los juristas se han esforzado, desde los tiempos más antiguos en clasificar los numerosos derechos subjetivos y sus varias manifestaciones.

Las institutas de Gayo se dividía en tres grupos: derecho de las personas, de las cosas, y de las acciones.

Savigny dividió en dos grandes ramas: derecho de bienes y derecho de familia. El derecho de bienes se subdivide en dos clases; derecho de las cosas y derecho de las obligaciones. Dice que por consiguiente debemos reconocer tres clases de derecho: *derecho de las obligaciones. De las cosas y de familia.*

Roguin según el criterio de Windscheid ha dividido los derechos en absolutos y relativos:

Absolutos: son aquellos que existen contra todos. Relativos: que existen contra una persona o un numero limitado de personas. Esta clasificación no comprende los derechos intelectuales, aunque no son equivalentes a la propiedad, tampoco son relativos por que se tienen contra todos. Propone lo que Windscheid denomina "monopolio de derecho privado" esto es los llamados generalmente como derecho de propiedad intelectual.



Los derechos autopersonales: o derecho sobre la propiedad de las personas, son los que posee cada persona sobre sus individualidades física y psíquica. Como los derechos a la vida, a la integridad orgánica, al honor, a la libertad física, a la libertad de conciencia. Son derechos absolutos pues no existen contra una persona determinada. El estado es el límite y el origen para los derechos autopersonales, puede suprimirlo o restringirlo para promover la defensa social y satisfacer las necesidades políticas.

Los derechos potestativos: o derecho sobre las personas de otros son los que se ejercen en forma de autoridad de un individuo con respecto a otros y la administración de los bienes que le pertenecen. Pueden ser el poder marital, ejercido por el marido sobre la mujer, la patria potestad, ejercida por los padres sobre sus hijos menores de edad, la tutela ejercida por un tercero, el tutor ejercido sobre menores de edad no sometidos a la patria potestad, por extinción, perdida o suspensión de esta, así también la curatela y la tutela. Son caracterizados como derechos absolutos por que el sujeto pasivo esta constituido por todos los miembros de la sociedad que debe respetar la potestad que ejerce el titular de derechos sobre la persona sometida.

Los derechos reales: o derechos sobre las cosas, aquellos que crean una relación directa e inmediata entre el titular del derecho y la cosa objeto de el. Es decir, los derechos que se ejercen directamente sobre las cosas.

Los derechos relativos: llamados también obligaciones y con mas propiedad, derechos crediticios o de créditos. Han sido definidos como aquellos que tenemos contra uno o varias personas determinadas y que nos autorizan a exigir de ellas la entrega de una cosa, el cumplimiento de un hecho o de una abstención. Importan la existencia de un sujeto pasivo particular y directo.

Derechos intelectuales o industriales: los que corresponden a los autores, inventores y fabricantes sobre sus obras, inventos y marcas de fábricas para evitar que sean reproducidos, apropiados o falsificados. Estos derechos constituyen una especie de monopolio privado. Los monopolistas del derecho privado no garantizan como los derechos absolutos, un poder sobre una cosa determinada individualmente, solo atribuyen el derecho de disponer individualmente de todo un género de cosas.

DERECHOS SUBJETIVOS PÚBLICOS

La doctrina sobre los derechos subjetivos públicos es de elaboración relativamente reciente y se encuentra en dependencia muy estrecha de las nociones un poco fluctuantes de derechos públicos y privados.

En términos generales podemos decir que hay derecho objetivo publico cuando entre los sujetos de la relación jurídica ya sea como sujeto pasivo u obligado, o activo o pretensor se encuentra el estado que actúa en su carácter de tal.

El estado actúa jurídicamente con una doble personalidad: En la mayoría de los casos como persona de derechos públicos como representante de la comunidad, como centro de imputación del orden jurídico mismo. En estos supuestos subordina la conducta de los particulares a sus determinaciones estableciendo los derechos y los deberes correlativos de los particulares y también lo de los funcionarios.

Se establece así una relación jurídica entre el particular y el estado en la cual la conducta del particular queda subordinada a la determinación que sobre ella establezca el órgano o el conjunto de órganos estatales. En otras ocasiones el estado actúa frente a los particulares como persona de derecho privado. Es titular de un patrimonio y



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

contrata, compra, vende, alquila, en un plano de igualdad con los particulares. Hay derecho subjetivo público cuando uno de los sujetos de la relación jurídica es el estado, actuando como persona de derecho público, o un órgano de l mismo que actúa en su carácter de tal.

Aspecto publico del derecho subjetivo absoluto: todos los derechos subjetivos que hemos calificado de absolutos tienen también un aspecto publico, constituyen derechos subjetivos públicos, en cuanto también los órganos del estado se encuentran obligados a abstenerse de violarlos, esta situación se entiende como estado de derecho.

La acción procesal como derecho subjetivo publico: el estado monopoliza la coacción y se encarga de este modo de hacer efectivos frente al obligado los derechos del facultado, paralelamente al derecho subjetivo del facultado debe reconocerse, en términos generales, el derecho de este a solicitar la intervención de los órganos estatales a efectos de actuar las normas en casos concretos y hacer efectiva la sanción contra el obligado.

Derecho subjetivo publico del estado: paralelamente a los derechos subjetivos públicos de los particulares a una prestación del estado tenemos que considerar los derechos subjetivos públicos del estado frente a los particulares, es decir, el derecho subjetivo del estado a una determinada prestación por parte de los particulares.

UNIDAD XIV

NOCIONES RELATIVAS A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO FILOSÓFICO- JURÍDICO

INTRODUCCION

FILOSOFÍA ESCOLÁSTICA O TOMISMO: la filosofía del derecho perfecciona una doctrina de alcances universales y de vigencia permanente que por haber sido enseñada en las escuelas se denomina escolástica.

San Agustín había planteado las bases de la filosofía jurídica cristiana. Los teólogos medievales continuaron esa tradición y no fueron poco los canonistas que se elevaron también a la altura de la filosofía. Pero toco a santo Tomas de Aquino, fijar con precisión ese pensamiento dándole una forma mas depurada y profunda. De sus numerosas obras destinadas muchas de ellas a combatir los errores de su tiempo o a comentar los libros de Aristóteles, la más importante es la *summa teología* que constituye un estudio analítico de los problemas teológicos, metafísicos y morales.

El sistema tomista constituye un majestuoso edificio que abarca todas las ramas de la filosofía a la cual estudio desde el punto de vista cristiano pero inspirándose en el pensamiento aristotélico y aprovechando también la obra de los escritores católicos.

Santo tomas considera al universo como un conjunto ordenado en el cual cada ser ocupa el lugar que le corresponde y cumple la función asignada por el creador. El mundo aparece así gobernado por dios mediante reglas físicas y normas morales que constituyen la ley eterna por lo tanto esta es la razón de la divina sabiduría. La ley eterna regula los movimientos de las cosas (leyes físicas y naturales) y de los seres (leyes biológicas, religiosas y morales). En cuanto dirige a las cosas y a los seres irracionales, la ley eterna tienen carácter necesario, pues sus reglas se imponen fatalmente. La misma ley eterna en cuanto se dirige a los seres racionales se llama ley natural, es la participación de la ley eterna en la criatura racional, no tienen carácter necesario sino contingentes pues depende del libre albedrío de los hombres. El conocimiento de esa ley natural es innato al hombre. Hay en cada uno de nosotros dos inclinaciones o hábitos: el especulativo que conduce a la inclinación de la verdad y el práctico que dirige esa verdad a la acción. Los seres humanos tienen una tendencia natural tanto conocer la verdad cuanto a discernir los principios morales de la acción, que los inclinan al bien.

El contenido de ese bien natural puede resumirse en un solo precepto: hacer el bien y evitar el mal. Por lo tanto, lo tanto abarca los primeros principios de la moral y el derecho puesto que orienta los actos humanos por el camino de todas las virtudes. Pero no todos los actos virtuosos son obligatorios en el sentido jurídico y por lo tanto el derecho natural es solo una parte de la ley natural. Su contenido propio deriva racionalmente de las tres tendencias naturales en el hombre: - la conservación de la vida – la perpetuación de la especie y el deseo de conocer la verdad sobre Dios y de vivir en sociedad. De esta última tendencia derivan otros principios básicos de la convivencia humana, no dañar a otros, dar a cada uno lo suyo.

La ley natural es universal e inmutable, es decir, rige en todos los tiempos y lugares. Es el fundamento de la ley humana o positiva. Esta última deriva de aquel de dos maneras: en el primer supuesto la ley humana participa en cierto modo de los caracteres del derecho natural en cuanto a su universalidad e inmutabilidad. En el segundo es contingente y variable pues se adecua a las necesidades históricas en todo pueblo. El derecho positivo es por lo demás indispensable para poner mediante la fuerza una disciplina que asegure la paz y la justicia en la sociedad. De tal manera santo Tomas establece una verdadera jerarquía de leyes, puesto que la ley natural deriva de la eterna y la positiva o humana debe ajustarse a aquella.

Las leyes y en consecuencia el derecho tienen un fundamento racional y su finalidad es el bien común. La teoría de la justicia proviene fundamentalmente de Aristóteles. La justicia es una virtud que ordena al hombre en sus relaciones con otros y consiste en dar a cada uno lo que es suyo. La justicia es una virtud general en cuanto orienta los actos humanos al bien común y como la ley es la encargada de realizar ese bien común, esa especie de justicia es la que se llama legal. Porque por ella el hombre se ajusta a la ley. Hay en la teoría tomista tres especies de justicia: la general o legal-distributiva – conmutativa, que regulan todas las relaciones posibles, de esta forma queda ampliada la clasificación bipartita de Aristóteles

Se reconoció en todas partes la primacía del derecho natural sobre el derecho positivo y se limitaron espontáneamente los poderes de los reyes para no vulnerar los derechos de los súbditos.

EL NEOTOMISMO Y OTRAS EXPRESIONES DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA CATÓLICA

Las ideas fundamentales de santo Tomas de Aquino desarrolladas y vivenciadas para adaptarlas a nuestro tiempo, constituyen la inspiración del movimiento denominado neotomismo, que tiene variadas expresiones que van desde autores que profesan como sacerdotes en las iglesias y mantienen con el mayor rigor los principios tradicionales, hasta aquellos que siguiendo solamente algunos puntos de la doctrina aquinatense aparecen con una mayor independencia.

El papa León XIII en su encíclica *aeternis patris* declaro como filosofía de la iglesia a la contenida en las obras de santo tomas. Proporciono a la iglesia un severo instrumento ideológico para enfrentar al positivismo y al materialismo.

La escuela del derecho natural: desde el punto de vista iusfilosofico, la doctrina del derecho natural constituye la columna vertebral de la posición neotomista. Entre los autores mas conocidos de este movimiento puede citarse a los padres jesuitas Víctor Cathrein – autor del derecho natural y el positivismo y A. Vermeesch autor de – cuestiones acerca de la justicia y el Padre Dominico Luís Lachance autor de – el concepto del derecho según Aristóteles y santo tomas.

Cathrein antes de dar su fundamentación católica del derecho natural, somete en la obra citada a severo análisis tanto la teoría de la escuela histórica como la concepción formalista del derecho natural sustentada por stammler. También en abierta oposición con los positivistas refuta que el estado sea las fuentes de todo el derecho. La concepción del derecho natural también ha sido profundizada por otros autores católicos como el profesor L. Le Fur en su obra- los grands problemas du droit- George Renard, que propicia un derecho natural progresivo. En España puede citarse al neotomista Joaquín Ruiz Giménez, autor de – derecho y vida humana- en la que sin apartarse en lo esencial de la doctrina del maestro, da fresca y brillantes respuestas a temas de nuestro tiempo.

FILOSOFÍA NEOESCOLASTICA O NEOTOMISMO

Luego de santo tomas de Aquino aparecieron otros personajes que profundizaron la filosofía tomista o más bien conocida como la escuela escolástica, acontinuación veremos algunos de ellos:

Fray Francisco de Vitoria; profundizo el análisis del derecho natural aplicándolo especialmente a los problemas internacionales y a los que se plantearon en España a raíz de la conquista de América por lo que recibe la denominación o el nombre de fundador del derecho internacional publico.

Domingo de Soto: intervino en el concilio de Trento y presidio también las juntas de Valladolid que se ocuparon de los problemas de los indios.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Fernando Vázquez de Menchaca; expuso la teoría de la libertad de los mares y defendió en el concilio de Trento los derechos españoles a la conquista de América.

Luis de Molina; jesuita, escribió también un tratado *de justitia et jure* de mucha importancia científica

Fray Francisco Suarez, jesuita, enseñó en varias universidades en España y Portugal. Entre sus obras se destaca *tractatus de legibus as deo legislatore*, es un extenso tratado de filosofía del derecho. Se inspira fundamentalmente en el pensamiento de santo tomas pero les introduce desarrollos y nuevos puntos de vistas de gran interés.

El derecho positivo se divide según suarez en civil y de gentes. Ambos derivan sus primeros principios de la ley natural. Aquel es propio de un reino o de un estado y el segundo es el derecho común a todos los pueblos constituido no solo por el instinto natural sino por el uso de aquellos, este ultimo que hoy llamamos derecho natural.

LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL Y DE GENTES

El protestantismo se inspiró en la filosofía jurídica católica, alterando fundamentalmente sus bases y sus tendencias. El iniciador de esta escuela fue Hugo Grocio, su obra principal fue *de jure belli ac pacis*, en este tratado de derecho internacional grocio se ocupaba de los fundamentos del orden jurídico, que residen en el instinto de sociabilidad que caracteriza a los seres humanos. El derecho esta destinado a hacer posible la convivencia. Sus bases son los preceptos del derecho natural al que define como el dictado de la recta razón que indica que algún acto por su conformidad o disconformidad con esa misma naturaleza racional entraña torpeza o necesidad moral. De esta forma separaba netamente al derecho de la voluntad divina, haciéndolo residir solo en la razón humana. El derecho existirá, dice, aunque no existiera Dios, o no se ocupara de los asuntos humanos.

El conocimiento del derecho natural se obtiene de dos maneras: - la adhesión del orden jurídico a la voluntad creadora de Dios desaparecería, y con ella también la existencia de una ley eterna impresa en la conciencia del hombre. Entonces el derecho natural será solo un producto de la inteligencia emanado de la razón y desarrollado por ella.

Entre los preceptos fundamentales del derecho natural Grocio da relieve a la inviolabilidad de los pactos. Este principio le sirve de base para sostener la legitimidad de los gobiernos y la obligatoriedad del derecho internacional formado por los pactos entre las naciones y por los usos y costumbres comunes que implica un acuerdo tácito entre ellas. Por eso es considerado también como el fundador del derecho internacional.

Continuadores:

Samuel Puffendorf: intento distinguir o diferenciar el derecho natural del derecho positivo y estos de la teología. Analiza detenidamente el estado de naturaleza en el cual se encontraban los hombres antes de celebrar el contrato social, en donde ya existía el derecho natural, mientras que el positivo es obra de la colectividad ya organizada. Hay también derechos innatos del hombre que solo se adquiere en estado natural y en la vida social.

Christian Tomasio: separo el derecho de la teología y de la moral, divide las normas del obrar en tres partes con sus correspondientes ciencias: ética- política – jurisprudencia. Mientras la ética se refiere exclusivamente a la conciencia del sujeto, el derecho regula sus relaciones con los demás. Los derechos morales son propios del fuero interno de cada uno y tienden a procurar la paz del espíritu, los deberes jurídicos, por el contrario dirige los actos exteriores de las personas para asegurar la paz social.

Christian Wolf fue el más famoso y completo expositor de esta escuela. Acentuó la tendencia racionalista imperante, pretendiendo demostrar mediante procedimientos lógicos no solo los principios fundamentales del derecho, sino también sus aplicaciones concretas y aun los conocimientos que solo se adquieren por la experiencia. Este abuso del dogmatismo hizo caer a la escuela del derecho natural y de gentes en un exceso de del intelectualismo contra el cual iban a reaccionar otras corrientes filosóficas.

ESCUELA DEL DERECHO RACIONAL

Kant y el racionalismo jurídico

Fue el primero en formular la teoría del estado de derecho, es un filoso idealista cuyas doctrinas tuvieron inmensa trascendencia en el pensamiento universal. El sistema ético de kant parte de la idea del deber" obra de tal manera para que puedas querer que el motivo que te ha llevado a obrar sea una ley universal". El deber de cada uno no se determina ni por la utilidad del acto ni por el placer que proporciona. Se inspira solo en la conciencia de l propio deber cuyo cumplimiento se impone con absoluta certeza. Por tanto la moral concierne exclusivamente al fuero interno. Un acto es adecuado a la moral cuando tiende a cumplir el imperativo categórico que señala el propio deber y con el único propósito de respetar ese deber. Por su parte el derecho se ocupa de la exteriorización del acto, sin verificar la intención o el motivo que ha impulsado a realizarlo. Por eso solo el derecho es coercible, pues no se puede violentar la conciencia. El derecho es el conjunto de condiciones mediante el cual la voluntad de cada uno puede coexistir con la voluntad de los demás conforme a una ley universal de libertad. La libertad es un derecho natural innato que resume a todos los demás y su respeto es la primera obligación tanto del derecho como del estado.

Kant acentuó el elemento racional de los primeros principios jurídicos siguiendo la idea de la escuela fundada por grocio. El derecho natural es el conjunto de principios universales, absolutos, perfectos e inmutables derivados de la propia razón humana que rigen la conducta del hombre de acuerdo con el imperativo categórico. Frente a él el derecho positivo tiene por fin regular las acciones externas y hacer posible la coexistencia imponiéndose coactivamente en caso necesario.

La escuela del derecho racional se afirmo en Alemania y en Italia durante la primera mitad del siglo XIX, tuvo gran importancia por sus concepciones fundamentales y por el impulso que dio a la ciencia jurídica. Kant sostuvo siempre la existencia de un derecho innato, ideal, superior al positivo y anterior al estado, propio de la naturaleza humana y demostrada por la razón. Por consiguiente, el estado debe garantizar esos derechos y someterse él mismo al orden jurídico.

HISTORICISMO JURÍDICO- ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

El historicismo constituye un fecundo movimiento de ideas que llena buena parte del siglo XIX y tiene expresiones filosóficas, políticas y jurídicas. Tiene como precursores entre otros, a VICO Y MONTESQUIEU

Juan Bautista Vico: desenvuelve sus ideas en dos obras principales: *de universis iuris uno principio et fine uno y principi di una scienza nuova intorno allá comune natura delle nación.*

Después de realizar una síntesis de la escuela sicológica de la humanidad, sostiene la comunidad de la mente de las naciones basada en la uniformidad del espíritu humano. Esto explica las analogías y las semejanzas existentes entre las leyes y las costumbres de los diferentes pueblos

Montesquieu: fundador de la ciencia del derecho constitucional, considerado en algunos aspectos como precursor del historicismo. Es historicista y racionalista a la vez. Concibe la formación natural del derecho que surge de factores naturales como el clima y de las condiciones sociales. Compara las instituciones jurídicas de los diversos pueblos y las ve como producto histórico. Concibe las leyes como las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas.

La escuela histórica del derecho; aparece en Alemania y tiene como fundador a Gustavo Hugo- Jorge Federico Puchta _ y Savigny. Este último es el jefe de la escuela.

La escuela histórica niega la existencia del derecho natural, el derecho se desarrolla y se transforma en el tiempo, es creado como el estado por el espíritu del pueblo. Esta creación se realiza por todo el pueblo si se trata de derecho consuetudinario y por una parte especializado del mismo- los juristas- cuando se trata del derecho científico y técnico. Le derecho nace y se desarrolla espontáneamente como el lenguaje y el arte.

Esta teoría al atacar la tesis iusnaturalista de un derecho universalmente valido determino la idea de un carácter nacional del derecho.

La escuela estudio el derecho romano que le proporciono la visión concreta y entera del desenvolvimiento progresivo del derecho de un pueblo.



Sostiene Savigny que el derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con el pueblo y por último parece cuando el pueblo ha perdido su carácter. En las sociedades más evolucionadas el derecho adquiere un carácter más científico y se convierte en motivo de la competencia de los juristas. Mas el derecho se crea siempre en virtud de la fuerza interna del pueblo, pero nunca en virtud del arbitrio del legislador.

MATERIALISMO HISTÓRICO- ESCUELA ECONÓMICA

Aparece con el advenimiento de la doctrina *materialismo histórico*, expuesta por Carlos Marx y Federico Engels. Las relaciones entre la economía y el derecho han sido expuestas por Marx en su *crítica de la economía política* en los siguientes términos. “en la producción social de su vida, los hombres contraen ciertas relaciones independientes de su voluntad, necesarias, determinadas.”. Estas relaciones de producción corresponden a ciertos grados del desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El modo de producción de la vida material determina, de una manera general, el proceso social, político, intelectual de la vida: no es la conciencia del hombre la que determina la que determina su existencia, sino su existencia social, lo que determina su conciencia. La relación de economía y derecho es así, de causa a efecto. El derecho dentro de la organización capitalista es uno de los medios o instrumentos de que se valen las clases poseedoras de la riqueza para dominar a los trabajadores.

En el manifiesto comunista se expone la lucha de clases como el factor dinámico de la historia, esta teoría tiene como solución final la conquista del poder por la clase trabajadora a fin de lograr la paz social mediante la abolición de las diferencias de clases y a la absorción de los medios de producción por el estado.

El materialismo histórico que pretende explicar todo por los factores económicos ha sido ya superado inclusive por muchos de sus partidarios. Se reconoce solamente su utilidad como hilo conductor para explicar una parte de los hechos de la vida humana. El estado comunista no repudia el poder coercitivo del derecho para imponer sus fines.

Stammler ha realizado una de las críticas más serias a esta doctrina. El derecho no depende de la economía. Al revés, los procesos económicos se realizan dentro de un marco jurídico preestablecido.

Por su parte, Del Vecchio, afirma que no siempre el derecho es una forma que comprenda un contenido económico. La libertad individual del ciudadano, el derecho al sufragio, la libertad de conciencia, son instituciones jurídicas que no tienen contenido económico. Además la noción del derecho según el filósofo italiano es más amplia que la economía, pues envuelve la vida humana en todos sus aspectos y desde el punto de vista ético la economía debe estar subordinada al derecho.

EL POSITIVISMO JURÍDICO

El movimiento filosófico y científico denominado positivismo se desarrolló durante el siglo XIX, culminando a fines del mismo e influyendo en el ámbito del derecho.

El positivismo progresó como consecuencia al empleo de métodos experimentales. Significó una reacción contra el excesivo racionalismo imperante hasta entonces, que había llegado a distanciarse de la realidad en el estudio de la filosofía y de la ciencia. En la filosofía general el típico representante de esta tendencia es Augusto Comte, padre de la sociología, concebida como la ciencia superior y universal de la sociedad humana. Tras las huellas de Comte se forma toda una escuela sociológica que estudia el derecho como un fenómeno de la vida social. Son figuras representativas de esta posición: -Spencer- Durkheim

En el ámbito jurídico el positivismo apareció como una reacción contra la escuela del derecho natural alejada con exceso de la jurisprudencia y del derecho positivo.

El resultado de esta contienda, fue la muerte de la filosofía del derecho y todo el conocimiento jurídico quedaba reducido al positivismo jurídico o derecho positivo actual o histórico.

Bajo la denominación genérica del positivismo jurídico englobamos varias escuelas o doctrinas que tienen de común el considerar a las normas como objeto principal del estudio del jurista, la de dar una primacía casi exclusiva a la ley.

CRITICISMO JURÍDICO

Criticismo logicista:

1) Escuela de Marburgo- Stammler.

Critica de stammler al materialismo histórico

Stammler desarrolló en su libro *economía y derecho según la concepción materialista de la historia*, una doctrina crítica de la tesis central del marxismo que alcanzó gran difusión. La crítica se desarrolla en el plano de la teoría del conocimiento. Según la teoría marxista, habría entre economía y derecho una relación del tipo causa – efecto. Sostiene que la verdadera relación no es esa, sino la de materia a forma: el derecho es la forma que funciona como condición de posibilidad de la materia económica, ya que resulta evidente que cualquier fenómeno económico, solo es concebible gracias a una forma o armazón jurídica determinada. La relación es de subordinación lógica y no de dependencia causal. Los fenómenos económicos no pueden tocarse, ni verse, ni olerse, ni palparse. Toda la consideración de la economía social se encuentra bajo la condición lógica de un orden jurídico.

La crítica formulada por Stammler a la escuela del materialismo histórico, aunque sea válida en el plano de la teoría del conocimiento, no afecta a esta teoría en cuanto tentativa de explicación causal de los hechos históricos- sociales. Había distinguido entre el problema genético y el sistemático, incurre aquí en una lamentable confusión entre ambos problemas.

ESCUELA DE VIENA- KELSEN: Kelsen comienza distinguiendo radicalmente el mundo del ser y el del deber ser. La naturaleza corresponde al primero y, el derecho, en tanto que sistema normativo, corresponde al segundo. Con este punto de partida, sostiene que en la ciencia dogmática del derecho, tal como la practican los juristas, hay una gran interferencia de elementos sociológicos, políticos, morales, etcétera, que perturba su verdadero carácter.

Considera entonces necesario liberar la ciencia dogmática de esos elementos espurios y de ahí su postulado de la pureza metódica, que es el carácter más fundamental de su teoría.

Esta depuración metódica debe hacerse en dos sentidos: 1) liberarla de toda influencia sociológica, puesto que al jurista stricto sensu no le interesa la explicación causal de las instituciones jurídicas. Esto sin negar que la investigación sociológica del derecho sea útil y legítima, porque lo que quiere decirse es que son dos ciencias autónomas; 2) liberarla de toda interferencia de otras disciplinas como la ética, la política, la religión. En efecto, estas ciencias, igual que la ciencia dogmática, son normativas porque estudian normas, pero hacen referencia a una serie de elementos valorativos y finalistas que deben quedar fuera de la órbita de la ciencia dogmática.

Con esta pureza metódica Kelsen ha analizado una gran cantidad de problemas jurídicos, entre los cuales se destacan los siguientes:

1) teoría de la norma jurídica: sostiene que la norma, desde el punto de vista lógico, es un juicio hipotético.

2) teoría del ordenamiento jurídico: Ha demostrado en forma indubitable que el orden jurídico es un todo y que, por lo tanto, nunca un caso se resuelve por una sola norma. Asimismo, Kelsen ha aclarado la estructura escalonada del ordenamiento jurídico, lo que permite comprender el fundamento de validez de las normas respectivas, el carácter correlativo de la aplicación y creación de las normas jurídicas, con sus proyecciones en el problema de la interpretación del derecho; etcétera.

3) el derecho subjetivo no es algo totalmente distinto del objetivo.

4) teoría formalista de la persona.



5) teoría de la identidad entre el estado y el derecho.

6) teoría particular de la distinción 7) elimina el dualismo entre derecho estatal o interno y derecho internacional.

"No son dos sistemas jurídicos independientes ni contrapuestos, sino un único sistema universal unitario.

Donde radica el centro de este sistema, no es cosa que corresponda determinar a la lógica jurídica: esta sólo exige la unidad lógica de la construcción. En cambio, salvando este postulado, cabe afirmar que el derecho internacional deriva su validez de la constitución del estado y cabe afirmar lo contrario; es asunto de ideología política decidirse por la primacía del derecho interno o por la del derecho internacional y, por tanto, el jurista, según su particulares preferencias, puede optar entre una construcción imperialista o una construcción internacionalista. Solo la construcción dualista es lógicamente insostenible".

CRITICISMO ETICISTA ESCUELA DE BADEN (VALORES ABSOLUTOS)

El criticismo logicista (escuela de marburgo) aplicaba al derecho el mismo método, o si se quiere, la misma estructura lógica que Kant había formulado para fundamentar las ciencias naturales. La escuela de Baden (eticista) inicia una superación del formalismo Stammleriano. Entre sus representantes cabe citar a Windelband (1848-1915) y Rickert (1863-1936) en la filosofía general, y a Emil Lask (1875-1915), en la filosofía del derecho, siendo éste último el que aplica la teoría de los valores al campo jurídico. Esta escuela comienza a distinguir un grupo de ciencias que Rickert llamó culturales, porque su objeto es la cultura. Al perfilar así un objeto propio, distinto del de las ciencias naturales y que requería por lo tanto un método propio, contribuyeron a fundamentar la autonomía de las ciencias culturales. Aunque no pertenezca a esta escuela, cabe recordar aquí el aporte de Wilhelm Dilthey (1833-1911) que fue el primero en establecer que el método por el cual conocemos la cultura, es el de la comprensión (su lema fue: explicamos la naturaleza; comprendemos la cultura). Rickert decía que la cultura "es la realización histórica de los valores" y, en cuanto a estos últimos, sostuvo la existencia de valores de validez universal o absoluta.

EL RELATIVISMO – RADBRUCH

La filosofía de los valores inspira la obra de Gustavo Radbruch. Para él entre el mundo de los valores y de la naturaleza se encuentra el mundo de la cultura. El derecho es un fenómeno cultural, es decir una conducta que relaciona hechos a valores. La filosofía del derecho trata del valor del derecho, la justicia que es un fin supremo. El concepto de derecho expresa Radbruch, es un concepto cultural, o lo que es lo mismo el concepto de una realidad referida a valores, una realidad cuyo sentido consiste en estar al servicio de los valores. El derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea del derecho.

En la filosofía de los valores las metas supremas son la libertad a las que corresponden las ideas políticas del personalismo e individualismo; la nación a la que corresponden las ideas del supraindividualismo y la cultura a la que corresponden los valores transpersonales.

Determinar a que ideal se ha de servir no es labor científica. Ello depende de la concepción del mundo y de la vida que tenga el individuo. Tampoco se puede demostrar científicamente cual es la concepción más acertada. La filosofía del relativismo se limita a proporcionar de un modo exhaustivo todas las posiciones posibles, pero abandona su propia toma de posición a una decisión brotada de las profundidades de la personalidad, en todo caso, no de su arbitrio sino de su conciencia.

LA FILOSOFÍA FENOMENOLÓGICA

La fenomenología jurídica:

La fenomenología es una doctrina filosófica instaurada por Edmundo Husserl, sostiene la posibilidad de conocimiento sobre la esencia de las cosas. Esas esencias no son categóricas formales de la mente, como en la filosofía kantiana, sino objetivas-objetos ideales, independientes de los actos del sujeto. Son un mundo nuevo de objetos que existen fuera de nuestra conciencia; los números, las leyes matemáticas, los principios lógicos, las categorías, etc. Las esencias se convierten así en objetos de la experiencia. Su conocimiento se realiza por el método eidético, captadas por una especie de intuición que revela de manera apriorística contenidos y sentidos.

Adolfo Reinach, discípulo de Husserl, ha hecho en su obra los fundamentos apriorísticos del derecho civil, una aplicación de la filosofía fenomenológica al campo jurídico. Las formaciones jurídicas, los productos conceptuales que se designan como jurídicos, tienen un ser objetivo y una esencia independiente como las casas y los árboles con las que pueden no coincidir las realizaciones del legislador. A diferencia de la teoría de Kant, el concepto del derecho no es una forma de nuestra mente sino un objeto ideal, existente fuera de aquella. Reinach se propuso establecer para el pensamiento jurídico leyes a priori independiente de toda teoría general de los derechos positivos y también desvinculados de las exigencias de la justicia.

Para la fenomenología jurídica el concepto del derecho no es una forma de nuestra mente que ordena al caos de los datos empíricos de lo jurídico, sino un objeto ideal, trascendente al individuo con estructura y consistencia en sí mismo. Y las formas jurídicas fundamentales constituyen también objeto y esencia ideales que aparecen necesariamente en toda manifestación jurídica.

LA TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO

La teoría egológica creada por Carlos Cossio es una filosofía de la ciencia jurídica que viene exponiendo y desarrollando progresivamente desde 1914.

Destaca el carácter de filosofía científica de sus doctrinas, pues no admite una filosofía jurídica divorciada de la ciencia positiva del derecho. La teoría egológica afirma, es un nuevo punto de vista analítico para investigar, para enseñar y para manejar en el derecho. Es así como la aplica a los problemas concretos, como los de la interpretación de la ley por los jueces.

La filosofía fenomenológica de Husserl y la existencialista de Heidegger, así como las ideas jurídicas de Kelsen inspiran el pensamiento de Cossio.

Cossio divide los objetos culturales en mundanales que son producto de la actividad del hombre (una estatua, una herramienta) y en objetos egológicos que son las acciones humanas. El derecho vive en el mundo de los objetos egológicos y no es sino la conducta humana, esta última no como destino del derecho sino como sustratum del mismo. No es que el derecho incida sobre la conducta en relación finalista, como lo miraba la concepción tradicional sino que es la conducta misma.

El objeto de la ciencia jurídica es así la vida humana en su libertad. El deber ser jurídico no es una mera categoría mental, sino un deber ser existencial.

El acto jurídico no solo puede ser captado desde afuera como conducta intersubjetiva, sino también desde adentro del mismo, es decir, en posición axiológica, de valoración de la conducta, que nos lleva a ver en esta justicia o injusticia, orden o desorden, poder o anarquía.

La norma es solo un concepto que mienta una conducta. La teoría egológica sostiene que no se interpreta la norma jurídica, sino la conducta humana en interferencia intersubjetiva mediante la norma. El jurista comprende los actos humanos mediante la comprensión conceptualmente emocional. Esta operación se realiza dentro de las leyes de la



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

lógica jurídica. Los valores de conductas son inmanentes a la libertad. Son valores jurídicos los que tienen estructura de alteridad, y además de la justicia, son tales, el orden, la seguridad, el poder, la paz, la cooperación y la solidaridad. Cossio disuelve las distinciones clásicas entre justicia conmutativa, distributiva y social, para llegar a una concepción unitaria. Toda justicia es social, es decir, justicia de coexistencia. Y son fundamentos de la justicia: la libertad, la creación, y la razón.

TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO; Las teorías del derecho son muchas, sin embargo algunas son más conocidas que otras, por lo cual es necesario el estudio de la teoría tridimensional del derecho. Conforme a esta teoría el derecho no sólo se encuentra formado por normas sino que además lo conforman: los valores y la conducta humana, es decir, para la teoría tridimensional del derecho el derecho se conforma de: conducta humana, valores y normas jurídicas. Dicha teoría refiere que debe existir una relación entre conducta, norma jurídica y Valores. Al hacer referencia a la creación y aplicación de la norma respecto a la Teoría Tridimensional del Derecho, debemos tener en cuenta los valores que imperan dentro de un contexto social, ya que estos deben ser tomados en cuenta.

Así por ejemplo, cuando un juez analiza un caso de dos parejas de casados en la cuál uno de ellos (en cada pareja) denuncia a su pareja por injuria grave. Los casos deberían tener la misma aplicación, pero según esta teoría hay que analizar cada caso como veremos a continuación:

Sucede que la primera pareja proviene de la clase social "D" y que ambos cónyuges desde su infancia tuvieron una tendencia al maltrato verbal. En este caso no sería tan grave dicha injuria, por estar supeditados a su realidad. Es decir que como ambos viven dentro de una realidad donde esto es casi común entonces no sería de tanta gravedad la conducta del cónyuge demandado.

La figura cambia al presentar una segunda pareja que proviene de la clase social "A", quienes además de tener estudios su entorno social va a ser de mucha alcurnia. En este caso la conducta del demandado por injuria grave sí sería tomada como tal ya que al no ser usual esta conducta va a determinar una mayor afectación a la parte demandante.

UNIDAD XV

FUENTES DEL DERECHO

FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL-aclaraciones previas

Aclaraciones previas. Conviene advertir que al hablar de "fuentes del derecho", se hace referencia al único derecho que existe, es decir, al derecho positivo; en consecuencia, vamos a estudiar las fuentes del derecho positivo.

Con esta aclaración y recordando lo que debe entenderse por derecho, así a secas, me parece superfluo hablar de "fuentes del derecho objetivo". Por otra parte, esto puede conducirnos a pensar que el problema se bifurca en las fuentes del derecho objetivo y del subjetivo, lo que no es exacto, pues este último es un problema de esencia diversa del que aquí nos interesa.

Acepciones de la expresión "fuentes del derecho". Pues bien, esta expresión se emplea para designar:

Las llamadas más propiamente fuentes de conocimiento o

Históricas: son los documentos (inscripciones, papiros, libros, colecciones legislativas, etc.), que contienen el texto de una ley o conjunto de leyes. Por ejemplo: las Institutas, el Digesto, etcétera, son fuentes de conocimiento del Derecho Romano.

Designando las fuentes de producción: algunos autores emplean esta expresión para establecer una diferencia con las fuentes de conocimiento y enumeran como tales algunas; otros no lo hacen, por entender que se agrupan bajo esta denominación una serie de cuestiones heterogéneas.

Desde un punto de vista general y filosófico: puede afirmarse que la fuente primaria e inagotable, la fuente de las fuentes del derecho, es el espíritu humano. Ello se explica porque el derecho es un objeto cultural, es decir, una obra del hombre.

Para designar a la autoridad creadora del derecho: se dice que el Congreso es la fuente de las leyes; el poder constituyente de la constitución; etcétera.

El acto creador del derecho. En este sentido se habla de costumbre, en tanto que hecho social, del acto legislativo, etc. Como Fuentes del derecho.

Con referencia a la fuente del contenido de las normas; Son

Llamadas fuentes materiales o reales, que pueden ser definidas como factores y elementos que determinan o al menos condicionan el contenido de tales normas. Estos factores son las necesidades o problemas culturales, económicos, gremiales, etc.), que el legislador tiende a resolver y, además, las finalidades o valores que el legislador quiere realizar en el medio social para el que legisla.

Cabe hacer notar que también influye el factor subjetivo, es decir, la personalidad misma del legislador o los legisladores, conformada —entre otros elementos— por el sentimiento jurídico. Esta fuente material contribuye no sólo a conformar el contenido de la legislación, sino también de la jurisprudencia, pues como dice Legaz y Lacambra "el sentimiento jurídico se hace más patente en los grados inferiores de la escala jurídica que en los superiores, porque estos, referidos a la generalidad de los casos, requieren una formalización más abstracta y racionalista que la decisión individual, más en contacto con la intuición y el sentimiento".

En el sentido de fuentes formales, es decir, con referencia a las distintas maneras de manifestarse las normas jurídicas (ley, jurisprudencia, contratos, etc.), García Maynez explica gráficamente la relación entre las fuentes materiales y las formales diciendo que éstas constituyen el cauce o canal por donde corren y se manifiestan aquéllas.

Desde un punto de vista predominantemente sociológico, Georges Gurvitch ha formulado su "teoría pluralista de las fuentes del derecho". Llega a distinguir este autor no menos de diez fuentes diversas:

Costumbre, estatuto autónomo, ley estatal y decreto administrativo, práctica de los tribunales, práctica de otros organismos que no sean los tribunales, doctrina, convenciones, declaraciones sociales (programas, promesas), etcétera. Este agrupamiento de fuentes, no reviste mayor importancia, carece de un riguroso criterio científico, pues agrupa fuentes materiales, formales, etcétera, que son cosas distintas.

Se habla también de fuentes de derecho, para referirse a lo que con más propiedad debe llamarse fuente de validez. No obstante ello, como también se dice que la fuente de validez del derecho, es la voluntad del Estado. Si se identifica el Estado y el derecho, siguiendo la tesis kelseniana, no hay inconveniente alguno y la fuente de validez de cualquier norma jurídica, será siempre una norma jerárquicamente superior. Por su parte, si se distinguen ambos conceptos. El resultado será el mismo; en efecto, al decirse que la fuente de validez del derecho es la voluntad del Estado, quiere significarse que no hay norma que sea propiamente jurídica, si el Estado no la autoriza en una u otra forma. Pero como la voluntad del Estado, se concreta a través del derecho, resulta que nos encontramos con el mismo problema anterior, aunque se lo llame de distinta manera.

En conclusión, no hay duda de que el problema de la fuente de validez y el de las fuentes formales del derecho, son distintos: prueba de esto es que respecto de cualquier fuente formal —una ley por ej: cabe preguntarse por su fuente de validez.

FUENTES ORIGINARIAS Y DERIVADAS: Con esta aclaración y atendiendo a que las normas se dicten o no apoyándose en normas anteriores, se distingue:



a) Fuentes derivadas:

- La ley, empleada aquí la expresión en sentido amplio por lo menos en principio; y
- La jurisprudencia, en cuanto surge dentro del marco más o menos amplio de la ley.

b) Fuentes originarias:

- La costumbre jurídica, pues surge espontáneamente de la convivencia social.
- La justicia y la equidad, citadas por algunos, porque ninguna ley dice en qué consisten ambas (aquí se hace referencia a una fuente material).
- La conquista. Por ejemplo, la fuente originaria del derecho indiano, fue, en este sentido, la conquista de América por los españoles.
- La ocupación originaria. Por ejemplo, el establecimiento de colonias en lugares deshabitados y, por lo tanto, carentes de derecho. Es celebre al respecto el caso de la colonia Pitcairn, constituida en esa isla polinesica, por unos marinos ingleses amotinados, en 1790.
- La revolución, pues —como dice Cossio— produce la ruptura de la lógica de los antecedentes, implicando una norma fundamental en sentido kelseniano, que da validez a todo el nuevo derecho, aunque siga en vigencia gran parte del anterior. Prácticamente, casi todos los regímenes jurídicos de la actualidad, han surgido de revoluciones.

FUENTES FORMALES DEL DERECHO (EN GENERAL)

Aclaraciones previas. El derecho positivo es un sistema de normas que reconocen orígenes distintos. En efecto, unas son dictadas por el legislador (leyes); otras por el juez (sentencias); otras, en fin, surgen directamente de la convivencia social (normas consuetudinarias); etcétera.

Comúnmente se dice que las fuentes formales del derecho son: 1) la ley (en el sentido amplio de norma legislada); 2) la costumbre jurídica. Al respecto debo aclarar que se habla de costumbre jurídica por la fuerza de la tradición, pero en realidad, la fuente formal es la norma jurídica consuetudinaria, es decir, la norma jurídica implicada en toda verdadera costumbre jurídica, la jurisprudencia entendida aquí la expresión como el conjunto de sentencias de los jueces o tribunales. Algunos autores enumeran la doctrina como fuente formal, pero, por mi parte, considero que se trata de un error, porque la doctrina (entendida como las Soluciones elaboradas por los estudiosos del derecho, sea para resolver un caso, sea un proyecto de ley, etc.), no es una modalidad del derecho positivo, es decir, no es fuente formal, sino fuente material y, en tal carácter podrá por ejemplo, inspirar el fallo de un juez, una ley del Congreso, etcétera.

Desde el punto de vista lógico, todas las normas son exactamente iguales, puesto que todas son juicios del deber ser, no ocurre lo mismo desde un punto de vista jurídico-positivo en efecto, en este terreno la cuestión ya cambia, e interesa distinguirlas por la distinta importancia que pueden tener en un régimen jurídico determinado, sea en general, o con relación a alguna rama jurídica en especial.

La distinción de las normas jurídicas en leyes, costumbres, etcétera, nos conduce a la siguiente pregunta: ¿cuál es el criterio discriminatorio de esta clasificación? Evidentemente es el origen o fuente (empleada más bien aquí la expresión en el sentido de órgano productor) de que cada una fluye, porque si en lugar de ello, enfocáramos, por ejemplo, el contenido, tendríamos que hablar de normas penales, comerciales, del trabajo, etcétera.

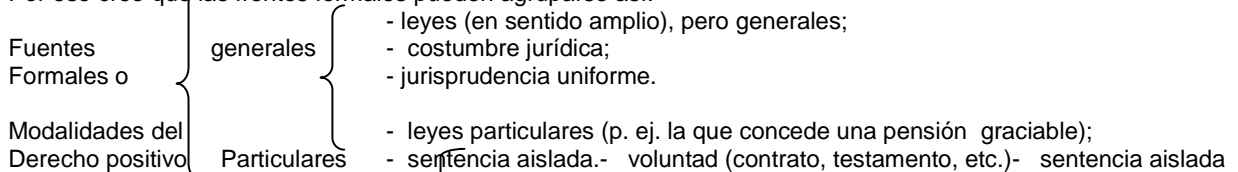
Concepto.--- Son los distintos modos de manifestación del derecho positivo, o si se quiere, de las normas jurídicas enfocadas con relación a su origen

Por lo tanto, estudiar las llamadas fuentes formales de las normas jurídicas, estudiar las normas jurídicas con referencia a su origen o fuente, y no las fuentes de donde ellas surgen (como sería r ej., el Parlamento, en el caso de la ley); más sencillamente y aunque parezca extraño, el estudio de las “fuentes” del derecho es el estudio del derecho mismo en relación a sus fuentes y no el estudio de las fuentes en sí mismas. En consecuencia, me parece que sería más aceptable la expresión “manifestación o modalidades; del derecho positivo”; de este modo, la terminología, además de reflejar cabalmente su significado, guardaría uniformidad con lo que se llama manifestaciones del derecho subjetivo o facultad jurídica.

Legaz y Lacambra, dicen que las fuentes formales son los “actos de creación del derecho”, o más detalladamente aún, como dice el autor citado, “todo acto de creación jurídica constatable de modo indubitable en la experiencia histórica del Derecho, por medio del cual una intuición o un pensamiento jurídico es transmutado en norma de derecho, o por el que una cierta realidad vital-social se convierte en realidad jurídica”

Enumeración y Clasificación--- Al enumerarse las distintas fuentes del derecho positivo (es decir, sus modalidades), se citan la ley, la jurisprudencia y la costumbre jurídica. Estas son las que se citan en general. Pero, ¿y el contrato?, ¿no es acaso derecho positivo?, evidentemente sí, aunque con la particularidad de que rige para un número limitado de personas, que pueden ser dos como mínimo. Lo mismo podría decirse del testamento, etcétera, aunque por supuesto, me refiero a los testamentos y contratos de la vida jurídica y no al régimen legal de ambos, que queda comprendido en la ley.

Por eso creo que las fuentes formales pueden agruparse así:



De esta manera se ve más claro que los autores, al hablar de fuentes formales del derecho positivo, se refieren en realidad a las modalidades generales, sin hacer mención de las particulares. A mi entender, se trata de un enfoque incompleto del problema, pues deja fuera de consideración una gran parte del derecho positivo.

JERARQUÍA DE LAS DIVERSAS FUENTES FORMALES EN LOS DOS SISTEMAS JURÍDICOS DEL MUNDO

Aclaraciones previas. Pasando ahora del plano filosófico al de la Historia Jurídica y de la Teoría General del Derecho, conviene hacer una breve referencia sobre el tema del epígrafe, antes de comenzar el estudio de las fuentes formales en particular (ley, costumbre, etc.).

Jerarquía d las fuentes formales a través de la historia: El respectivo orden de prelación ha evolucionado en general de la siguiente manera:

- 1) La primera fuente formal ha sido la costumbre jurídica; en efecto, tal es lo que sucedió en los pueblos primitivos, en los que la costumbre jurídica fue la única fuente del derecho.
- 2) Luego aparece la jurisprudencia interpretativa de las citadas costumbres primigenias. Dicha jurisprudencia comenzó a surgir en los casos de conflicto, es decir, cuando se planteaba el problema de saber cuál era la costumbre que debía ser respetada, sus alcances, etcétera. En tales situaciones la respectiva comunidad empezó a realizar dicha tarea, a través de los órganos competentes que comenzaron a formarse, es decir, de los primeros jueces. Así comenzó pues, la coexistencia de ambas fuentes formales.
- 3) Más adelante surgió la ley que, si bien al principio tuvo un papel subordinado a la costumbre jurídica, posteriormente y en un lento proceso que duró varios siglos, alcanzó en algunos países la jerarquía de fuente más importante, relegando la costumbre aun segundo lugar. Pero esto no ocurrió de igual manera en todas partes (p. ej., Inglaterra), y es precisamente esta diferencia en los distintos procesos evolutivos, lo que llevó a configurar los dos sistemas jurídicos que actualmente hallamos en el mundo civilizado.

Con la evolución referida hemos llegado a la coexistencia de las tres fuentes formales, pero resultará útil tener presente que la jurisprudencia debió ampliar SU alcance a la interpretación de las leyes dictadas, o mejor aún, de todas las normas jurídicas en caso de conflicto; en efecto, llegó un momento en que debió interpretar hasta las propias normas jurisprudenciales anteriores, para decidir en algunas situaciones sobre la procedencia o improcedencia de su aplicación a los nuevos casos semejantes que se iban planteando, como se apreciará mejor cuando estudiemos esta fuente formal.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Jerarquía de las diversas fuentes en los tres sistemas jurídicos del mundo. — Estos últimos y ya en el ámbito de la Teoría General del Derecho— son los siguientes:

El llamado sistema continental (europeo, se sobrentiende), de origen romano, cuyo carácter destacado consiste en que la ley es la fuente más importante del derecho, como sucede por ejemplo en nuestro país. Para comprender el origen y conformación de este sistema, resulta ineludible estudiar la historia del Derecho Romano, pero en cuanto a la denominación de sistema continental, se debe al lugar donde comenzó a regir y rige actualmente, sin perjuicio de que además permite diferenciarlo del otro sistema jurídico (el common law) que por haber nacido en las islas británicas, es también llamado sistema insular.

El common law o sistema anglosajón, en el que la jurisprudencia es, en general, la fuente más importante del derecho. Para evitar cualquier malentendido, cabe aclarar que en el ámbito anglo-estadounidense, el vocablo jurisprudencia es usado para designar a la Ciencia del Derecho; en cambio, denominan precedentes judiciales a esa fuente formal que nosotros llamamos jurisprudencia.

UNIDAD XVI

FUENTE DEL DERECHO EN PARTICULAR: LA LEY

LA LEY. CONCEPTOS Y CARACTERES

La palabra ley se utiliza desde el punto de vista científico en diversos sentidos que conviene recordar:

Si bien se refiere a las leyes naturales, propias del mundo físico, y entonces expresa las relaciones de causalidad que regulan los fenómenos estudiados por las ciencias de la naturaleza.

O bien significan las leyes imperativas que regulan las actividades del hombre, y así se habla de las leyes morales, de las leyes del arte o de las leyes del derecho. Pero en este sentido estas leyes se llaman con mayor propiedad, normas éticas o reglas técnicas, según su naturaleza y aplicación.

Las leyes físicas no son reglas imperativas sino enunciativas, que traducen en una fórmula genérica lo que necesariamente ocurre en el reino de la naturaleza, ajeno a toda disposición humana. Pertenecen por lo tanto al mundo del ser.

Las leyes que se imponen al libre albedrío de los hombres, tratan en cambio, de indicar lo que debe ser, en que forma deben obrar para conseguir los resultados a que aspiran (reglas técnicas) o para que su conducta sea recta (normas éticas). Entre estas últimas se destacan también las normas jurídicas y su fuente principal se llama también ley en sentido estricto.

Esta palabra tiene así en el vocabulario jurídico un significado más limitado y a la vez más preciso que en el usual: es una de las fuentes del derecho y por lo tanto el más importante en que se manifiestan las normas que regulan con carácter obligatorio la convivencia humana. El término sugiere la idea de un orden, de una imposición, de un precepto establecido para orientar y dirigir la actividad de los hombres en la vida social. Sugiere la existencia de una autoridad competente que la ha sancionado, es decir, el legislador. De ahí provienen dos sentidos diferentes que el vocablo adquiere en el derecho, los cuales hacen referencia directa al contenido y al origen de las leyes:

Un sentido material o substancial: que señala el contenido de la palabra y la caracteriza como una norma general, abstracta y permanente, destinada a regular obligatoriamente un número indefinido de casos. Son las leyes constitucionales, decretos, reglamentos, etc.

Un sentido formal; que se refiere exclusivamente al origen de la ley: desde este punto de vista solo son leyes las disposiciones obligatorias que emanan del órgano legislativo del estado.

Una correcta definición de ley será, por consiguiente, incluir en el concepto ambos puntos de vista, pues los dos participan del carácter de fuente del derecho.

Aclaraciones previas. En la actualidad, el término “ley” es empleado prácticamente en todos los campos científicos; prueba de ello es que se habla no sólo de leyes jurídicas, sino también morales, económicas políticas, naturales, sociológicas, etcétera. Pero en su origen, la palabra ley perteneció al campo jurídico, como se comprobará al estudiarse la etimología. De allí pasó a las ciencias naturales y, después, sobre todo por obra del positivismo, a las ciencias culturales.

ETIMOLOGIA DE LA LEY

La palabra ley, deriva del latín *lex, legis* que a su vez procede del verbo *lego, legere*, y significa leer. Dicha etimología es la más lógica, por cuanto hace alusión a la característica de ser de la ley una norma escrita, legible en contraposición a la costumbre o al derecho consuetudinario.

CONCEPTO: En términos generales, ley es la expresión de las relaciones existentes entre hechos o grupos de hechos. En efecto, una ley física como al que dice: ‘el calor dilata los metales’, significa que, dado el hecho del calor aplicado a un metal, se producirá otro hecho: la dilatación del metal. Lo mismo ocurre con la ley jurídica (aunque la relación sea de otro tipo) y, así por ejemplo, la norma que incrimina el hurto. Dice que dado el hecho de un hurto, deberá tener lugar otro hecho: la sanción. Correspondiente

La ley en sentido general es la Regla y normas constantes e invariable de las cosas

En el sentido jurídico, la palabra ley, es la norma escrita general, obligatoria y estable que emana del poder público por motivo de interés general y en beneficio de la convivencia social.

En los términos enunciados quedan comprendidas como obras de la autoridad pública: la constitución o leyes fundamentales del estado, las leyes del poder legislativo, los decretos, reglamentos, ordenanzas, etc.

La legislación es la fuente fundamental para la creación de las normas jurídicas generales, pues, la elaboración jurisprudencial está limitada exclusivamente a las normas individualizadas.

CLASIFICACIÓN GENERAL DE LAS LEYES

LEYES NATURALES: son las expresiones de las relaciones necesarias (causalidad) en que se encuentran los fenómenos naturales. Según la clásica definición de Montesquieu “son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas”. Concebimos la naturaleza de tal modo que aceptamos la uniformidad constante de su transcurrir; en circunstancias iguales, a determinado fenómeno debe seguir necesariamente otro fenómeno también determinado: es lo que se expresa con la noción de causa y efecto.

LEYES SOCIOLOGICAS*: la conducta humana no es como los fenómenos naturales absolutamente previsibles, ya que a la uniformidad constante de la naturaleza, a su determinismo, se opone la libre decisión del hombre. Los hombres se comportan de una forma llamativamente semejante ante condiciones idénticas. Se llega así al establecimiento de leyes de probabilidad para el caso determinado, pero absolutamente exactas para el conjunto de casos, leyes cuya descripción más exacta es la estadística, pero que pueden formularse sintéticamente como los naturales. Ej. El precio está en razón inversa a la oferta y en razón directa de la demanda, o que la natalidad de las grandes ciudades es superior a las poblaciones inferiores. Indica la probabilidad de que algo es o será.

LEYES DE CONDUCTA O NORMA*: estas leyes mejor denominadas normas, no expresan como en el caso primero, que algo necesariamente es o será, ni expresa como en el caso segundo que algo probablemente es o será, sino que algo debe ser. El ligamen al que alude la ley no se encuentra en el plano del ser sino, sino en el plano del deber ser. Es notorio que solo la conducta humana en su conducta de libertad puede ser objeto de normación y que no tiene sentido predicar un deber ser de los fenómenos de la naturaleza.

Ley es, para la ciencia jurídica, la norma jurídica general en cuanto originada en la legislación y de aquí que los autores suelen emplear por brevedad, la palabra ley para designar, tanto las normas como a la fuente de la que emerge, es decir, la legislación.

Diferencia entre las normas y las leyes sociológicas. A lo ya dicho sobre este punto debemos agregar otros elementos de juicio para diferenciarlas mejor.

Las leyes sociológicas, igual que las normas, se refieren a la actividad del hombre, es decir, a la conducta humana. Interesa entonces distinguir los diferentes ángulos desde los que ambas la enfocan:



Las leyes sociológicas —y por lo tanto la Sociología— enfocan la conducta humana como un hecho condicionado por ciertas motivaciones, es decir, enfocan la conducta en tanto ser (con la lógica del ser). Este enfoque reviste singular importancia, puesto que trata de explicar la conducta de los hombres; en efecto, si bien en toda conducta humana juega en mayor o menor grado la libertad, es obvio que todo hombre actúa condicionado por una serie de factores (económicos, culturales, intelectuales, morales, sentimentales, etc.) y, desde este punto de vista, su conducta es entonces un “efecto” de esos factores que obran como “causas”.

Las normas, entre ellas las jurídicas, encaran la conducta desde otro punto de vista: el de la libertad, es decir, la conducta en tanto deber ser.

En efecto, frente a cualquier situación de la vida el hombre tiene para decidirse una opción entre dos acciones por lo menos (p. ej.: hago tal cosa o no la hago; pago el impuesto o no lo pago; etc.) y esto es cierto—al menos en principio— aun en casos extremos, puesto que hasta el asaltado a quien le dicen ¡la bolsa o la vida!, poniéndole un revólver al pecho, puede preferir luchar y eventualmente morir, antes que entregar la “bolsa”.

Las normas encasan entonces la conducta en tanto deber ser, o si se quiere, en tanto libertad y prueba de ello es que prevén su posible violación, mediante las sanciones correspondientes. El distinto enfoque se explica, si se considera que las leyes sociológicas tienden a explicarla conducta humana, mientras que las normas—entre ellas las jurídicas— tienden a dirigirla o encauzarla.

LA LEY JURÍDICA

NOCIONES GENERALES

Concepto.— La palabra ley es empleada en tres sentidos fundamentales:

Sentido restringido o técnico-jurídico: son las normas jurídicas emanadas del Poder Legislativo con el carácter de leyes. Digo esto último, porque como se trata de un concepto contingente, habría que atender al respectivo derecho (en nuestro país, especialmente a lo dispuesto por la Constitución Nacional), para saber qué requisitos deben llenar tales normas para valer como leyes.

Dentro del régimen institucional de separación de poderes —propio de los Estados constitucionales— la función legislativa es propia del Poder Legislativo.

En nuestro país, las leyes stricto sensu, pueden ser: nacionales, provinciales o porteñas, según emanen del Congreso Nacional, de las legislaturas provinciales, o bien de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires.

Sentido amplio (que es el empleado corrientemente en filosofía del derecho): designa todo el derecho legislado (o escrito); en otros términos, ley en sentido amplio, es toda norma jurídica instituida deliberada y conscientemente, por órganos que tengan potestad legislativa. Expliquemos esto brevemente.

—Norma jurídica: tiene por lo tanto los caracteres de toda norma jurídica

— Establecida en forma deliberada y consciente: la ley es una norma esencialmente reflexiva y técnica, lo que la diferencia de la norma consuetudinaria que surge en forma espontánea de la vida social.

— Por órganos con potestad legislativa, que representan a la comunidad políticamente organizada; por lo tanto, esta acepción no abarca a la jurisprudencia en sentido amplio puesto que si bien constituye en esencia una norma elaborada en forma reflexiva, no ha sido establecida por órganos con potestad legislativa, pues los jueces —y por ende el Poder Judicial— carecen de ella.

A este sentido se hace referencia cuando se habla de la ley como fuente formal o modalidad del derecho positivo.

Comprende pues, no sólo la ley en sentido estricto, sino también la Constitución (o leyes constitucionales donde las hay), los decretos del Poder Ejecutivo, las ordenanzas municipales, los edictos policiales, ciertas resoluciones administrativas del Poder Judicial, puesto que en este caso actúa en uso de facultades legislativas y no propiamente jurisdiccionales, etcétera.

Sentido amplísimo: designa toda norma jurídica establecida en forma deliberada y consciente. La palabra ley es usada con esta extensión, cuando se opone ley a costumbre, o bien, cuando con palabras equivalentes, se opone derecho legislado a derecho consuetudinario, o derecho escrito a derecho no escrito. Esta distinción bipartita es tradicional, como que viene del Derecho Romano y, según Savigny, se hablaba en Roma de jus scriptum y jus non scriptum, incluyéndose en el primero el edicto del pretor, aunque se fundase en la costumbre; en efecto, al adoptar el pretor el derecho consuetudinario, lo recomponía y le confería un carácter de certidumbre que para la práctica, le daba el aspecto de un derecho nuevo (escrito)

Algunos autores emplean el vocablo ley, como sinónimo de norma jurídica, comprendiendo entonces en esa denominación, las normas consuetudinarias

CONCEPTO

En el sentido jurídico de la palabra ley, es la norma escrita general, obligatoria y estable que emana del poder público por motivo de interés general y en beneficio de la colectividad social.

La legislación es la fuente fundamental para la creación de las normas jurídicas generales, pues, la elaboración jurisprudencial está limitada exclusivamente a las normas individualizadas.

La ley es la norma general establecida mediante la legislación. Y la legislación es el establecimiento de las normas generales por un órgano de la comunidad autorizado para el efecto (el legislador) en forma deliberada, reflexiva y consciente, es decir, por medio de palabras en forma escrita.

La ley es la norma general establecida mediante la palabra por el órgano competente. Nuestra definición consta de cuatro elementos: - norma general- establecida- mediante la palabra- por el legislador- si cualquiera de ellos falta no existe en verdad una ley.

La ley es ante todo una norma jurídica, y participa de todas las características de estas. Constituye un precepto, una orden o una prescripción que impone la necesidad de cumplir ciertos actos o de abstenerse de otros en vista del fin que se persigue. Pero todo ordenamiento deriva de la razón, y en este caso de la razón práctica, por que siendo a la vez un acto intelectual y un acto de imperio, es conjuntamente pensamiento y voluntad. No es solo esta última la que se impone, sino que es la razón la que elige los medios para orientar la conducta humana, a través de la ley.

LA LEY EN SENTIDO FORMAL Y EN SENTIDO MATERIAL.

La ley en sentido material o substancial, regula imperativamente la conducta de todos los que habitan el territorio de la república, para determinar sus derechos, garantías y obligaciones, definir y sancionar los actos ilícitos.

La ley en sentido formal; cuando el procedimiento legislativo, se ha cumplido pero no ha surgido del mismo, normas jurídicas generales. Se la define de así: aquella que emana del poder legislativo y reúne los requisitos intrínsecos, pero no imponen determinaciones imperativas del obrar: por ejemplo, las condecoraciones, pensiones graciables concedida a determinadas personas mediante leyes, las declaraciones de principios hechas en leyes, sin imponer a la conducta ninguna determinación imperativa.

IMPORTANCIA DE LA LEY COMO FUENTE DEL DERECHO EN EL SISTEMA CONTINENTAL

Si bien en las épocas primitivas la única modalidad del derecho fue la costumbre, es indudable que hoy día el primer plano corresponde a la ley lato sensu, en los Estados encuadrados en el sistema continental

Por su parte la costumbre, en general, vale sólo como fuente formal de derecho, cuando la ley lo reconoce. Este desplazamiento culminó con las grandes codificaciones del siglo XIX, que constituyeron el trasunto jurídico de la filosofía racionalista, triunfante con la Revolución Francesa.

La preferencia de la ley se explica por varias razones: a) la mayor rapidez en su elaboración y reforma, lo que permite adaptarla mejor a las necesidades cambiantes de la convivencia social y, lo que es más, incidir en forma deliberada en la orientación del progreso social; b) la ley, por ser elaborada en forma reflexiva, ofrece una mayor certeza y seguridad para las relaciones jurídicas; c) además, por estar consignadas en textos escritos y ordenados, son de más fácil conocimiento que las normas consuetudinarias.

PROCEDIMIENTOS FORMATIVOS DE LAS LEYES: ACLARACION GENERAL



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

El formalismo exterior o ritual necesario para establecer las leyes o normas jurídicas generales, llámese procedimiento legislativo. Esta varía en sus modalidades en cada derecho positivo nacional. El proceso formativo de la ley comprende: la iniciativa- discusión- sanción- promulgación- publicación.

Las formalidades enunciadas determinan la validez de la ley. La omisión de cualquiera de ellas, causa la nulidad de la ley, e impide la ejecución de la misma.

***Iniciativa:** es la facultad de proponer un proyecto de ley al poder legislativo, para ser discutido y eventualmente sancionado. La lógica y un precepto elemental de técnica legislativa, así lo exigen. Todo proyecto de ley debe ser presentado por escrito en el idioma oficial.

La presentación del proyecto de ley debe acompañarse de una exposición de motivos, cuya finalidad es exponer los fundamentos de la ley o de sus disposiciones normativas, poniendo de relieve el significado y alcance de estas en el ámbito de validez personal, material, espacial y temporal asignado.

C.N. del origen y de la iniciativa; las leyes pueden tener origen en cualquiera de las cámaras del congreso, a propuesta de sus miembros; a proposición del poder ejecutivo; a la iniciativa popular o a la de la corte suprema de justicia.

Las excepciones e cuanto al origen de las leyes a favor de una u otra cámara o del poder ejecutivo son las establecidas en esta constitución y en las leyes. Todo proyecto de ley será presentado con la exposición de motivos.

***Discusión:** es el acto complejo que solo puede realizarse por el poder legislativo. Durante el mismo se estudia, aprueba o desaprueba, previo dictamen de la comisión parlamentaria o asesora o sobre tablas, mediante votación afirmativa o negativa, el proyecto de ley primero en general y luego en particular referida al articulado íntegro en orden sucesivo.

C.N. de la aprobación y promulgación de los proyectos, aprobado un proyecto de ley por la cámara de origen, pasará inmediatamente para su consideración a la otra cámara. Si esta a su vez, lo aprobase, el proyecto quedará sancionado, y si el poder ejecutivo le prestare su aprobación, lo promulgará como ley y dispondrá su publicación dentro de los cinco días.

***Sanción:** es el acto solemne en virtud del cual se da forma auténtica y definitiva al proyecto de ley aprobado por el poder legislativo.

C.N. de la sanción automática; un proyecto de ley presentado en una cámara u otra y aprobado por la cámara de origen en las sesiones ordinarias, pasará a la cámara revisora, la cual deberá despacharlo dentro del término improrrogable de tres meses, cumplido el cual, y mediando comunicación escrita del presidente de la cámara de origen a la cámara revisora, se reputará que esta le ha prestado su voto favorable, pasando al poder ejecutivo para su promulgación y publicación. El término indicado quedará interrumpido desde el 21 de diciembre hasta el 1 de marzo. La cámara revisora podrá despachar el proyecto de ley en el siguiente período de sesiones ordinarias, siempre que lo haga dentro del tiempo que resta para el vencimiento del plazo improrrogable de tres meses.

De las formulas; La fórmula que usará es la siguiente: "el congreso de la nación paraguaya sanciona con fuerza de ley"

***Promulgación:** el acto en virtud del cual el poder ejecutivo manda a cumplir la ley sancionada. Esta puede revestir dos formas; expresas o tácitas.

Es expresa siempre que el poder ejecutivo dicta al pie de la sanción legislativa, para prestarle también su aprobación este mandamiento. Con la fórmula: "tégase por ley de la república, publíquese e insértese en el registro oficial".

Es tácita cuando el poder ejecutivo deja transcurrir diez días hábiles desde que le fue comunicada la sanción legislativa y esta no es promulgada expresamente ni respecto de la misma ejerce su derecho al veto, dentro del plazo predicho.

C.N. de la promulgación y la publicación; la ley no obliga sino en virtud de su publicación. Si el poder ejecutivo no cumpliera el deber de publicar las leyes en los términos y en las condiciones que esta constitución establece, el presidente del congreso o en su efecto el presidente de la cámara de diputados, dispondrá su publicación.

La fórmula es: tégase por ley de la república, publíquese e insértese en el registro oficial.

***La publicación;** es el acto por el cual se hace saber a los habitantes de la república la existencia y promulgación de la ley. Sin este requisito, la ley no puede entrar en vigencia por carecer de fuerza obligatoria. El código civil estatuye que las leyes no son obligatorias si no en virtud de su publicación.

Es la tarea del poder ejecutivo, que deberá hacerlo dentro de los cinco días de habersele comunicado la sanción de la ley. Si no lo hace procederá el presidente del congreso o en su efecto el presidente de la cámara de diputados.

COMIENZO DE LA OBLIGATORIEDAD: después de publicadas las leyes (en sentido material) entran en vigencia y adquieren fuerza obligatoria. La vigencia de la ley significa que esta debe ser cumplida por aquellos a quienes se dirige y ser aplicada por los tribunales a los casos que ocurran.

La misma ley puede señalar el momento que comienza su obligatoriedad, o dejar librada la solución de este problema a otras normas generales ya existentes.

Código civil: ART.1: las leyes son obligatorias en todo el territorio desde el día siguiente de su publicación o desde el día que ella determina.

La ignorancia de la ley; la publicación de las leyes permite suponer que el interesado tiene o ha podido tener conocimiento de la misma. En rigor, se trata de una ficción, pues es evidente que nadie puede llegar a conocer la frondosa legislación que rige en cada país y son muchos los que efectivamente ignoran las leyes que les conciernen personalmente. Pero se trata de una ficción necesaria, indispensable para la efectiva vigencia del derecho, pues solo mediante este procedimiento técnico puede imponerse con carácter obligatorio y ser aplicado en todos los casos.

Código Civil: la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, salvo que la excepción esta prevista por ley.

CLASIFICACION DE LAS LEYES: REMISION – AMPLIACION

No todas las leyes tienen la misma naturaleza, importancia, jerarquía o consecuencia. Se impone clasificarlas:

Pueden dividirse en generales y particulares o individuales, y en forzosos (permissivas o de autorización, supletoria o complementaria y de interpretación). Pero hay otras clasificaciones que se aplican más especialmente a las leyes.

Atendiendo la jerarquía de estas, puede constituirse una pirámide jurídica en la cual las leyes de menor importancia deben adecuarse a las de categoría superior. Esto es particularmente notorio en los sistemas que tienen una constitución escrita y rígida. Por la jerarquía de las leyes existentes todos los regímenes, pues es lógico que una autoridad u organismo inferior no pueda dejar sin efecto las normas establecidas por el poder más elevado.

El art. 137. De la supremacía de la constitución nacional: este artículo establece en la república del Paraguay la jerarquía del ordenamiento jurídico siguiendo la teoría kelsiana.

- la ley suprema de la república es la constitución, le siguen los tratados o acuerdos internacionales, luego las leyes dictadas por el congreso y las disposiciones de menor jerarquía.

Clasificación de las leyes: diversos criterios propuestos

❖ Leyes constitucionales y leyes ordinarias:

- **la constitución** es la ley fundamental del estado, a la que debe supeditarse el ordenamiento jurídico vigente en el mismo tiempo. Sus principios o disposiciones normativas, regulan la organización del gobierno para cumplir los fines del estado y las actividades ejercidas bajo la soberanía de este, sean estas privadas o públicas.

La constitución o ley fundamental, debe distinguirse de las leyes ordinarias pues ambas poseen rango y génesis distintos.

Las constituciones son actos jurídicos emanados del poder constituyente que reside en la nación; las leyes propiamente dichas son actos emanados del poder legislativo.

- **Las denominadas leyes ordinarias:** tienen por finalidad desenvolver los preceptos de la constitución que contienen principios, derechos, garantías y obligaciones. La doctrina subdivide las leyes ordinarias en dos categorías:

.leyes orgánicas: tienen como finalidad la estructuración de una rama de la administración pública para ponerla en funcionamiento.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

.Leyes reglamentarias: precisan y delimitan los derechos, garantías y obligaciones para regular la conducta o el obrar de cada habitante del territorio donde impera el estado.

❖ **Leyes materiales y leyes formales:**

Ley en sentido formal y ley en sentido material Dentro de la ley en sentido estricto, algunos autores distinguen:

1) **ley en sentido formal** son las decisiones del Poder Legislativo, dictadas según el procedimiento establecido para la elaboración de las leyes, pero que carecen de contenido jurídico (es decir que no se refieren a la conducta humana en su interferencia intersubjetiva). Por ejemplo, la famosa "ley" aprobada por la Asamblea de la Revolución Francesa, afirmando la existencia de Dios y la inmortalidad del alma

2) **Ley en sentido material:** son las decisiones del Poder Legislativo que, además de ser dictadas según el procedimiento formativo de las leyes, tienen el contenido jurídico propio.

En realidad, no hay sobre esta clasificación, general acuerdo. En efecto, para otros autores,

— ley en sentido formal, es la ley particular, y

— ley en sentido material, la ley general.

Esta distinción, reposa en el error de creer que sólo son leyes las leyes generales. En efecto, tal ley es una decisión parlamentaria que concede una pensión, como la que establece un régimen sucesorio, si bien con alcance distinto.

Además, se sostiene también otra opinión, según la cual,

— ley en sentido formal, es lo que he denominado ley en sentido estricto y

— ley en sentido material, es lo que he llamado ley en sentido amplio

La ley en sentido material o substancial, regula imperativamente la conducta de todos los que habitan el territorio de la república, para determinar sus derechos, garantías y obligaciones, definir y sancionar los actos ilícitos.

La ley en sentido formal: cuando el procedimiento legislativo, se ha cumplido pero no ha surgido del mismo, normas jurídicas generales. Se la define de así: aquella que emana del poder legislativo y reúne los requisitos intrínsecos, pero no imponen determinaciones imperativas del obrar: por ejemplo, las condecoraciones, pensiones graciables concedida a determinadas personas mediante leyes, las declaraciones de principios hechas en leyes, sin imponer a la conducta ninguna determinación imperativa.

❖ **leyes generales y leyes especiales:**

Las leyes generales: son las que se aplican con fuerza igual a todos los habitantes de la república en el orden civil y penal y a todos los ciudadanos en el orden político.

Las leyes especiales: son las que regulan con criterio selectivo un sector determinado de la actividad de las personas físicas o jurídicas. Su contenido normativo concierne a una materia específica y completa a la vez. Ej. El código civil-penal,

❖ **leyes de orden público:**

Regulan las instituciones fundamentales de la organización social, política y económica de un país, mediante normas imperativas e inderogables por convenciones entre partes. Estas pueden pactar de un modo distinto al señalado en una ley, siempre que esta no sea del orden público.

No depende de la voluntad del legislador determinar que una ley sea de orden público. Las leyes ameritaran tener o no esa calificación, según la materia regulada.

En cuanto a su validez normativa, toda ley de orden público queda subordinada como cualquiera otra a la constitución nacional. Si violase los derechos y garantías reconocidos en esta, será declarada inconstitucional.

El orden público interno dado su carácter nacional, comprende todas las normas de derecho público y buena parte de las que corresponden a la esfera del derecho privado de cada pueblo, en una época determinada.

❖ **Ley interpretativa:**

Es aquella por la cual se propone aclarar el sentido dudoso, ambiguo o controvertido de una ley anterior. Es necesario poner de relieve que si el legislador en vez de aclarar el texto ambiguo de una ley anterior, valiéndose de la expresión que reproduzca la misma idea, sanciona por el contrario una nueva disposición normativa distinta de la antigua, no existe interpretación de la ley anterior sino abrogación de la misma.

❖ **Leyes delegadas:**

El poder legislativo tiene como atribución primordial establecer las leyes o normas jurídicas generales y obligatorias

A veces por razones del orden técnico o por que la ley resultaría fácilmente modificable, el poder legislativo no regula en su plenitud una materia determinada. En esta situación puede autorizar al poder ejecutivo la estructuración de las normas jurídicas necesarias, dentro de límites explícitos mediante el arbitrio de las leyes delegadas. Como ejemplo tenemos la denominada **ley bases**, dicha ley sin entrar en un desarrollo minucioso de la materia a que se refiere, establece las normas o principios orientadores, a fin de que sobre ellos el poder ejecutivo complete el texto legal, en sus detalles pero dentro de los límites explícitos y virtuales establecidos por el poder legislativo.

La ley bases ha sido adoptada en varios países para la elaboración de códigos civiles, mercantiles, penales, procesales, evitar lagunas, contraposiciones en los debates de legisladores, carente de sedimentación científica y técnica.

La labor codificadora que constituye un impulso ascensional para mejorar y perfeccionar el derecho positivo, no debe dar como fruto tratados didácticos ni meras coordinaciones de normas sin base legal.

No deben confundirse **las leyes delegadas con los decretos leyes:** las leyes delegadas contienen normas generales y obligatorias establecida por un gobierno de jure. La dicta el poder ejecutivo, autorizado por el poder legislativo, dentro de límites expresos y virtuales que expresan la materia pertinente, bases generales para la normación y el plazo en que deben cumplirse la atribución delegada.

El decreto con fuerza de ley es el que dicta el poder ejecutivo en los dos casos que la constitución ha previsto para la regulación de materias mediante normas jurídicas generales y obligatorias con cargo de someterlo a la consideración del poder legislativo.

Otra clase de decreto que puede dictar el poder ejecutivo son los **llamados decretos reglamentarios**, que consisten en resoluciones emanadas del presidente de la república, con el refrendo para su validez de uno o varios ministros-secretarios de estado, y versan sobre disposiciones de carácter general relativas al cumplimiento de las leyes.

Los decretos leyes proceden de un gobierno facto. Consisten en normas de contenido legislativo, dictadas por el poder legislativo en un periodo de anomalía constitucional, ejerciendo la potestad que la fuerza le ha conferido.

No se trata ya de una facultad delegada sino de arrogarse arbitrariamente funciones legislativas. Los decretos- leyes significan el medio arbitrario e inconstitucional de que se valen los gobiernos de facto para establecer las normas generales que tiendan a la realización de sus fines.

❖ **Ley marcial:**

Etimológicamente significa ley de guerra. Deriva del latín, *martialis*, lo que concierne a Marte, dios de la guerra.

El régimen de la ley marcial transfiere a los tribunales militares funciones que corresponden a la competencia de la autoridad judicial civil, para hacer frente a situaciones de grave alteración del orden público interno.

Entraña un régimen intimidatorio de represión inmediata de hechos violentos con penas gravísimas, inclusive la de muerte sin procedimiento de juicio que no podrían aplicarse en situaciones de normalidad institucional.

En el orden constitucional el régimen de la ley marcial es distinto al del estado de sitios. Ambos tienen de común su origen militar.

El estado de sitio es la negación de la ley marcial, entendida esta como régimen que sustituye la competencia judicial represiva, la cual es transferida a los tribunales militares.

❖ **Leyes secretas:**

La publicación es requisito necesario para la obligatoriedad general de las leyes conforme lo estatuye nuestro código civil.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

En algunos casos de índole excepcional, dicha publicación puede omitirse. Lo cual acontece con las denominadas leyes secretas que se dictan para realizar fines de elevada política gubernativa o resolver asuntos graves del estado, cuya divulgación podría perjudicar los destinos de la nación.

Las leyes secretas son admisibles cuando tienen carácter excepcional y no imponen obligaciones a la generalidad de los habitantes. Su contenido se refiere a la adquisición de armamentos para la defensa nacional, tratados de alianza militar, determinación de los deberes, obligaciones, atribuciones y responsabilidades de ciertos funcionarios públicos.

❖ **Leyes de fe de erratas:**

Después de la promulgación de los códigos que son leyes sistematizadas, pueden descubrirse errores fundamentales en el contenido preceptivo. Para rectificarlos validamente, se acude al arbitrio de las llamadas leyes de fe de erratas.

Los códigos como proyectos de leyes sistematizadas, pueden merecer la sanción legislativa a libro cerrado, esto es con la acepción en bloque y sin discutir su normativa, en la forma elaborada por los redactores o comisiones de juristas nacionales instituidas al efecto.

DEROGACION DE LA LEY Y DEMÁS NORMAS JURÍDICAS:

Concepto: En términos generales, derogar una ley significa dejarla sin efecto o vigencia, que se la sustituya o no por otra. La facultad de derogar las leyes normas jurídicas en general corresponde al mismo poder público que las dicto. En efecto la constitución nacional establece entre las atribuciones del poder legislativo dictar los códigos y demás leyes, modificarlos y derogarlos.

Derogación propiamente dicha; o derogación stricto sensu: consiste en dejar parcialmente sin efecto una ley

Abrogación: consiste en dejar sin efecto totalmente una ley. Es decir, derogación total.

Subrogación; sustitución de un cuerpo legal íntegro por otro

Modificación o reforma: consiste en dejar sin efecto una parte de la ley y reemplazarla por otro texto.

Formas: la derogación de la ley puede ser expresa o tácita, total o parcial. La derogación expresa resulta de los términos empleados por la nueva ley, que menciona con nitidez los textos legales cuya caducidad declara.

La derogación tácita puede prevenir ya de la incompatibilidad entre los nuevos preceptos legales y los antiguos o de la declaración genérica contenida en la nueva ley, en virtud de la cual queda sin vigor las normas legales anteriores que se lo opongan, sin mencionarla expresamente en por su fecha de promulgación y contenido.

Cuando el conflicto surge entre una ley general y otra especial, dictadas en diferentes épocas se lo resuelve así: en principio la ley general posterior no deroga a la ley especial, sino cuando esa intención esta claramente manifestada o cuando la nueva ley es contraria al espíritu que anima a aquella.

La derogación es parcial cuando la nueva ley extingue o deja sin vigor solo parte del texto de una ley anterior.

Es total la derogación si la ley posterior extingue íntegramente las disposiciones normativas de una ley precedente, sustituyéndolas o no por otras.

ÓRGANOS COMPETENTES PARA DEROGAR LAS LEYES Y DEMÁS NORMAS JURÍDICAS

FORMAS

Principio general: la facultad de derogar (LATU SENSU) una norma, corresponde al mismo órgano que la dicto, a cuyo fin debe aprobar una norma de igual jerarquía que la que se quiere dejar sin efecto. Pero esta regla general admite excepciones:

Excepción:

Derogación por un órgano superior y competente: una norma puede ser validamente derogada por otra norma de superior jerarquía, dictada por el órgano competente en virtud de la estructura escalonada de la pirámide jurídica.

Derogación material por desuetudo: es decir por el desuso de las normas generales y de las leyes.

COCTUMBRES DEROGATORIAS

Es la norma consuetudinaria contraria a la ley, cuando tiene vigencia suficiente para derogarla

En el derecho antiguo, la costumbre contra legem tenía en general fuerza derogatoria, pues dejaban sin efecto la ley.

En la actualidad con el predominio de la ley sobre la costumbre, no se reconoce fuerza obligatoria a la costumbre contra legem: como establece nuestra ley: los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente.

EL DESUSO DE LA LEY – DESUETUDO

En el derecho antiguo el desuso (desuetudo) determinaba la caducidad o derogación de una ley cuando se constituía una costumbre contraria a la misma, la cual era llamada abrogatoria. Algunos suelen distinguir la costumbre mencionada del no uso de la ley (desuetudo) pero la generalidad de los autores sostiene que los casos son idénticos.

El desuso consiste en la inobservancia continuada y sostenida de una ley, lo cual no es invocada, cumplida ni aplicada en la vida jurídica.

En el derecho positivo paraguayano, el desuso no origina ninguna consecuencia para la vida de la ley el código civil establece: "las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes". El uso, la costumbre o prácticas no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos.

DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD- CONSECUENCIA JURÍDICA

Tampoco produce la derogación de una ley *lato sensu* en virtud del principio de que una ley solo puede ser derogada por otra ley. Lo mismo ocurre con los decretos declarados contrarios a las leyes. La consecuencia de esta decisión judicial es mucho mas limitadas.

DECRETOS (REGLAMENTOS)- CONCEPTO- denominaciones.

El poder ejecutivo actúa normalmente expidiendo decretos, ya para poner en ejecución las leyes sancionadas por el congreso y para cumplir las demás funciones administrativas que la constitución y las leyes ponen a su cargo. Los decretos participan de todos los caracteres de las leyes. Contienen normas jurídicas generales e individuales, son expedidos por autoridad competente, procurando el bien de la colectividad y por ultimo deben ser promulgados y publicados. Cuando contienen normas generales son leyes en sentido material y cuando solo crean normas particulares son simples decretos.

Los decretos se caracterizan por su forma y por el órgano que los sanciona. Emanan del poder ejecutivo y adoptan la forma de una resolución firmada por el presidente y refrendada por uno o varios ministros sin cuyo requisito carece de eficacia. Son necesariamente manifestaciones de voluntad del poder ejecutivo.

Clasificación de los decretos:

Los decretos deben ser clasificados atendiendo a su contenido y a la relación de conformada o discordancia que guardan con las leyes. Si crean normas jurídicas generales, aplicables a un número indefinido de casos y de personas se llaman reglamentos. Si originan solamente normas individuales son simples decretos. Si modifican las leyes existentes son decretos leyes. A continuación se explican con mayor precisión:

❖ **Los reglamentos:** contienen normas generales, sancionadas por el poder ejecutivo en uso de sus atribuciones, que completan la legislación vigente sin modificarla. Son actos jurídicos administrativos que encuadran dentro de las facultades conferidas por la constitución o por las leyes del poder ejecutivo.

Clasificaciones:

Se distinguen tres clases:

1. reglamentos de ejecución: llamados comúnmente decretos reglamentarios, que tienen por objeto facilitar la aplicación de una ley.
2. reglamentos autónomos: que se dictan en uso de atribuciones propias del poder ejecutivo, sin referirse a determinada ley.
3. reglamentos delegados: que provienen de una facultad expresamente conferida por el congreso al poder ejecutivo para que este sancione norma que regularmente son de competencias del poder legislativo.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

- ❖ **Los simples decretos:** son los más numerosos, pues se dictan diariamente para nombrar empleados, autorizar gastos, etc. Contienen normas jurídicas individuales, que se aplican aun solo caso, y cuya vigencia desaparece por lo general una vez cumplidos. La mayoría de los autores no lo mencionan como fuente de derecho pero es indudable incluirlos entre ellas toda vez que crean normas que pueden originar derechos subjetivos y cuyo cumplimiento es susceptible de ser exigido judicialmente o de producir responsabilidades administrativas.
- ❖ **Los decretos -leyes:** son disposiciones sancionadas por gobiernos de facto (gobiernos revolucionarios) que contienen normas jurídicas generales que modifican la legislación vigente., la validez de estos derechos ha sido siempre reconocida, por que se tratan de gobiernos que se encuentran en posesión de la fuerza necesaria para asegurar el orden y proteger a las personas, y cuyo titulo y actos no pueden ser judicialmente discutidos.

Se caracterizan por ser decretos en cuanto a su forma- pues son expedidos por el poder ejecutivo y leyes en cuanto a su contenido, por que versan sobre materias que normalmente son de competencia del poder legislativo. Pero como estos no existen dentro del periodo revolucionario, los gobiernos de facto asumen las atribuciones que corresponden a los dos poderes aun cuando la constitución no haya previsto esta forma de legislador.

Algunos autores asimilan a estos decretos- leyes los llamados -reglamentos de necesidad o decretos de urgencia-. Se trata también de normas jurídicas generales expedida por el poder ejecutivo en circunstancias de excesiva necesidad o emergencia publica, sobre materias de competencia legislativa y durante el receso del congreso. Claro esta que estos decretos que no hallándose autorizados en la constitución, solo pueden admitirse en casos excepcionales y por razones d urgencia, encontrándose también sujetos a la ulterior ratificación legislativa.

LA CODIFICACION. ACLARACION PREVIA.: la legislación de un estado puede revestir dos formas básicas: incorporación o codificación.

Sistema d incorporación o de las leyes sueltas: las leyes se van dictando aislada y progresivamente a medida que las necesidades lo exigen, ordenándose las después de distintos criterios (materia, orden cronológico, número). Los libros que contienen estas ordenaciones son llamadas recopilaciones, ordenamientos, compilaciones, etc. Algunos autores lo denominan códigos abiertos, en virtud de tres razones principales:

Por que la palabra código tiene técnicamente un significado bien preciso,

Por que el adjetivo abierto, hace suponer que los otros son cerrados y no se ve bien que quiere expresarse con eso, ya que tanto puede modificarse una ley aislada como un código

Como consecuencia de lo anterior, por que toda denominación que provoque confusión, debe desecharse.

Sistema de la codificación:

Desde el punto de vista legislativo, el movimiento más importante del siglo XIX ha sido el desarrollo extraordinario alcanzado por la codificación en la mayoría de las naciones.

Es cierto que existieron códigos en la antigüedad, pero el significado de esta palabra ha variado con el transcurso de los siglos. Entre los romanos se llamaba *codex* o código a los grandes conjuntos de disposiciones legales agrupadas sistemáticamente en un solo cuerpo o libro.

El código que promulgo el emperador Justiniano, contenía una colección de constituciones sancionadas por el y por sus antecesores en distintas fechas y relativas a las diversas materias. En cambio los códigos modernos son construcciones sistemáticas y orgánicas de preceptos jurídicos que regulan una sola rama del derecho, y que no recogen la legislación anterior, sino que la modifican substancialmente.

CONCEPTO: consiste en dictar una vez, un conjunto de leyes relativas a una materia determinada, en forma de un todo orgánico y un sistemático. Un código es entonces, un cuerpo orgánico y sistemático de leyes (o normas en general) referente a una rama o institución determinada del derecho.

FORMAS DE CODIFICACION:

Son dos formas básicas de codificación:

Por materia: por ejemplo, código civil, de comercio, penal, etc.

Por instituciones; por ejemplo, código de familia, del niño, de las obligaciones, de la propiedad, etc. Este sistema es el que se tiende a imponerse en la actualidad.

ETIMOLOGIA

La palabra código deriva del latín *codex*, que los romanos usaban para denominar las tablillas enceradas que se utilizaban para escribir.

VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA CODIFICACION.

Inconvenientes: tiene el grave inconveniente de petrificar o cristalizar el derecho y se cita como ejemplo clásico al derecho romano.

En realidad no es esta una objeción decisiva, por que toda legislación establece marcos dentro de los cuales deberá encuadrar las relaciones sociales, no debe olvidarse la misión de los jueces que al aplicar las leyes a los casos concretos las adecuan, las adecuan constantemente a las variaciones de la realidad social, desvaneciéndose así tal objeción.

Es cierto que al dictarse un nuevo código, se suele manifestar una tendencia a considerarlo como un monumento jurídico definitivo, lo que se evidencia por su aplicación literal, en la época siguiente a su aprobación. Lo que suele ocurrir por no conocerse bien el cuerpo legal en su totalidad, no pasa de ser una ilusión racionalista, que se desvanece bien pronto por la incesante modificación de la vida social.

Ventajas: sobre el seudo inconveniente mencionado, la codificación presenta una ventaja decisiva sobre el sistema de leyes sueltas que facilita enormemente la aplicación e interpretación del derecho.

Portalís: uno de los redactores del código de napoleón, decía refiriéndose a la necesidad y a la ventaja civil ¡! Que espectáculo se ofrecía a mi vista!!, uno veía ante si mas que una amalgama confusa e informe de leyes extranjeras y nacionales y locales, de ordenanza obligatoria y vigente, de normas jurídicas escritas y no escritas, de reglamentos contradictorios y de fallos fundados en principios opuestos.

OPORTUNIDADES DE LA CODIFICACION:

Por tratarse de un problema política legislativa, no cabe dar soluciones de valor absoluto, pero en general puede afirmarse que La codificación se hace indispensable en esos sectores del derecho positivo que responden a necesidades permanentes, amplias, complejas y comunes a cualquier estado. En cuanto a los demás ramas conviene hacerlo en principio cuando la legislación, respondiendo a las necesidades crecientes del medio social haya alcanzado un grado tal de desarrollo que por su frondosidad, halla dificultosa su interpretación y aplicación.

Cabe citar al respecto la polémica entre savigny, representante de la escuela histórica y Thibaut, representante de la tendencia racionalista, sobre la oportunidad y conveniencia de dictar un código civil para Alemania

Esta polémica se planteo una vez Alemania librada del yugo napoleónico, en que muchos pidieron la inmediata sanción de un código civil alemán. A pesar de la liberación seguía aplicándose aun el código civil francés, lo que se justificaba por su superioridad técnica con relación a las leyes germanas anteriores a la invasión, ofendía indudablemente la dignidad de los alemanes.

Thibaut, publico un opúsculo titulado " de la necesidad de un derecho civil común en Alemania", en el que sostenía las ventajas de la codificación, destacando que obraría de un factor relevante de unificación política. Savigny por su parte, se opuso a esa tendencia publicando el opúsculo titulado " de la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia", en el que dentro de la concepción historicista del derecho, sostenía lo contraproducente de la codificación pues cristalizaría al derecho.

ORIGEN DE LA CODIFICACION MODERNA: EL CÓDIGO DE NAPOLEON

Panorama general: la revolución francesa significo el triunfo de la filosofía racionalista e individualista. El reflejo jurídico d esta concepción lo tenemos con el gran movimiento codificador que con ella se inicia, impulsado por la ilusión



racionalista de creer posible la confección de códigos perfectos, cerrados y completos, capaces de dar por sí, soluciones a todas las controversias humanas.

Esta convicción se concreto primero en el derecho público, con las cuatro constituciones que precedieron al imperio, cuya corta vida evidencio ya la quiebra de ese racionalismo jurídico llevado aun extremo que despreciaba el pasado y pretendía elaborar el derecho como puro fruto de la diosa de la razón, al margen de la realidad social a que estaban destinados.

En el derecho privado, esta convicción se concreto con la sanción del código civil, en 1804, que fue el quinto proyecto. Este código denominado también código napoleón, marca el comienzo del movimiento codificador del derecho privado, puesto que a partir de él, comenzaron a dictarse códigos en la mayor parte de los estados, que en algunos casos fueron prácticamente copias del francés.

el código napoleón: fue aprobada en 1804, siendo el quinto proyecto presentado, con anterioridad encontramos tres proyectos de Cambaceres, caracterizados por su excesiva brevedad, ninguno de los cuales tuvo éxitos. Jacqueminot presento un cuarto proyecto, que tuvo el mismo fin. Por ultimo en el año 1800, los cónsules nombraron una comisión de cuatro miembros integrada por los famosos jurisperitos: Tronchet, Portalis, Bigot de Preameneu y Maleville, que redactaron el proyecto definitivo. Napoleón según se refiere, intervino personalmente en la elaboración del proyecto, evidenciando un agudo sentido jurídico que se manifestó no solo en las sugerencias referentes al divorcio, la adopción, sino en la generalidad del trabajo, pues solía formular a sus autores estas dos preguntas ¿es justo? ¿es útil?

Denominación del código: se lo sanciono en 1804 como el código civil de los franceses, esta denominación es inadecuada para como un código como el civil, que se aplica tanto a nacionales como extranjeros.

La segunda edición del libro se hizo en 1807, se denominó "código napoleón" y finalmente se adoptó la denominación del código civil francés, que es sin duda la más acertada.

Carácter del código: se suele hablar del carácter revolucionario de la codificación, lo que es exacto, si se alude con ello a que ese movimiento codificador se debió a la resonancia mundial de la revolución francesa con todas sus proyecciones.

UNIDAD XVII

EL DERECHO CONSUECUDINARIO- LA COSTUMBRE

TEORÍA DEL DERECHO CONSUECUDINARIO

Concepto. Es el conjunto de normas jurídicas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes. Para evitar confusiones, conviene aclarar que la conducta repetida es en sí misma un hecho, vale decir, un hecho de conducta; en cambio, la norma implícita o que surge de la conducta repetida, no es un hecho sino precisamente una norma.

Si en la definición decimos normas jurídicas, va de suyo que deben ser coercibles y eso la diferencia precisamente de los usos sociales, que no lo son y que no constituyen, por lo tanto, derecho consuetudinario. La obligatoriedad de las normas consuetudinarias se revela tanto en su aplicación por los tribunales como en su cumplimiento espontáneo, tal como si se tratase de una norma legislada a la que debe ajustarse la conducta, so pena de la sanción correspondiente. La costumbre jurídica es una de las fuentes formales del derecho, que si bien en las épocas primitivas era única y exclusiva, hoy día, con el predominio de la formulación legislativa del derecho, ha pasado, en general, a un plano secundario.

TERMINOLOGÍA: además de la costumbre jurídica, que es la denominación tradicional, algunos autores lo llaman también derecho no escrito (ésta es otra denominación tradicional), oponiéndolo de esta manera derecho escrito. Esto, que pudo ser cierto en la infancia de la civilización cuando las costumbres se transmitían oralmente de generación en generación, hoy ya no lo es y, por lo tanto, constituye una denominación equívoca que debe ser desechada.

Derecho consuetudinario se opone no a derecho escrito, sino al derecho legislado. Puede entonces estar consignado por escrito, como ocurre en la actualidad a efectos de precisar y fijar su contenido, de divulgarlo, etcétera, sin dejar por eso de ser derecho consuetudinario; como es obvio, si se sanciona una norma con su contenido, la costumbre deja de ser tal para convertirse en norma legislada (ley, decreto, ordenanza, etc.). Empleando entonces la terminología tradicional, podemos afirmar que el derecho no escrito, sigue siendo derecho no escrito a pesar de estar escrito.

En síntesis, así como según la naturaleza de su contenido, dividimos derecho positivo en público y privado, atendiendo a su origen, podemos distinguir:

a) **derecho consuetudinario**, o de la costumbre, o costumbre jurídica o tradicionalmente, derecho no escrito (algunos lo llaman derecho no promulgado, pero —según veremos— no es ésta una denominación muy acertada); y

b) **derecho legislado** (también se lo llama derecho promulgado, derecho de las leyes, etc.). Más simplemente se lo llama "ley", oponiéndolo de este modo a "costumbre", pero entonces, cabe preguntarse qué se entiende por derecho legislado, o si se quiere, con qué amplitud debe tomarse aquí la palabra "ley". A mí me parece que derecho legislado ley, deben ser tomados en sentido amplísimo, vale decir, designando a toda norma jurídica establecida en forma deliberada y consciente (no sólo la ley stricto sensu, sino también los decretos, las sentencias, etc., porque todas estas normas, si bien unas son generales y otras particulares, todas tienen en cuanto a su origen, ese carácter común que las diferencia de las normas consuetudinarias). Los que toman la palabra ley en sentido estricto, es porque creen todavía que la única norma jurídica es la ley o las normas generales, a pesar de la irrefutable demostración de Kelsen. Para terminar, insisto en la conveniencia de desterrar

Expresiones derecho escrito y derecho no escrito, reemplazándolas por derecho legislado y derecho consuetudinario, en la forma explicada. Son estas, expresiones mucho más precisas y dan la cabal comprensión de lo que quiere expresarse.

Elementos material y espiritual de la costumbre jurídica; Según la doctrina tradicional (llamada romano-canónica), en la costumbre jurídica pueden distinguirse dos elementos:

Elemento material, u objetivo, es decir, la repetición constante de actos uniformes, y

Elemento espiritual (o psicológico, o moral, o subjetivo), que es la conciencia de su obligatoriedad, en otros términos, el convencimiento de que aquello que se hace debe hacerse, porque es jurídicamente obligatorio.

La repetición constante, aunque es el sustrato necesario, no basta según esta doctrina, ya que hay actos que se repiten continuamente, como los usos sociales, sin constituir costumbre en sentido jurídico. Es necesaria además, que la repetición sea valorada por la certidumbre de que la reiteración es absolutamente obligatoria, es decir, que los demás pueden exigirla y no depende por lo tanto del mero arbitrio subjetivo. Este elemento subjetivo fue ya conocido por los romanos, que lo llamaron opinio juris seu necessitatis.

La copresencia de un elemento material y uno espiritual, ha permitido comparar la costumbre con la institución de la posesión que, además del corpus (detentación material de una cosa bajo el poder de una persona), exige el animus domini (intención del poseedor de comportarse respecto de la cosa como propietario).

En rigor de verdad, tal teoría es errónea, pues si bien el elemento material es por supuesto necesario para que haya costumbre jurídica, no ocurre lo mismo con el elemento subjetivo; en efecto, el derecho existe en todas sus modalidades —inclusive la costumbre jurídica— independientemente del criterio subjetivo de las personas. Lo cierto es que habrá costumbre jurídica, cuando la costumbre en cuestión sea coercible, y, por lo tanto, en caso de inobservancia, el remiso pueda ser obligado a cumplirla, o bien se le pueda aplicar la sanción correspondiente. Ahora bien, es indudable que se trataba de una costumbre jurídica, ya que si alguna esposa se hubiera negado a usar el apellido del marido y el esposo lo hubiera exigido judicialmente, no hay duda de que el juez hubiera dado la razón al marido; a su vez, de no haber acatado la esposa dicha resolución judicial, no hay duda de que habría incurrido en lo que se denomina "injuria grave" que constituía una causal de divorcio (ésta habría sido la sanción)

Diferencia con los usos sociales: Sólo agregaré que, si bien ambos surgen espontáneamente de la vida social, sólo la costumbre jurídica es fuente formal del derecho.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Caracteres. Suelen citarse los siguientes:

Surge espontáneamente;

Es de formación lenta;

No tiene autor conocido;

Suele ser incierta o imprecisa; y

Es particularista, pues las costumbres abarcan siempre una esfera cuyos límites no son sólo geográficos, sino también de carácter social, ya que son observadas generalmente por una clase o grupo social determinado. Las costumbres generales son sumamente raras, pues han sido reemplazadas por las leyes y, donde más subsisten, es en el derecho de la navegación.

DIFERENCIA CON EL DERECHO LEGISLADO. Entre otras. Enumeraré las siguientes:

1) El derecho consuetudinario es un producto inmediato, espontáneo y más bien intuitivo de la vida social; en cambio, el derecho legislado, es un producto reflexivo y técnico. Además es mediato, porque está el órgano legislativo entre él y la población. La norma legislada, aunque se inspire en el vivero de las costumbres, es siempre una obra reflexiva.

2) Por sus respectivos procesos formativos,

La costumbre es, como ya se ha explicado, de formación lenta —producto espontáneo de la necesidad a que responde—no siendo posible determinar en forma precisa la época de su introducción; en cambio,

la ley, en sentido amplísimo, es de formación rápida, pudiéndose así en breve plazo transformar la organización institucional de un Estado, con las ventajas consiguientes.

3) La costumbre no tiene AUTOR conocido, puesto que como se ha dicho, intervienen en su formación, los integrantes de un grupo social determinado; en cambio, el derecho legislado tiene autor o autores conocidos, porque es, en unos casos, obra de órganos competentes que representan a la comunidad social, políticamente organizada y, en otros, obra de determinados particulares (p. ej., un contrato).

4) La costumbre es incierta, imprecisa y, muchas veces, hasta engendra un gran número de cuestiones sobre su misma existencia; en cambio, la ley, expresión racional del derecho, es precisa y permite una mayor certeza y seguridad en las relaciones jurídicas. Además, al ser consignadas en textos escritos y expresos, son lógicamente más completas, precisas y fáciles de conocer que las costumbres. Así se explica que paulatinamente, el derecho legislado haya ido desalojando al consuetudinario.

CLASIFICACIONES. La costumbre es susceptible de varias clasificaciones:

Según su posición frente a la ley, el Derecho Romano y las Partidas, ya distinguían entre:

a) costumbres según la ley (secundum legem): son aquellas que pueden servir para complementar la ley;

b) costumbres fuera de la ley (praeter legem): son aquellas que rigen los casos no previstos por las leyes. Están pues “fuera” de la ley, pero no contra la ley;

c) costumbres contra la ley (contra legem): son las que están en franca oposición con el derecho legislado.

Con respecto a estas últimas, en el derecho moderno se les niega generalmente valor legal y, por lo tanto, fuerza derogatoria

Según el territorio que abarcan, pueden ser:

a) generales: son las que se extienden a todo un país, o a varios países;

b) locales: son las que se extienden a un pueblo o región.

En la actualidad, como ya he aclarado, las costumbres generales son muy raras, salvo en el derecho internacional público y en el de la navegación.

Según las personas que las cumplen, se distingue:

a) comunes: son las cumplidas por todos o la generalidad de los habitantes de un lugar determinado;

b) particulares: sólo son observadas por un grupo más o menos reducido de personas.

Esta clasificación, que hace referencia a una delimitación social, no debe ser confundida con la anterior, que es territorial.

Según que esté o no consignada por escrito, se distingue entre:

a) escrita: recopilaciones de costumbres por ejemplo;

b) no escrita: es la conservada por medio de la tradición, como ocurría generalmente en las épocas primitivas.

V) Puchta, distinguió:

a) costumbre vulgar, o popular, o derecho popular: es la costumbre jurídica propiamente dicha; y

b) costumbre técnica o judicial o jurisprudencia.

Esta clasificación y aun la terminología, deben ser desechadas, porque suponen como semejantes dos modalidades o fuentes del derecho: la costumbre jurídica y la jurisprudencia, que son distintas. Por otra parte, la última, como producto reflexivo y técnico, queda comprendida en la expresión derecho legislado en sentido lato.

Prueba de la costumbre. Varía según los distintos regímenes positivos, pero, en general, debe ser probada por quien la alega.

En cuanto a los medios probatorios, han variado con el tiempo. Hoy día, puede acreditarse directamente mediante la experiencia personal del juez e, indirectamente, por medio de colecciones de sentencias judiciales, opiniones de tratadistas, informes de los grupos sociales pertinentes (comerciales, gremiales, etc.). Cuando la costumbre es extranjera, se recurre al informe legalizado del cónsul del país respectivo.

Formación de la costumbre. Sus orígenes. En rigor de verdad, el epígrafe no plantea dos problemas que si bien presentan similitudes, no son exactamente iguales. En efecto, el origen de la costumbre, problema que trataré primero para descartarlo, consiste en explicar cómo nacieron las primeras costumbres en los grupos humanos más primitivos; por lo tanto, se trata ni más ni menos que de los orígenes histórico y sociológico del derecho, porque las normas jurídicas que reglaron la vida social de los primeros conglomerados humanos, fueron consuetudinarias.

Por su parte, el problema de la formación de la costumbre, consiste en explicar cómo nace en general la costumbre jurídica en cualquier medio social. No interesa que sea en la Antigüedad, en la Edad Media o en la actualidad, ya que esto no afecta a la esencia del asunto. En síntesis, cabe decirlo siguiente: la costumbre, no se constituye de una vez en el tiempo, no aparece en la trayectoria histórica del derecho de una manera súbita como la ley; por el contrario, se va formando poco a poco, progresivamente, con la repetición de hechos semejantes por el grupo social, hasta que llega un momento en que se la considera obligatoria y los que la infringen sufren las sanciones correspondientes. Recién a partir de ese momento, podemos decir que nos encontramos frente a una costumbre jurídica, ya que la obligatoriedad, es una condición sine qua non de la misma.

Profundizando un poco este fenómeno de la formación de la costumbre, la mayor parte de los autores han establecido ciertos requisitos formativos de la misma, vale decir, ciertas condiciones necesarias que determinan su existencia. La mayoría indica:

a) Pluralidad de actos. En efecto, un solo acto no forma costumbre, si bien puede ser el punto de partida de la misma. Es en realidad imposible establecer el número de veces que un mismo acto debe ser repetido para que devenga costumbre y, modernamente, como antes, queda librado al criterio del juez el establecerlo.

b) Uniformidad en los actos. Para ello, no es necesario que sean materialmente iguales, pero sí que revelen acatamiento a una misma regla o principio. Si con los actos de sometimiento, coexisten Otros de desconocimiento, pueden destruir la virtualidad de los primeros, pero sin embargo, tal cosa no ocurrirá, cuando aparezcan como actos de excepción y no impidan que se forme la convicción jurídica de la colectividad, conforme a los primeros, con la consiguiente coercibilidad.

c) Tiempo. Suele exigirse la repetición durante un cierto tiempo, de los actos constitutivos de la costumbre: el derecho canónico exigía el tiempo de la prescripción; las Partidas, diez años entre presentes y veinte entre ausentes; el Derecho Romano, después de cien años de práctica, consagraba a la costumbre como inmemorial, etcétera.



Pero fijar un plazo a la costumbre es siempre arbitrario, pues todo depende de la naturaleza de la relación de que se trate, debiendo quedar librada su apreciación, en gran parte, al criterio del juez. Además, el problema no es sólo de tiempo, puesto que la repetición de actos, aunque dure mucho, no forma en todo caso costumbre y sí solamente cuando los que la practican logran imponer su obligatoriedad en un círculo de personas.

d) extensión: Los actos constitutivos de la costumbre jurídica, ¿deben ser realizados por toda la colectividad? No, porque las costumbres, abarcan siempre una esfera cuyos límites no son solamente geográficos, sino también de carácter social y es por eso que encontramos costumbres elaboradas por diversos grupos sociales: comerciantes, obreros, campesinos, etcétera.

e) Conciencia de su obligatoriedad, es decir, el convencimiento de que aquello que se hace debe hacerse, porque es jurídicamente obligatorio

Añade Demófilo De Buen, que la exigencia de este elemento psicológico, no implica la necesidad de que los actos productores de la costumbre deban estar, desde el principio, inspirados en el acatamiento consciente, a la norma obedecida. Además, una costumbre puede tener su origen en un acto casual o arbitrario.

Para convertir un uso en costumbre, se requiere la obligatoriedad del mismo, pero conviene recalcar que es la norma la que nace del uso y no el uso el que nace por consideración a la norma. La conciencia de la obligatoriedad, no aparece entonces en relación de prioridad respecto del uso, sino después de él.

VALOR DE LA COSTUMBRE

EN LAS DISTINTAS RAMAS DEL DERECHO

Aclaración previa: En primer término, ¿cuál de las dos fuentes del derecho es más importante?, ¿la ley o la costumbre? Este problema, que planteado así, en abstracto, da origen a una serie de controversias bizantinas, se soluciona fácilmente, al ser encuadrado en sus verdaderos términos, vale decir, en concreto, que es el planteamiento correcto de este problema. En efecto, ambos son fuentes o modalidades del derecho, tan legítima la una como la otra, debiendo estudiárselas dentro de cada pueblo, con relación a cada período histórico y a cada rama del derecho. Así ha de entenderse fácilmente.

La prueba más evidente del señalado error la tenemos en que mientras el racionalismo jurídico menospreciaba la costumbre como fuente del derecho, para la llamada Escuela Histórica del Derecho la costumbre era la fuente principal. En las organizaciones sociales primitivas, la costumbre era la fuente del derecho por excelencia, reinando con carácter exclusivo. La costumbre es pues, históricamente hablando, la primera manifestación del derecho y fiel reflejo de los caracteres del grupo de que surge; en todos los pueblos de la antigüedad tenía un valor fundamental y recordemos a título de ejemplo, que en opinión de Tácito, las costumbres eran más eficaces entre los primitivos germanos, que las leyes en otros países.

Son muchas las investigaciones etnográficas demostrativas de que las relaciones de los hombres primitivos (amor, caza, pesca, fiestas, etc.), estaban rigurosamente regladas por la costumbre, imponiéndose su observancia con toda severidad, mediante la aplicación de sanciones terribles, que a menudo llegaban a la pena de muerte. El temor de provocar la ira de los dioses o genios tutelares de la colectividad y con ella toda clase de calamidades para el grupo social (que la supersticiosa mentalidad primitiva los atribuía a su descontento), etcétera, eran fuerzas poderosas que facilitaban su cumplimiento.

Cuando se comienza a fijar por escrito el derecho que, bajo forma de ley, resultaba de la manifestación voluntaria del pueblo, se justificó la vigencia de la costumbre, llamándose la ley tácita (lex tácita), con lo cual se significaba que, al tolerarla, el pueblo le daba su asentimiento como si la hubiera votado. Por lo tanto, es recién cuando aparece el derecho legislado, que se comienza a discutir el valor de la costumbre, pues antes, nadie lo ponía en duda.

Nociones generales: Entre las ramas en las que el derecho consuetudinario reviste todavía GRAN importancia. Cabe citar al derecho internacional público (algunas normas establecidas por costumbre perduran todavía en esa forma. tal como las inmunidades diplomáticas, el derecho de visita, etc.); al derecho de la navegación; al derecho comercial; etcétera.

UNIDAD XVIII

FUENTES DEL DERECHO EN PARTICULAR- LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

LA JURISPRUDENCIA: NOCIONES PRELIMINARES

QUÉ ES UNA SENTENCIA Y PROBLEMAS CONEXOS

Síntesis. Para facilitar la comprensión del tema principal tratado en ese capítulo (la jurisprudencia), así como de algunos problemas conexos, resulta imprescindible hacer referencia previamente a varias nociones

Por qué se descarta el significado del vocablo "jurisprudencia" como sinónimo de Ciencia del Derecho. Esto se funda en razones de precisión término- lógica ya explicadas. Queda entonces aclarado que toda vez que hable de "jurisprudencia" a secas, tanto en este capítulo como en el resto de la obra, se hace referencia al sentido de esta palabra como fuente de derecho

Es de Conveniencia comenzar este capítulo aclarando el concepto de "sentencia". Ello se debe a que sea cual fuere la concepción que se tenga de jurisprudencia como fuente del derecho, todas giran en torno de lo que en el ámbito jurídico se denomina simplemente con el vocablo "sentencia", entendiéndolo en sentido jurídico es decir, para referirse a la sentencia jurisprudencial o jurisdiccional (mejor que judicial).

LAS DOS MANERAS POR LAS QUE ADQUIERE VIGENCIA EN EL DERECHO.

1) Por cumplimiento espontáneo de la comunidad, que suele ser lo habitual. Por ejemplo, cuando se paga voluntariamente un impuesto que, como es obvio, debe ser establecido por ley.

2) Por aplicación coactiva, cuando lo anterior no sucede, vale decir, cuando se plantea un conflicto social que.

Generalmente, es lo excepcional. El mencionado conflicto, puede ser entre particulares (dos o más), entre éstos y el gobierno e, inclusive, entre órganos del gobierno.

Tal aplicación coactiva, una vez surgido el Estado, la realiza un órgano de la comunidad llamado genéricamente juez, quien, para resolver el conflicto dicta una sentencia, es decir, una norma individual que contiene la respectiva solución y además, cuando corresponde y un plazo para cumplirla. Esto es así porque como es sabido, en todo país civilizado, el monopolio de la fuerza pública corresponde al Estado, o más concretamente, al gobierno.

Para terminar con esta breve referencia a la aplicación coactiva del derecho, cabe destacar que en las sentencias que dictan los jueces (en sentido amplio) donde habremos de encontrar esa fuente formal del derecho que se llama jurisprudencia.

Concepto de sentencia. Antes de formular una noción de lo que también se denomina fallo, conviene dejar constancia de lo siguiente:

1) **Aclaración previa.** Hay al respecto dos conceptos de distinta extensión:

a) **sentido restringido:** alude a lo que comúnmente se llama sentencia definitiva, es decir, la que pone fin al proceso (o "juicio"); y

b) **sentido amplio:** abarca no sólo las definitivas, sino también algunas resoluciones que se dictan durante la tramitación del proceso y que, en esencia, son iguales a las anteriores, aunque no por supuesto en cuanto a las consecuencias jurídicas: son las llamadas sentencias interlocutorias.

Como veremos de inmediato, desde el punto de vista filosófico-jurídico, el concepto adecuado es el amplio, porque tanto las sentencias definitivas como las interlocutorias son, esencialmente iguales.

2) **Concepto de sentencia:** es toda resolución de un órgano jurisdiccional (o juez en sentido amplio) del Estado, que soluciona mediante la aplicación del derecho, el conflicto planteado entre las partes intervinientes en un proceso. a)

Sentencias son las dictadas por los órganos jurisdiccionales del Estado:

a') Es preferible hablar de "órganos jurisdiccionales" que de "jueces", porque esta última palabra, en sentido estricto — que es el más usual— designa habitualmente a los magistrados que integran el Poder Judicial; en cambio, la expresión



“órganos jurisdiccionales”, tiene mayor amplitud, pues alude a cualquier órganos que desempeñe funciones jurisdiccionales -, sea cual fuere el poder del gobierno al que pertenezca.

En síntesis, al hablar de sentencias de los órganos jurisdiccionales, quedan involucradas en la definición tanto las sentencias judiciales, es decir, las dictadas por los jueces que integran el Poder Judicial, como las sentencias administrativas, que son las surgidas de los jueces que dependen orgánicamente del Poder Ejecutivo.

Al decir órganos jurisdiccionales “del Estado”, se evidencia que resultan comprendidos la totalidad de los órganos jurisdiccionales que cumplen dichas funciones en el sector público del Estado.

Lo dicho no implica desconocer que tales órganos, concretamente, forman parte en general del respectivo gobierno o, en algunos casos, ejercen sus funciones por delegación de éste.

La sentencia se dicta para “solucionar conflictos”: esto significa que sólo cuando hay un conflicto entre partes (a veces intervienen también terceros), la decisión del juez resolviendo el problema es una sentencia; en cambio, si el juez ordena, por ejemplo, la agregación de un documento al expediente, la producción de una prueba, etcétera y no hubiera oposición alguna, esa resolución no es una sentencia, ya que al no mediar conflicto previo, sólo ha habido cumplimiento espontáneo

El concepto amplio de sentencia es el más acertado. Al decir la definición que toda sentencia resuelve conflictos planteados en un proceso, resulta claro que son sentencias tanto las dictadas a lo largo de un proceso (sentencias interlocutorias), como la resolución que le pone fin (sentencia definitiva), porque esta última, como es obvio, también se dicta “en el proceso” y no fuera de él.

Desde el punto de vista lógico, la sentencia es una norma jurídica individual que, en tal carácter, nos da el sentido jurídico del caso,

La sentencia es dictada por el juzgador mediante la aplicación del derecho, es decir, aplicando normas de jerarquía superior, en las cuales la sentencia halla su fundamento y, por lo tanto, su validez jurídica, siempre y cuando las normas en que se funde, sean a su vez válidas

PARTES DE LA SENTENCIA: Ante todo el fallo y no una de las partes —la dispositiva como algunos creen.

Aclarado lo anterior, interesa recordar que, en general, los fallos son divididos en tres partes:

Primera parte. Los resultandos: es la exposición de los hechos y demás cuestiones que las partes plantean y someten a la decisión judicial. Se la denomina los “resultandos”, porque a lo largo de esta parte, el juez hace un resumen de lo que resulta del proceso hasta ese momento (demanda, contestación de la demanda, objeto del litigio, etc.).

Segunda parte. Los considerandos: es la parte de la sentencia en la que el juez expone los fundamentos de hecho y de derecho en los que apoya su decisión. En otros términos, analiza en general los hechos invocados por las partes, las pruebas producidas el derecho alegado por los litigantes y, en definitiva, cuáles son las normas que decide aplicar para resolver el caso.

Esta parte de la sentencia es denominada “considerandos”, así en plural, por ser varios los argumentos que invoca el juzgador; a su vez, se emplea el vocablo en singular, para hacer referencia a cada uno de los párrafos en que suele ser dividida esta parte

Tercera parte. Parte dispositiva (o resolutive): es la decisión expresa del juez sobre las cuestiones planteadas.

Para finalizar con el tema de las partes en que se divide la sentencia, no debemos olvidar que el fallo es una unidad, es decir, un todo orgánico en el que las partes deben guardar entre sí la congruencia pertinente o, en otras palabras, no deben ser contradictorias entre sí.

El fundamento jurídico de la sentencia y la doctrina jurisdiccional (o jurisprudencial). en la realidad jurídica, estos dos aspectos del fallo mencionados en el epígrafe, deben ser cuidadosamente distinguidos, sin perjuicio de reconocer la estrecha vinculación que hay entre ellos. Veamos:

1°) Fundamento jurídico de la sentencia: además de la fundamentación fáctica (es decir, en los hechos de la causa), el juzgador funda la sentencia en otra u otras normas de derecho, como ya se ha explicado

Agrego ahora que, en la realidad jurídica, esa norma puede ser constitucional, legal, consuetudinaria, un precedente jurisprudencial, etcétera, o bien, cuando no haya norma que prevea el caso, deberá ser creada por el juzgador, recurriendo a procedimientos de integración del ordenamiento jurídico.

2°) Doctrina jurisdiccional (o jurisprudencial), elaborada en torno al fundamento jurídico del fallo. Esto surge que toda norma, antes de ser aplicada a un caso, debe ser científicamente interpretada.

Hablando con más precisión, puede afirmarse que doctrina jurisdiccional es el conjunto de argumentos científico-jurídicos invocados por el juzgador en la sentencia, para fundar una determinada interpretación de la norma o normas aplicadas al caso, o bien para fundar, cuando no haya norma que prevea la situación planteada, la integración del ordenamiento jurídico, mediante una norma que creará con esa finalidad.

También se la llama doctrina legal, pero es una denominación criticable porque pareciera dar a entender que se trata de una doctrina que está en la ley, cuando en realidad no es así: en efecto, es el juez (en sentido amplio) quien crea esa doctrina, al menos en parte, con el fin de interpretarla ley (o norma aplicada), guardando una congruencia razonable con dicha norma.

Otros la llaman doctrina judicial, pero esta denominación, si bien resulta correcta cuando se la usa para identificar la doctrina jurisdiccional de los jueces que integran el Poder Judicial, no abarca estrictamente hablando, la doctrina jurisdiccional de los jueces administrativos.

En conclusión, puede afirmarse que las denominaciones más acertadas, son las del epígrafe.

CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA

ACEPCIONES: Descartado el sentido clásico del vocablo puede afirmarse que los autores usan esta palabra en dos acepciones, que son las siguientes:

1) Significado amplio: jurisprudencia es el conjunto de todas las sentencias (en sentido lato), dictadas por los órganos jurisdiccionales del Estado. Cuando se dice por ejemplo “repertorio de jurisprudencia”, “unificar la jurisprudencia”, etcétera, se está usando el vocablo en este sentido amplio.

Habiendo estudiado ya el concepto de sentencia, sólo agregará lo siguiente:

a) Es mejor hablar de sentencias que de resoluciones porque:

a') el vocablo “sentencia” en el ámbito jurídico, alude inequívocamente a las resoluciones dictadas por los jueces (en sentido amplio), en ejercicio de su actividad jurisdiccional; en cambio,

2) el término “resolución” es muy amplio para definir a esta fuente formal, pues abarca además de los fallos, otras resoluciones que también pueden dictar los jueces y que nada tienen que ver con la jurisprudencia. Tales son, por ejemplo, las resoluciones administrativas (cuando toman un empleado o lo ascienden, etc.), y también las legislativas como, por ejemplo, cuando la Corte Suprema o las Cámaras dictan ciertas normas procesales (acordadas), complementando el código respectivo.

b) La definición habla de sentencias en sentido lato: con esta latitud quedan comprendidos en la jurisprudencia, tanto los fallos definitivos como los interlocutorios.

c) Conjunto de sentencias: al decir conjunto, queda claro que jurisprudencia en sentido amplio, abarca la totalidad de los fallos, así como el vocablo legislación engloba la totalidad de las leyes.

2) Sentido restringido: jurisprudencia es el conjunto de sentencias (en sentido lato), de orientación uniforme, dictadas por los órganos jurisdiccionales del Estado para resolver casos semejantes. Por otra parte, dicha orientación uniforme de los fallos, se concreta prácticamente en una norma general, que será aplicada por los jueces para resolver casos análogos.

Tendencia habitual hacia la uniformidad de la jurisprudencia. Conviene recordar que esa tendencia de los jueces a seguir el precedente, vale decir, aplicar la doctrina jurisdiccional de algún fallo anterior dictado en un caso análogo, es



algo que sucede en la realidad jurídica de todas partes del mundo. De cualquier manera, es razonable y acertado que así ocurra, por varios motivos, entre los cuales citare los siguientes:

a) Por razones de justicia, ya que frente a una sentencia legal y justa, nada mejor que seguir en casos semejantes, la solución que ella implica: b) por razones de seguridad jurídica, dada la importancia que tiene en los diversos aspectos de la vida (económicos, políticos, etc.), actuar con la seguridad que da el poder prever lo que resolverían los jueces en un caso dado; c) por supuesto que también puede seguirse el precedente por simple comodidad del juzgador.

Finalmente cabe recordar que dicha uniformidad surge de dos maneras:

1) por seguimiento voluntario de los jueces, o bien;

2) por obligación legal, es decir, porque la ley establezca la obligatoriedad de seguir la doctrina sentada en algún fallo.

Denominaciones—A la jurisprudencia (en sentido amplio), se la llama también:

a) derecho jurisdiccional: atendiendo a la actividad de la que surge esta modalidad jurídica.

b) Derecho jurisprudencial, locución también acertada porque expresa en forma directa, la fuente formal que individualiza.

Las dos locuciones mencionadas son denominaciones aceptables, pero sin lugar a dudas, el nombre más adecuado por ser el que ha logrado mayor difusión, es el de jurisprudencia que, además, tiene la ventaja de ser breve y claro.

Sin perjuicio de lo dicho, también se la llama:

e) Derecho judicial: esta expresión tiene el inconveniente de abarcar sólo las sentencias dictadas por los integrantes del Poder Judicial, quedando fuera de ella las dictadas por los jueces administrativos.

d) Derecho “vivo”, porque las leyes dejan de ser letra muerta y ‘cobran vida’ al ser aplicadas por los jueces. Sin embargo, se trata de una afirmación que sólo es cierta parcialmente.

División. La más común es la que distingue entre:

1) Jurisprudencia judicial es la emanada de los magistrados que integran el Poder Judicial; y

2) Jurisprudencia administrativa: es la que surge de los jueces administrativos.

En un Estado constitucional como el paraguay, la jurisprudencia más importante es la judicial, porque dado que los jueces respectivos integran uno de los poderes del gobierno, son los que ofrecen mayores garantías de imparcialidad y justicia.

PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA LA JURISPRUDENCIA

SINTESIS; Son los siguientes:

1) Si la jurisprudencia es o no fuente del derecho;

2) Si es o no creadora de derecho;

3) Importancia de esta fuente con relación a las otras fuentes jurídicas;

4) Obligatoriedad de la jurisprudencia;

5) Cambios de jurisprudencia; y

6) Unificación de la jurisprudencia.

De inmediato explicaré sintéticamente los mencionados problemas, y las respectivas soluciones.

Aclaraciones previas. Cuando se profundiza el estudio de las cuestiones antedichas, lo más probable es encontrar para todas ellas soluciones diferentes que, muchas veces, dan la impresión de que se estuviera hablando de cosas distintas. En gran parte, ello se debe a que los respectivos autores, tienen concepciones disímiles sobre las fuentes formales, la jurisprudencia, etcétera. Portales motivos y para no confundir las nociones respectivas, resultará conveniente formular algunas aclaraciones:

La jurisprudencia, ¿es o no fuente del derecho? —

A) Cuál es el problema: con lo ya explicado puede afirmarse que cuando se plantea dicha cuestión, lo que en realidad se quiere decir es si la jurisprudencia es o no fuente general del derecho.

B) Distintas soluciones. Las hay orientadas en tres sentidos, que son los siguientes:

1) La jurisprudencia nunca es fuente (general) del derecho:

Según esta concepción el juez debe limitarse a la aplicación de la ley (en sentido amplio). Con tal enfoque, la fuente del derecho es siempre la ley.

Este criterio tiene un trasfondo ideológico, ya que lo defienden sobre todo los autores de tendencia liberal, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, en efecto, si la sentencia es un simple reflejo de lo que ya está en la ley (en cuyo caso, obviamente, la jurisprudencia nunca es fuente del derecho), la seguridad jurídica es mayor que si se admite, por ejemplo, que una misma ley es susceptible de varias interpretaciones. Pero la diversidad interpretativa no se produce por motivos ideológicos (sin perjuicio de que algún juez lo pueda hacer por tal razón), sino que sucede forzosamente, porque como lo ha demostrado Kelsen, toda norma es susceptible de dos o más interpretaciones. Por otra parte, la realidad jurídica lo prueba de manera indudable, con la cantidad de sentencias de primera instancia que son revocadas por los tribunales de alzada. Con lo dicho queda rebatida esta posición negatíva.

2) La jurisprudencia es siempre fuente (general) del derecho. Considero que esta posición es también errónea, por los argumentos que analizaré de inmediato, al explicar el criterio intermedio, que a mi parecer es el acertado. Sin perjuicio de lo dicho, no debemos olvidar que la jurisprudencia es siempre fuente particular del derecho.

3) La jurisprudencia es a veces fuente (general) del derecho. Para comprender cuando lo es y cuando no, debo distinguir tres situaciones:

a) Casos previstos (por la ley): en tales supuestos la fuente es la ley aplicada y no la jurisprudencia resultante. Ello se debe a que la tarea del juez, luego de la ineliminable interpretación de la ley (en sentido amplio), se reduce a la aplicación al caso sub examine y sin dificultad apreciable, de un texto legal que le servirá de fundamento jurídico de la sentencia.

b) Casos no previstos (por la ley): frente a ellos la jurisprudencia es siempre, en definitiva, fuente (general) del derecho; por el contrario, la ley nunca puede serlo, porque ya de entrada —como surge del título— reconocemos que no hay ley que prevea el caso.

c) casos intermedios, en estas situaciones son fuente (general) tanto la ley aplicada, como la jurisprudencia resultante de tal aplicación.

Entre los dos extremos (casos previstos y casos no previstos), suelen presentarse en la realidad un gran número de situaciones intermedias, de las que algunas se parecerán más a los casos previstos, otras a los no previstos y otras, en fin, se ubicarán en un término medio.

La jurisprudencia, ¿es “creadora” o simplemente declarativa del derecho?—

A) Cuál es el problema: se trata de saber si la sentencia judicial añade algo en materia jurídica a lo que dispone la norma o normas que se aplican (en cuyo caso sería creadora de derecho), o si, por el contrario, se limita a declarar lo que ya está en la norma o normas aplicadas (en cuyo caso sería únicamente declarativa del derecho).

B) Relación con la cuestión anterior, es muy estrecha, pero advierto que se trata de cosas distintas; en efecto, si fueran lo mismo, habría que concluir que cuando la jurisprudencia es fuente (general), sería creadora de derecho y no en el caso contrario. C) Soluciones. Son tres los criterios fundamentales que hay al respecto:

1) La jurisprudencia y, por lo tanto la sentencia, es siempre “declarativa”, puesto que el juez—que no es legislador, dicen— no hace más que declarar en la sentencia lo que ya está en la ley.

Es ésta la posición tradicional que compara la actividad del juez con una mera deducción silogística, en la que la ley es la premisa mayor; el caso particular, la premisa menor y, la sentencia, que surge por un frío razonamiento lógico, es la conclusión del silogismo. Dentro de esta concepción “mecanicista” de la tarea judicial, el juez resulta como se ha dicho, una “máquina de subsumir”.

2) La jurisprudencia es siempre “creadora” de derecho, pues siempre aporta nuevos elementos a los ya establecidos por la ley.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

La actividad jurisdiccional no es nunca una mera deducción silogística, sino una actividad creadora. Dice al respecto Cossio: "toda ley permite siempre dos reelaboraciones por lo menos, la de ser aplicable y la de no ser aplicable al caso, en cambio, si la operación fuera un mero silogismo, la solución forzosa tendría que ser una sola. La función judicial es entonces creadora, porque el juez puede optar entre varias soluciones posibles, pero eso sí, dentro del marco limitado por la ley.

3) La jurisprudencia es sólo verdaderamente creadora, cuando el juez llena una "laguna" de la legislación. Elio es así, sostienen es tos autores, porque frente a una ley clara, la sentencia que la individualiza no le agrega nada; en cambio, frente a una "laguna" de la legislación el juez debe integrar la ley, actuando entonces como un verdadero legislador del caso particular.

Importancia de la jurisprudencia con respecto a las otras fuentes del derecho. Este punto debe ser tratado con relación a cada régimen jurídico en particular; no obstante ello, puede afirmarse que, en general, sucede lo siguiente:

a) En los regímenes jurídicos predominantemente legislados, es decir, aquellos en los que la ley en sentido amplio es la principal fuente del derecho, la jurisprudencia es, en principio, una fuente subordinada a la ley, porque debe desenvolverse dentro del marco legal.

Esto no significa que la jurisprudencia, en estos regímenes, sea algo prescindible y que, por lo tanto, los jueces se limiten a fundar sus fallos en la legislación vigente y nada más, o bien que los abogados, al fundar cualquier petición ante los tribunales, les baste con la cita de algún artículo de una ley. Esto ya no es suficiente, desde que se produjo el desmoronamiento de la ilusión racionalista de que los códigos y leyes, podían prever todos los casos que pudieran presentarse en la realidad. Tan es así que, el abogado que se limitara a eso, expone a su cliente a que "pierda el juicio" en que lo patrocina o representa, por lo que para evitar esa desagradable contingencia en la vida profesional de un abogado, es preciso conocer bien la jurisprudencia —sobre todo la más reciente— surgida de la solución de casos semejantes por el tribunal que en última instancia, deberá resolver su "juicio".

b) En el common law, por el contrario, la jurisprudencia es la principal fuente del derecho, por lo que la ley le está subordinada. La conocida frase de Huges, "la ley es lo que los jueces dicen que es", resume claramente esta posición.

Obligatoriedad de la jurisprudencia.

A) Cuál es el problema: cuando se lo sintetiza en las palabras del epígrafe, no se quiere hacer referencia a las partes involucradas en los respectivos procesos, aunque para ellas los fallos y por tanto la jurisprudencia, son siempre obligatorios; en efecto, a lo que se quiere hacer referencia es a la obligatoriedad de cierta jurisprudencia con relación a los demás jueces y tribunales del respectivo Estado.

B) Las dos soluciones. En la realidad jurídica encontramos, en general, dos respuestas al citado problema:

1) El precedente jurisprudencial no obligatorio (cuando se trata de resolver casos análogos): este sistema es paradójico, porque a pesar de que en él, como surge del título— el precedente no es obligatorio, resulta que en todas partes donde se aplica, conduce a una realidad en que el precedente jurisprudencial termina siendo relativamente obligatorio. Este singular fenómeno se produce porque, no obstante el amplio margen de libertad que el mismo confiere al juez, se observa que los jueces siguen voluntariamente ciertos precedentes, sobre todo los que se destacan por su legalidad, justicia y alto valor doctrinario.

2) Sistema de la obligatoriedad del precedente (y por tanto, de la jurisprudencia en general). Esta modalidad reconoce dos orígenes:

a) que la ley la establezca, como suele suceder en los países en que rige la casación; -

b) que la obligatoriedad haya surgido de una verdadera costumbre judicial, formada a lo largo de un lapso generalmente prologando. Es lo que sucede por ejemplo, en el common law.

Unificación de la jurisprudencia:

Generalidades: ya he aclarado que toda norma jurídica, frente aun caso dado, es susceptible de dos o más interpretaciones. Ahora bien, si cada juez pudiera imponer la interpretación que le pareciera más legal y justa, resultaría que respecto de una misma cuestión, podrían coexistir varias soluciones distintas.

Antes de entablar una demanda— cuál es el juez que interpreta la norma en el sentido que a uno le conviene y presentarla recién cuando estuviera de turno.

Con lo dicho es suficiente para comprender que esta situación implica una injusta desigualdad ante la ley y, además, un atentado contra la seguridad y estabilidad jurídicas, requisitos necesarios para una pacífica Y justa convivencia. -

No obstante, el problema no se plantea con tal gravedad, por Varias razones:

1°) Porque los jueces tienden a seguir los precedentes.

2°) Porque además de los jueces de primera instancia, hay tribunales de apelación, por lo que aquéllos siguen generalmente la interpretación de estos tribunales, aun en el caso de que dicha jurisprudencia no fuera obligatoria para ellos. Esto se explica porque, en caso contrario, los litigantes deberían apelar constantemente, por cuestiones de derecho, ante un tribunal del que ya se sabría, casi con absoluta seguridad, cuál habría de ser su interpretación. Como es obvio, se originarían así gastos, demoras e injusticias, que se evitan siguiendo la orientación del tribunal superior.

3°) Porque existen ciertos procedimientos de unificación de la jurisprudencia —de los que haré un análisis a continuación— para evitar los inconvenientes precitados; en efecto, es preferible una jurisprudencia uniforme para todos frente a casos semejantes, que un mosaico de precedentes jurisprudenciales contradictorios, ante los cuales la gente no sabe a que atenerse.

PROCEDIMIENTOS DE UNIFICACION GENERAL

Sistema de la casación

a) Nociones preliminares: para comprender bien el concepto de casación, es preciso aclarar primero lo siguiente:

1) cuestiones "de hecho" y cuestiones "de derecho": las primeras, como es obvio, son las que se refieren a los hechos; las secundas, por su parte, hacen referencia a las normas jurídicas.

Es ésta una distinción tradicional que, si bien por lo general no produce mayores inconvenientes, advierto desde ya que en algunos casos —como luego se verá— no es tan fácil deslindar.

Por otro lado, mientras las cuestiones de hecho, sólo tienen, al menos en principio, interés para las partes intervinientes en el proceso, las cuestiones de derecho, en cambio, tienen un alcance más o menos general, porque una determinada solución jurídica, puede ser aplicada en lo sucesivo a otros casos semejantes. En otros términos, un precedente jurisdiccional, cuando es seguido —en cuanto a la orientación que implica— al resolverse otros casos semejantes, puede dar lugar a una jurisprudencia uniforme.

2) errores "de hecho" y errores "de derecho": al dictar la sentencia, el juez puede incurrir en ambas clases de errores.

Los primeros se refieren a la evaluación de los hechos que, en cuanto a magnitud, pueden ir de errores leves hasta verdaderas arbitrariedades. Y lo mismo sucede con los errores de derecho que, concretamente, se configuran al violar o aplicar erróneamente una o varias normas a los hechos del proceso. De la comisión de los errores antedichos, pueden surgir interpretaciones contradictorias de una misma norma jurídica, problema este que se trata de solucionar a través de la casación, por medio de la cual podemos llegar a una jurisprudencia unificada.

3) distintas clases de errores de derecho: por la proyección que tiene sobre los recursos procesales, conviene recordar la clasificación que distingue entre errores *in iudicando* y errores *in procedendo*.

Errores *in iudicando* (o errores "de juicio"): son los que puede haber en una sentencia, derivados de haberse aplicado al caso una norma que no corresponde, o de haber aplicado erróneamente la norma pertinente.

Estos errores afectan el contenido de la sentencia y, por lo tanto, el fallo será en definitiva ilegal, por cuyo motivo hay un interés general en que dicho error sea enmendado, inclusive más allá, de los intereses particulares en pugna. Este es el motivo de la existencia de recursos procesales tendientes a purgar los errores *in iudicando* y, de tal modo, a unificar la jurisprudencia.



Errores in procedendo: son los defectos procesales que pueden surgir del aspecto formal de la sentencia, o del procedimiento previo a su dictado, siempre que en este último caso— no hayan sido convalidados durante el proceso. Como surge de lo dicho, estos errores no afectan el contenido de la sentencia sino su forma, lo que puede acarrear la nulidad de la misma.

Solución integral. La casación Es un sistema de unificación de la jurisprudencia que, en su forma clásica consta de dos elementos: un solo tribunal de casación que realiza la tarea unificadora, y un recurso de casación, como medio para provocar la decisión del tribunal competente.

A fin de evitar posibles confusiones, advierto que sólo se trata de dar aquí una idea general de la casación, sobre todo en su forma clásica, pero que el tema debe ser luego estudiado con relación a un derecho positivo determinado, ya que entre diversos Estados que cuentan con el recurso de casación, suele haber diferencias en los requisitos y hasta en el mismo nombre del citado medio impugnativo.

Los dos elementos:

b') un solo tribunal (llamado en general corte o tribunal de casación), competente para establecer una determinada hermenéutica de las normas jurídicas impugnadas, interpretación que tiene carácter obligatorio para todos los tribunales inferiores y para el mismo tribunal que la dictó, al menos hasta que cambie de criterio. Esto último nos está indicando que jurisprudencia uniforme no es lo mismo que jurisprudencia inmutable ya que el tribunal de casación puede llegar a cambiar de criterio interpretativo, lo que suele ocurrir cuando cambian las circunstancias.

Por otra parte, el tribunal sólo interpreta las normas jurídicas cuya hermenéutica por el tribunal inferior ha sido impugnada, por lo que las cuestiones de hecho quedan en principio fuera de la casación. Ahora bien, esto no significa que los hechos de la causa no sean tenidos en cuenta por el tribunal, porque dicho conocimiento es necesario para juzgar si el derecho ha sido bien erróneamente aplicado; en efecto, el aserto sólo significa que el tribunal de casación acepta los hechos tal como los ha expuesto y evaluado el tribunal inferior. Precisamente por eso el tribunal no acepta la denuncia de "hechos nuevos".

b) recurso de casación (de cassare, anular): es el medio procesal que este procedimiento ofrece a los interesados, para que el tribunal competente repare los errores de derecho que pueda contener la sentencia impugnada. En otras palabras, es el recurso que puede interponerse ante el tribunal competente, respecto de sentencias definitivas, con la finalidad de que establezca si la norma o normas que rigen el caso han sido interpretadas en forma correcta o errónea y, en el último supuesto, case (anule) el fallo recurrido. Además, en el régimen clásico (Francia, Italia, etc.), se devuelve la causa al mismo tribunal que dictó el fallo revocado, o a otro tribunal del mismo grado que a *quo* (del que se apela), para que dicte un nuevo fallo de acuerdo con la doctrina establecida (a esto se llama casación con reenvío).

Clases de casación. Para comprender mejor los recursos que serán explicados más adelante, interesa recordarlas dos modalidades que puede revestir y que son las siguientes:

Casación por errores in iudicando: es la que tiene por objeto —como es obvio— la reparación de esta clase de errores (y. párr. 51). En este supuesto, se habla consiguientemente, de recurso de casación por errores in iudicando.

Casación por errores in procedendo: es la que se refiere a esta clase de errores. En este supuesto, el medio impugnativo se llama recurso de casación por errores in procedendo.

• Esta modalidad casacional, tiene la particularidad de que el tribunal debe proceder, forzosamente, a evaluar también los hechos; en efecto, supongamos que la causal del recurso sea por ejemplo, haber omitido tratar una "cuestión esencial" para solucionar el conflicto de acuerdo con la ley. Es obvio entonces que el tribunal de casación, para establecer si la norma ha sido bien o erróneamente aplicada, debe proceder a evaluar todos los hechos, a fin de aclarar si entre todos ellos, el que se habría omitido considerar, resulta o no esencial para la solución legal y justa de la litis.

Medios casacionales limitados: son diversos recursos que si bien posibilitan la unificación de la jurisprudencia, lo hacen con un alcance limitado como por ejemplo, dentro de un fuero (civil, laboral, penal, etc.) y, por lo general, con algún condicionamiento (p. ej., que haya un precedente contradictorio), limitaciones no exigidas en el recurso de casación clásico, en el que para su procedencia, sólo debe mediar un error

Dichos medios derivan de la casación y, por lo tanto, son en cuanto a su naturaleza, modalidades de aquella, como sucede por ejemplo entre nosotros en el orden nacional, con el recurso extraordinario y con el de inaplicabilidad de la ley, que luego serán estudiados.

LA DOCTRINAS

Concepto. Generalmente se entiende por doctrina, el conjunto de teorías y estudios científicos referidos a la interpretación del derecho positivo, para su justa aplicación.

García Maynez, por su parte, dice que "se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación".

La doctrina como fuente del derecho. Suele enumerarse a la doctrina entre las fuentes formales del derecho, pero en realidad, se trata de un error, porque la doctrina es, rigurosamente hablando, una fricatura material del derecho por carecer de obligatoriedad.

Fue sí como excepción fuente formal, en el caso siempre citado de la Antigua Roma, bajo Adriano, emperador que dio fuerza obligatoria a las opiniones de ciertos jurisconsultos cuando eran concordantes. Pero entiéndase bien, no es que en Roma toda la doctrina fuese obligatoria, pues sólo tuvo ese carácter una pequeña parte de ella: las opiniones de ciertos jurisconsultos, cuando eran concordantes, y eso durante cierto tiempo.

Posteriormente, para resolver las dudas que surgían en caso de controversias entre los autores, se dictó la famosa "Ley de Citas" (426), por la que se dio obligatoriedad a las opiniones de Papiniano. Esta ley fue derogada por el emperador Justiniano (siglo VI).

Importancia: La influencia de la doctrina como fuente material es grande, no sólo sobre los jueces, sino también sobre los legisladores. Sobre los primeros, porque cuando una determinada interpretación aparece sostenida por juristas de relieve, es raro que los tribunales se aparten de ella; sobre los segundos, por cuanto el legislador se suele inspirar en las obras, proyectos, etcétera, de los juristas.

UNIDAD XIX

EL COMMON LAW

LAS DOS CLASES DE SISTEMAS JURÍDICOS QUE HAY EN EL MUNDO CIVILIZADO Y LA IMPORTANCIA QUE EN ELLOS TIENE LA JURISPRUDENCIA

Antes de comenzar el estudio del common law, conviene reiterar que en el mundo civilizado hay y ha habido desde hace mucho tiempo, dos clases de sistemas jurídicos:

Cuales son: según que la principal fuente del derecho sea la legislación, o la jurisprudencia se los divide en dos grupos: Predominantemente legislado (y por lo general codificado): a esta clase de sistema jurídico se lo llama también continental o romanista o de filiación romana. En este sistema la jurisprudencia y las demás fuentes del derecho, están subordinados a la ley (en sentido amplio)

Predominantemente jurisprudenciales (o sistema de common law): en este sistema son las leyes, y las demás fuentes jurídicas son las que se subordinan a la jurisprudencia.

CARÁCTER CONTINGENTE ESTA CLASIFICACIÓN: La existencia de los dos sistemas jurídicos, corresponde a un cierto estado de la evolución del derecho en todos los países civilizados. Tiene pues un valor actualidad, si bien con largos antecedentes históricos en ambas clases del sistema, cuyo conocimiento facilitara la comprensión del tema. En los pueblos primitivos todo el derecho era consuetudinario: la circunstancia de limitarse la vigencia de estos sistemas a los países civilizados y desde hace mucho tiempo, nos está indicando que la clasificación carece de validez absoluta.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Ambos sistemas empezaron a coexistir en el siglo XIII. Esto sucedió con el common law en Inglaterra, y el sistema romanista en Europa continental. Dicha coexistencia se origina de la siguiente manera:

El continental se origina con el corpus iuris civilis, que data del siglo VI y desde tal época se lo siguió aplicando.

El common law, si bien surgió en el siglo XI, durante el reinado de Guillermo I EL CONQUISTADOR, nació como derecho consuetudinario y siguió desarrollándose como tal hasta el siglo XIII, que es cuando empieza el predominio jurisprudencial. Esto sucedió con el principio llamado principio de obligatoriedad del precedente judicial (o sistema del precedente obligatorio), que es para resolver casos análogos.

Dichos precedentes judiciales surgieron de la interpretación de las costumbres.

Para terminar este punto reitero que en el siglo XIII los precedentes judiciales pasaron a ser la fuente formal del derecho, en lugar de las costumbres.

En la actualidad y manteniendo la esencia tradicional, puede afirmarse que dicho principio significa que todo juez, al resolver un caso análogo a otro resuelto con anterioridad, por otro juez de la misma competencia territorial, que sea de igual o superior jerarquía, debe aplicarse obligatoriamente la misma norma aplicada para resolver el caso análogo anterior.

AMBOS SISTEMAS Y LAS DOS MANERAS DE PENSAR DEL DERECHO: la distinta estructura de ambos regímenes jurídicos, junto a otros factores, han inducido a los juristas en que en ellos trabajan, sendas modalidades del pensamiento jurídico, que han sido llamadas las dos maneras de pensar del derecho.

Ambas tendencias generales revelan un trasfondo filosófico distinto, conciente o inconciente, cuyos respectivos sentidos se caracterizan por lo siguiente:

Un carácter predominantemente racionalista en el sistema continental, y un carácter predominante historicista del common law.

Corresponde aclarar que las dos maneras de pensar del derecho no son modalidades antagónicas ni excluyentes, pues hay entre ellas varias semejanzas. En rigor se habla de dos tendencias generales distintas, como lo prueba el hecho de encontrarse corrientes antihistóricas del pensamiento jurídico del common law, así como las tendencias irracionalistas en el marco del sistema continental.

SISTEMAS JURÍDICOS PREDOMINANTES LEGISLADOS:

CONCEPTO: son aquellos en los que la principal fuente del derecho es la legislación (en sentido amplio, constitución, leyes, decretos, etc.). Esto implica decir que las demás fuentes del derecho están subordinadas a la legislación que en algunos casos, lo establece taxativamente.

Por estar subordinada a la legislación, la jurisprudencia uniforme, en la justicia nacional, no es obligatoria en principio para los demás jueces, se sobrentiende que cuando debían resolver casos análogos. No es obligatoria ni para el mismo juez que la dictó, sin perjuicio de que en el caso que se produjera dicho apartamiento del precedente, el juez o tribunal debe dar una explicación bien fundada sobre los motivos que lo llevaron a tal giro.

OTRAS DENOMINACIONES: como sistema jurídico predominantemente legislado es más una frase que un nombre a esta clase de sistema se lo llama habitualmente, se da de dos maneras:

Sistema continental: (europeo o sobrentiende) se lo califica en tal modo como atención al lugar en donde empezó a regir, y rige, ya que una vez desaparecida la antigua roma, el derecho romano la sobrevivió y paso a ser la base del derecho privado de todos los países del continente europeo.

Sistema romanista: (o de tradición o filiación romana) se lo califica de este modo para recordar el origen de estos regímenes jurídicos ya que los así adjetivados, derivan directa o indirectamente del derecho romano.

DONDE RIGE EL SISTEMA ROMANISTA o continental: en toda Europa continental, salvo Gibraltar como se ha explicado. También rige en Escocia, que es la única parte de Gran Bretaña, donde penetra si bien con influencia del common law. En América del Norte lo encontramos en el estado de Louisiana (por haber sido colonizado por los franceses, ya que el resto de los Estados Unidos rige el common law) otros países en los que encontramos el sistema continental son: México, centro de Sudamérica, la mayor parte de África, China, Japón, etc.

EL TRASFONDO FILOSÓFICO DEL SISTEMA ROMANISTA:

En los países de filiación romana, los filósofos y juristas tienen un particular modo de pensar el derecho, que es predominantemente racionalista, por que consideran en un primer plano las normas jurídicas, mientras que los hechos quedan atrás.

Lo mismo sucede con las demás fuentes del derecho, la jurisprudencia, entre ellas que están subordinadas a la ley.

La concepción racionalista comprende no solo la etapa de interpretación y aplicación del derecho, sino también la de creación legislativa, que cobró mucho auge a principios del siglo XIX, con el origen de la codificación moderna, en efecto, este movimiento la ilusión racionalista de creer que es posible la elaboración de códigos perfectos, cerrados y completos.

SINTESIS SOBRE LOS CARACTERES DEL SISTEMA CONTINENTAL: aunque ya se los ha mencionado implícita y explícitamente, cabe resumirlo así:

1. es predominantemente legislado
2. permite cambios más rápidos, cuando las circunstancias así lo exigen, por que una ley por ejemplo se puede reformar o sustituir en un plazo relativamente breve.
3. es técnicamente más avanzado que el common law. Conviene recordar que en los estados constitucionales encuadrados en el sistema continental, rige el principio de la supremacía constitucional, claramente arraigado por las ventajas que implica.
4. ofrece, en principio mayor seguridad jurídica; por la mayor certeza que surge de las leyes, sobre todo cuando están bien redactadas lo que permite predecir con mayor probabilidad de acierto, cual habrá de ser la interpretación judicial en caso de conflictos.

EL COMMON LAW:

ACLARACIONES PREVIAS: El nombre que figura en el epígrafe, es la designación más generalizada para identificar a los sistemas jurídicos predominantes jurisprudenciales. Sin perjuicio de ello, el mencionado es solo uno de los cuatro significados en que es usada la expresión common law y son los siguientes:

Amplísimo: designando pues a esa clase de sistema jurídico predominantemente jurisprudencial.

Amplio: designa toda la jurisprudencia de dicha clase de sistema.

Restringido: hace referencia a una sola de las dos ramas jurisprudenciales del derecho angloestadounidense

Sentido originario: para designar una parte del derecho inglés.

Significado integral de la expresión common law y cuando empezó a usarse: la mencionada locución inglesa significa literalmente derecho común (de common, común y law, derecho) pero conviene advertir que es el derecho angloestadounidense, una denominación que se aplica al derecho civil como sucede entre nosotros, para distinguirlo de las demás ramas especializadas. En efecto, fue en el siglo XI cuando se comenzó a usar en Inglaterra la locución, common law, para denominar a las costumbres comunes y generales del reino general, y poder así diferenciarlas de las costumbres particulares locales.

La expresión castellana del derecho común, fruto de traducir literalmente los vocablos ingleses common law, no refleja con fidelidad lo que este nombre inglés significa en el derecho angloestadounidense, por lo tanto, el uso de dicha expresión castellana puede provocar confusiones. Este es el motivo por el cual los autores hispano parlantes se han inclinado por seguir usando la expresión inglesa "common law". Para denominar a los sistemas jurídicos predominantes jurisprudenciales.

CONCEPTO:



La expresión common law es usada en cuatro sentidos diferenciados: la clase de sistema jurídico predominante jurisprudencial, es decir, el derecho angloestadounidense en su totalidad, distinto como se explica en el sistema continental. En este sentido amplísimo puede hablarse de common law inglés, common Law estadounidense, etc. Parte del antiguo derecho de Inglaterra (EEUU) el constituido por las costumbres jurídicas generales. Conviene recordar a este respecto cuando empezó a usarse la denominación common law, se empleaba también como sinónimo para designarlo en inglés, la frase, *the law of the land*, que significa el derecho del país o derecho nacional.

la jurisprudencia en su totalidad, de los tribunales anglo estadounidenses, a diferencia del derecho legislado en sentido amplio (denominado statute law). Conviene recordar que el empleo de este significado, es habitual en los juristas anglo estadounidenses y lo ha sido tradicionalmente. Este significado surgió cuando las costumbres antiguas, fueron sustituidas por la jurisprudencia de los tribunales. No debemos olvidar que el common law en sentido amplísimo, el vocablo jurisprudencia (en inglés jurisprudence) solo se usa para denominar a la ciencia del derecho. La jurisprudencia esta constituida por los fallos de los jueces dictados en casos puestos a su consideración, en los ámbitos jurídicos angloestadounidense se llama también a lo que nosotros llamamos jurisprudencia, derecho de casos (case law) Una rama de la jurisprudencia angloestadounidense: es la emanada de los clásicos tribunales ingleses llamados *common law court*, por oposición a la otra rama, equite (equidad) surgida de los denominados tribunales de equidad. Implica decir que el derecho angloestadounidense, posea y posee un sistema dualista de jurisprudencia, que se desarrolle al compás de la existencia de dos clases distintas de tribunales de justicia.

DONDE RIGE EL COMMON LAW: los principales países son los siguientes: Inglaterra- donde se origino, así como en las demás parte del reino unido, salvo escocia (sin perjuicio de la influencia que ejerce el common law sobre el derecho Escocés), dominios, colonias y excolonias inglesas; estados unidos (salvo el estado de Louisiana), Canadá (excepto la provincia de Québec), Terranova, Gibraltar, Malta y Chipre; Australia, Nueva Zelanda, India (excepto Ceilán) islas Mauricio y Seychelles; Pakistán, Malasia, etc.

DENOMINACIONES: la más difundida para identificar en general a los sistemas con predominio jurisprudencial, es la de common law (empleada esta locución, en el sentido amplísimo). Pero además se lo llama:

Derecho angloestadounidense: mejor que angloamericano o anglosajón: la denominación de justifica por que el derecho inglés (english law) y el estadounidense (que ellos llaman impropriamente, american law), son semejantes en sus lineamientos generales, por haber sido este último profundamente influido durante su formación por el derecho inglés. La penetración del derecho inglés en los estados unidos, comenzó a principios del siglo XVII, con el establecimiento de colonias inglesas en el actual territorio de la unión. Más tarde al independizarse Inglaterra, este derecho fue adoptado por los estados unidos. De ahí que el derecho inglés sea base del derecho estadounidense, en el orden federal y local. Ante todo aclaremos que estadounidense es la voz más adecuada, por que significa referido o perteneciente a los estados unidos de América. Esto es verdad por que la misma constitución de los estados unidos de América, usa indistintamente en su texto "el nombre de" estados unidos", así secas, como sinónimo del anterior.

Derecho angloamericano: es muy común que tantos ingleses como estadounidenses usen el vocablo "americano", para designar lo que se refiere o pertenece a los estados unidos. Se trata de un uso tan común como inexacto. Por que hablando con precisión americano es lo referido a América. Es decir, a toda América. En consecuencia no debe utilizarse el vocablo norteamericano, ni la palabra compuesta angloamericano, en sentido antedicho.

Derecho anglo norteamericano: esta palabra es más precisa que angloamericano, pero tiene el defecto de equiparar lo norteamericano con lo estadounidense, cuando el vocablo norteamericano tiene un significado más extenso, pues abarca todo el referido a América del norte de la que estado unido es solo una parte.

Derecho anglosajón: si bien los estadounidenses e ingleses son pueblos de origen sajón, no debemos olvidar que este vocablo tiene un significado más amplio, pues comprende otros pueblos también sajones (ej alemán) que no esta regido por el common law. Usar este término es usar una expresión inexacta.

FUENTES DEL COMMON LAW: son las siguientes:

La jurisprudencia, también llamada comúnmente common law, en oposición al statute law.

Importancia: de lo dicho surge que en este sistema jurídico, la jurisprudencia, que los estados anglo estadounidenses llaman, precedentes judiciales, constituye la fuente más importante del derecho, inclusive en sectores jurídicos legislados.

El derecho angloestadounidense contenía y conserva en parte un sistema dualista de jurisprudencia, constituido por: *La norma del common law*, en sentido restringido, o normas del derecho estricto con soluciones que en algunos casos pueden resultar injustas; y

Las normas de la equity (o de equidad, o jurisprudencia de la equidad) surgida de la equidad, de esa manera discrecional de interpretar y aplicar las normas respectivas, o en otros términos de una aplicación más equitativa que permite hacer justicia en un caso particular aunque a veces es preciso fallar en contra de lo que disponen las normas aplicables al caso.

Las dos ramas jurisprudenciales pueden ir acompañadas o no de tribunales distintos que las apliquen: esto ha ocurrido en ámbito angloestadounidense. Así en algunas épocas ha habido distintos tribunales para aplicar los diferentes sistemas de norma: son los llamados tribunales del common law y los tribunales de equity.

Unificación creciente de ambas ramas de tribunales: este fenómeno se observa tanto en Inglaterra como en los estados unidos:

Del reino unido: el derecho de equidad comenzó a formarse en el siglo XV, a través del tribunal de la chancillería con el fin de atemperar el excesivo rigorismo del common law. Los respectivos tribunales de equidad existieron hasta el último cuarto del siglo XIX.

En los estados unidos: por tratarse de un país federal, hay que distinguir entre:

Los tribunales federales: dentro de su competencia entienden, tanto en asuntos de derecho estricto como de equidad, y

Los tribunales locales: la fusión de ambas ramas se ha producido ya en muchos estados y el proceso de unificación continúa en los otros.

La legislación: (statute law, también llamado, written law- derecho escrito): con esta expresión inglesa se denomina al derecho legislado, y en particular, al conjunto de leyes emanadas del parlamento inglés así como el congreso y legislaturas estatales de los estados unidos.

Importancia en general: la ley esta en la actualidad y desde hace mucho tiempo en un plano secundario frente a la jurisprudencia, al punto de que los juristas angloestadounidenses dicen que la finalidad del statute law, es subsanar las deficiencias que pueda presentar el common law en puntos determinados.

Tan cierto es lo antedicho que las leyes recién dictadas provocan una incertidumbre en quienes deben cumplirla, hasta que los tribunales fijan el sentido jurídico de las mismas en sus fallos. Durante ese lapso intermedio se suele decir que las leyes no han sido probadas todavía, al punto de que una vez aplicada por los tribunales los juristas citan los precedentes surgidos de aquella interpretación, para fundamentar jurídicamente los nuevos casos singulares que se les presenten, confinando la ley en un plano más o menos secundario.

Importancia en el ámbito político: es en el derecho político y en el derecho constitucional, donde el statute law tiene mayor importancia. Recordemos que en reino unido hay muchas leyes políticas desde la carta magna hasta la *parliament act*, pero la importancia es mayor aun en los estados unidos, que tiene una constitución legislada. No obstante ello y confirmando lo dicho en el párrafo anterior con respecto al predominio jurisprudencial que existe en el common law es oportuno recordar que el jurista estadounidense Hughes dijo "estamos bajo la constitución, pero la constitución es lo que los jueces dicen que es".

la costumbre: según lo explicado, en la mayor parte del common law, la costumbre ha sido prácticamente sustituida por la jurisprudencia. No obstante, dicha fuente ha tenido y tiene importancia en el ámbito político- gubernamental, en el que



muchas actividades ejecutivas y parlamentarias están regidas por verdaderas costumbres jurídicas, que son tanto o más respetadas que las mismas leyes

la doctrina: en tanto que fuente material como sucede en todo derecho con cierto grado de progreso técnico, tiene apreciable importancia. Con este carácter cabe recordar la influencia de conocidos juristas partícipes de la concepción denominada realismo jurídico norteamericano, que han provocado una disminución de la influencia tradicional del historicismo en el common law. Por lo que han contribuido a disminuir la rigidez del principio de la obligatoriedad del precedente, como puede observarse actualmente en los estados unidos.

TRASFONDO FILOSÓFICO DEL COMMON LAW:

En general: los juristas y filósofos que trabajan dentro de este ámbito del sistema jurídico, tienen a diferencia de los encuadrados en el sistema continental, una particular manera de pensar del derecho, cuyo carácter fundamental es ser predominantemente historicista. Consideran el derecho actual como un producto de la evolución histórica, por lo que para resolver conflictos presentes, miran al pasado, con el fin de hallar solución.

En Este método de pensar, el derecho lleva al juez del common law, por una parte inferir la norma general que aplicara en su sentencia, del caso análogo que elija en definitiva como precedente, pero por otra parte no tiene sobre todo cuando debe aplicarse el statute law, un marco legal de la ley como el sistema continental, que fija un límite a la interpretación. El resultado es que el juez del common law, tiene mayor libertad que el juez del sistema romanista, en la elección e interpretación de los fundamentos normativos de su sentencia.

Explicación del enfoque historicista: se funda en dos razones:

En la circunstancia de que en los primeros tiempos, este derecho y durante varios siglos, la costumbre fue la única fuente jurídica. Como es sabido que la costumbre es un hecho que debe ser buscado primero en la realidad presente, para constatar si tiene vigencia, además para ser tenida como costumbre requiere que haya tenido vigencia durante un determinado número de años, ello conduce a buscarla en el pasado para confirmar el presente.

El espíritu profundamente tradicionalista del pueblo ingles: este carácter tan evidente ha permitido y convalidado, la consolidación del hábito mental explicado. Una prueba de ese espíritu tradicionalista la tenemos en la pompa fastuosa en la que se desenvuelve el rey. Dicho ceremonial que tiene siglos de antigüedad es celosamente mantenido y ejerce una profunda sugestión sobre la masa popular.

CARACTERES DEL COMMON LAW: a diferencia de lo indicado para el sistema romanista, cabe mencionar lo siguiente:

Es predominantemente jurisprudencial, por lo que la ley está subordinada a la jurisprudencia;

Es más estable y evolutivo que el sistema romanista: la estabilidad surge del respeto: al principio de la obligatoriedad del precedente lo que es explicado con estrictez, sobre todo cuando se trata del derecho en propiedad, derechos contractuales, comercio y derecho penal por que así lo exige la convivencia de mantener la estabilidad y la previsibilidad en esas materias.

El carácter evolutivo; permite una lenta pero incesante adaptación a los cambios sociales

Para cambios rápidos debe recurrirse a las leyes

Ofrece en general menos seguridad jurídica que el sistema continental; por que no siempre es predecible lo que van a resolver los jueces, ante la falta de una norma general preexistente que contemple el caso

Es técnicamente más imperfecto que el sistema romanista; por la técnica de elaboración casuística.

AUMENTO PROGRESIVO DE LAS SEMEJANZAS ENTRE AMBAS CLASES DE SISTEMAS JURÍDICOS:

Síntesis: sin perjuicio de las diferencias explicadas no debemos olvidar que ambos sistemas cumplen la misma función en las respectivas sociedades, función que si la circunscribimos a la tarea de los órganos jurisdiccionales, no es otra que resolver conforme a derechos, los conflictos que se plantean en las respectivas comunidades, en cuanto sea de su competencia

La identidad de funciones hace que ambos sistemas tengan algunas semejanzas, pero lo notable es advertir que dichas semejanzas van en paulatino aumento, lo que nos plantea un interrogante sobre el futuro de ambos sistemas. Se trata sin duda de algo difícil de pronosticar, sobre todo si nos planteamos la posibilidad de esas crecientes analogías lleguen a constituir algún día, una posible uniformidad. Volviendo al presente veamos cuales son esas semejanzas que van progresando:

Mayores analogías en el sistema romanista con respeto al common law: consisten esencialmente en la mayor importancia de la jurisprudencia uniforme dentro del sistema romanista, con lo que va disminuyendo en forma paulatina la diferencia Principal entre ambos sistemas. Esta creciente analogía reviste dos formas:

Mayor importancia de la jurisprudencia uniforme en el sistema romanista en general, por evolución del propio sistema; esto es una auspiciosa realidad y hoy día se está muy lejos de aquel fetichismo legal que surgió a comienzos de la codificación moderna,

Mayor importancia de la jurisprudencia en algunos lugares con sistema romanista, por recepción de sistemas de precedentes del common law; en Escocia, estado de Louisiana (EEUU), provincia de Québec (Canadá), etc. Lugares todos en los que hay sistema de filiación romana, se ha producido un fenómeno ciertamente original, que consiste en haber recepcionado el principio del precedente judicial obligatorio, propio del common law, ello ha provocado una mayor semejanza con este sistema. el hecho se debe sobre todo a la formación jurídica anglo estadounidense de los respectivos juristas y además a la vecindad de los países con el sistema de common law que facilita la obtención de los repertorios de jurisprudencia.

Mayores analogías en el common law con respecto al sistema romanista: se ha producido y se está acrecentando de dos maneras:

1. aumento paulatino del derecho legislado (statute law): este proceso se ha ido acrecentando por ser la manera más rápida, de dar respuestas a los cambios acelerados que se van produciendo en la realidad social, inducidos por avances tecnológicos. En otros casos la finalidad ha sido dar mayor certeza y seguridad a ciertas relaciones económicas para incrementarlas por que se ha reconocido que las leyes claras y precisas permite que los habitantes sepan a atenerse y lanzarse a una mayor producción,
2. los precedentes no son ya obligatorios para el tribunal supremo de los estados unidos y del reino unido, tal como sucede en los países con sistema romanista. Esta facultad no impide que ambos tribunales sigan aplicando sus propios precedentes cuando por ese camino se llega a soluciones justas para casos análogos.

UNIDAD XX

LA TÉCNICA JURÍDICA

TEORÍA DE LA TÉCNICA JURÍDICA- ACLARACION PREVIA

TEORÍA DE LA TÉCNICA JURÍDICA

Aclaración previa.-Como se ha explicado, el derecho es un objeto cultural y por lo tanto obra del hombre; en efecto, son los hombres los que dictan las normas que han de regir la convivencia y también los que las aplican. Ahora bien, como toda actividad humana, la formulación de normas jurídicas y su aplicación a los casos concretos, puede también ser tecnicada, es decir, guiada por una serie de reglas que prescriben un conjunto de procedimientos especiales, cuya observancia permite un trabajo bien organizado y asegura resultados más fructíferos. Resulta pues indudable, la necesidad y ventajas de una buena técnica jurídica

Regla Técnica y Norma Jurídica— Para disipar un error muy común, conviene reiterar que toda conducta puede ser enfocada técnica y éticamente. Conviene insistir, para evitar el error aludido, que tales regulaciones no son excluyentes. Esto significa que una regla o conjunto de reglas técnicas (p. ej., tal sistema de elaboración de las leyes), pueden ser incorporadas al derecho, es decir, pueden ser juridizadas (p. ej., el sistema a que aludía recién, incorporado a una constitución). No obstante ello, una regla técnica, por la circunstancia de haber sido incorporada a un régimen jurídico, no deja de ser técnica, pues la calificación de técnica o jurídica depende, del punto de vista en que nos coloquemos; en efecto, si atendemos a la realización del fin concreto, la calificaremos de técnicamente buena o mala y, por su parte, si la



encaramos desde el punto de vista de la interferencia intersubjetiva de las conductas (en cuanto otro sujeto puede, p. ej., exigir tal procedimiento técnico), dicha norma será jurídica y nos permitirá establecer si tal o cual técnica es lícita o ilícita. Del mismo modo, una determinada técnica quirúrgica, puede ser considerada jurídicamente, a los efectos de saber si es lícita o ilícita, porque como es lógico, podría prohibirse la aplicación de técnicas determinadas

Concepto. Entiendo por técnica en general, el conjunto de procedimientos que se siguen para llegar a un objetivo dado, es decir, para realizar un fin concreto.

Dada la gran complejidad que ha alcanzado la formulación y realización del derecho en la actualidad, huelga todo comentario referente a la importancia que reviste la técnica jurídica. Pero interesa sí destacar que, como el derecho rige la convivencia humana, una falta de técnica jurídica —según se ha dicho— encierra casi siempre una injusticia.

LA TÉCNICA Y LA PRÁCTICA JURÍDICA. No debe confundirse la Técnica con la Práctica Jurídica (también llamada por algunos judicial, aunque en realidad, ésta es sólo uno de sus aspectos), puesto que práctica, en general, es “el conjunto de conocimientos empíricamente adquiridos y aplicados a la realización material de las distintas actividades u operaciones de cualquier profesión u oficio”

Conviene aclarar un poco más este aspecto conceptual, para evitar mal entendidos. En efecto, la técnica tiene algo de científico y algo de práctico:

a) De científico, porque todo conocimiento técnico, en el auténtico sentido de la palabra, presupone por lo menos el conocimiento de ciertos principios generales referentes a la ciencia respectiva y b) algo de práctico, pues por tratarse de procedimientos tendientes a la realización concreta de un fin, cuenta con un caudaloso aporte de elementos extraídos de la realización del fin perseguido que, en nuestro caso, es la realización del derecho.

Relación de la técnica jurídica con la Ciencia del Derecho:

Enfoque filosófico de la técnica jurídica —como corresponde a la filosofía, se encara la técnica en su dimensión más amplia, razón por la cual no corresponde estudiar la técnica jurídica propia de tal o cual derecho. Este aspecto queda para la Ciencia Dogmática.

Contenido: Medios Técnicos-jurídicos —El contenido de la técnica jurídica abarca una serie de medios técnicos, que han sido divididos en formales y sustanciales. Los sustanciales son llamados así por que se refieren más bien a la sustancia o contenido de las normas jurídicas, pero sin dejar por ello de ser medios técnicos.

1) Lenguaje: Toda ciencia tiene un vocabulario propio, tanto más rico cuanto más evolucionada está y lo mismo pasa con las Ciencias Jurídicas, porque es evidente la necesidad de una terminología *ad hoc* que responda a sus necesidades. “Cuando hablando en general, Condillac afirmó que la ciencia era sólo una lengua bien hecha, deseaba destacar cuánto significaba la adecuada adopción y empleo de los términos técnicos”

Hasta aquí se ha hecho referencia al lenguaje técnico-jurídico en general, pero podemos enfocar concretamente algunas de sus manifestaciones. Veamos las siguientes:

a) Vocablos: a) en primer término, las Ciencias Jurídicas, como sucede con todas las disciplinas científicas, tienen palabras propias. Por ejemplo: hipoteca, debenture, protocolización, warrant, etcétera; b) además, la nomenclatura jurídica registra muchos vocablos del lenguaje común, pero asignándoles un significado estrictamente jurídico. Por ejemplo: cosa, servidumbre, fundación, prescripción, habitación. Etcétera.

b) Fórmulas: Son también numerosas y muchas de ellas se conservan por la fuerza de la tradición. Por ejemplo: “hágase saber”, “ante V.S. como mejor convenga en derecho me presento y digo”, que suele emplearse al comienzo de escritos judiciales; “será justicia”, que se agrega al final de los mismos; etcétera.

Estas expresiones solemnes han perdido terreno en el derecho actual. Dice al respecto Martínez Paz: “En la vida moderna parece mas bien que las fórmulas jurídicas tendieran a desaparecer; es raro el caso, como el de la celebración del matrimonio, en que se conserve la fórmula en su estricto sentido, en el que es necesario pronunciar determinadas palabras para que el acto alcance validez legal; se explica que este rigor de la fórmula deba ceder ante el principio que reconoce que la fuerza jurídica de los actos viene tan sólo del poder de la voluntad individual que los crea. En Roma, por el contrario, las fórmulas ocupaban en la vida del derecho un amplio campo; bastaría recordar las acciones que protegían los derechos, que en su totalidad estaban aseguradas por el empleo de fórmulas sacramentales; este modo correspondía ciertamente a una condición primitiva en la que se trataba de despertar un estado de conciencia por la repetición de formas exteriores”.

c) Aforismos y sentencias: Son muy comunes, tanto en los libros jurídicos como en los escritos forenses. Entre ellos abundan los procedentes del Derecho Romano, que suelen enunciarse en latín. Por ejemplo: *ad referendum*, *ad probationem ubi lex non distinguit, nec nos disringuere debemus*, *ubi societas, ibi jus*, *summun jus*, *summa injuria*, etcétera. Además, hay otros que se enuncian en castellano, como por ejemplo, “a confesión de parte relevo de prueba”; “lo que no está prohibirlo está tácitamente permitido”; etcétera.

d) Estilo: Además de emplearse las palabras con precisión, sobre todo cuando sean equívocas, es necesario ajustarse a un estilo sencillo, claro y conciso. Esta exigencia, adquiere mayor importancia cuando se trata de la redacción de leyes, pues éstas deben ser lo suficientemente claras como para que todos las entiendan y para que su interpretación y aplicación no dé lugar a interminables discusiones. Cabe agregar al respecto que muchas veces, es necesario y se justifica, el sacrificio de los más estrictos principios de la sintaxis, en aras de la claridad y fuerza de expresión que debe trasuntar toda ley.

En general, las leyes modernas suelen responder a estas exigencias.

2) Formas —Se llama así al conjunto de signos exteriores que acompañan la realización de los actos jurídicos (p. ej., la escritura pública, necesaria entre nosotros para la transmisión de inmuebles, la presencia de dos testigos en la celebración del matrimonio. Ahora bien, todo acto tiene forzosamente una forma, como la tiene todo lo que existe. A propósito de esto, haré una advertencia con respecto a esa clasificación tan corriente de los actos jurídicos, que los divide en formales y no formales.

1. Actos Formales

a) Solemnes

b) No solemnes.

2. Actos No Formales.

Quiero advertir que la expresión “actos no formales”, no significa que tales actos carezcan de forma, sino que ésta se deja librada a la voluntad de las personas que los realizan, pues la ley no fija forma alguna en particular. Por el contrario, se llaman actos formales, aquellos para los cuales la ley establece una forma determinada y cuya ausencia trae aparejadas ciertas sanciones (nulidad, etc.), pues las formas se exigen para asegurar los derechos de las personas. Los actos formales suelen ser divididos en dos grupos; a) solemnes:

Son aquéllos en los que la validez o existencia del acto, depende de la observancia de la forma establecida b) no solemnes: en este caso, la forma no es exigida como condición de validez del acto, sino simplemente como medio de prueba. Por lo tanto, en defecto de la forma establecida, el acto no es nulo, pero se exigen ciertos requisitos para perfeccionarlo.

Como es evidente, en lo que se refiere a la forma de los actos jurídicos, la buena técnica consiste en no exigir más requisitos que los necesarios, para no caer en el formalismo, exageración criticable, no sólo desde el punto de vista técnico, sino también económico, etcétera (en otro lugar, me referiré al “formalismo” con mayor extensión).

3) Sistemas de Publicidad —Entre los distintos sistemas, han tomado auge actualmente los registros públicos, por las ventajas que aparejan.

4) Informatización de datos jurídicos —El estudio de dicha tarea corresponde a la informática jurídica y ésta es, obviamente, la informática referida al derecho. A su vez la informática es la ciencia concerniente al manejo supertecnificado de la información mediante computadoras también llamadas ordenadores (que pueden almacenar enorme cantidad de datos mediante la llamada “programación” de las computadoras). Esto permite disponer



rápida de mucha información, sobre todo cuando la computadora que se maneja, está conectada a bancos de datos con información suficiente y veraz (esto último porque la computadora devuelve los datos que han sido incorporados a ella). Al respecto no debemos olvidar el progreso vertiginoso de la tecnología informática, cuyo ejemplo más notable es actualmente "Internet".

La Informática Jurídica provee datos necesarios para las tareas del derecho, ya sea en la actividad judicial (de jueces y abogados), en el accionar parlamentario y también para el Poder Ejecutivo (en el aspecto jurídico de su función). Así, por ejemplo, la búsqueda de jurisprudencia, que puede llevar mucho tiempo, se resuelve en pocos segundos apretando unas teclas de la computadora. Lo mismo pasa cuando se quiere buscar, por ejemplo, la ley vigente sobre un tema determinado, etcétera.

En síntesis, la informatización de las tareas jurídicas en general, es un medio técnico de gran valor práctico y de difusión creciente, ya que permite una tarea mucho más rápida y eficaz.

5) Definiciones —las leyes no deben contener definiciones meramente doctrinarias y sin alcance normativo, como son muchas de las que tiene nuestro Código Civil. Cosa distinta ocurre cuando sirven directamente para la interpretación de la ley, en cuyo caso están justificadas

6) Presunciones —Las presunciones responden a una necesidad práctica ineludible, razón por la cual no puede prescindirse de ellas. En efecto, son muchos los casos en que el establecimiento de la verdad resulta imposible (p. ej. la duración exacta del embarazo a los efectos de establecer la paternidad) y su solución, en consecuencia, sería también imposible, o a lo mejor arbitraria, si se la dejara librada al criterio del juez. Ahora bien, el ordenamiento jurídico debe dar seguridad a las relaciones humanas, razón por la cual, en estos casos relativamente frecuentes, el legislador suele recurrir a un expediente técnico: la presunción, resolviendo de alguna manera el asunto, al fijar como verdad jurídica, lo que es una probabilidad más o menos fundada. Claro que las presunciones deben ser razonables —no arbitrarias— y reposar por lo tanto sobre un fundamento sólido (p. ej., sobre las conclusiones de la embriología, para establecer la duración del embarazo), etcétera.

7) Ficciones. Son creaciones jurídicas puramente imaginativas —ajenas a la realidad— que se establecen con alguna finalidad práctica (así se resuelven en forma sencilla, una serie de problemas complicados)

A diferencia de las presunciones que se conforman según la realidad, las ficciones parecen contrariarla, pues afirman lo que racionalmente no podría sostenerse. Es por eso que Ihering las calificó de mentiras técnicas consagradas por la necesidad. Aclarado este punto, Legaz y Lacambra dice que "si bien el derecho positivo» por distintas razones, recurre a menudo a la ficción, al pensamiento jurídico científico le corresponde explicar el sentido exacto de la misma e incluso mostrar cómo, en gran número de casos y desde un punto de vista lógico-formal, no existen ficciones sino determinados juicios de valor expresados, acaso, en forma de ficción. Esto sólo puede afirmarse dentro de un pensamiento naturalista, que considere que la misión del Derecho es expresar juicios de existencia, reproducir la realidad en lugar de valorarla". "Por eso no es una 'mentira' la ficción, considerada en su esencia, aun cuando en las leyes, por distintas causas, se exprese en forma de mentira. Pero para que, en su esencia, fuese tal mentira, no sólo tendría que referirse a hechos naturales —cosa que siempre hace— para "valorarlos", sino tendría que expresar un juicio de existencia sobre esos mismos hechos y no un juicio de valor"

Clases— Suelen distinguirse tres clases de técnica: 1) legislativa, 2) jurisdiccional, y 3) doctrinaria.

Son muchos los autores que hablan de una técnica interpretativa o jurisprudencial y se refieren a los métodos de interpretación de la ley. Por mi parte, considero que la interpretación de la ley, es algo más que una simple técnica, pues tiene la jerarquía de procedimiento científico; a su vez, los métodos interpretativos son precisamente eso, métodos, es decir, un conjunto de operaciones lógicas que se refieren por ende al pensar; en cambio, la técnica, es un conjunto de procedimientos prácticos que se refieren al hacer del hombre.

TÉCNICA LEGISLATIVA

Concepto, La técnica legislativa o de formulación del derecho, es la que se refiere a la actividad del legislador en la elaboración de las normas jurídicas.

Problemas. Entre otros, comprende los siguientes:

1) Lenguaje y estilo de la ley. No obstante, en cuanto al modo de redacción, las leyes solían ser antes redactadas en estilo persuasivo, tratando de inducir a los obligados, explicando además la ratio legis, etcétera. Hoy día, en cambio, se redactan en estilo preceptivo, es decir, sencillos, concisos y con la fuerza expresiva de un mandato u orden, sin dar ninguna clase de explicaciones.

2) Distribución de las leyes en distintos códigos y distribución de las normas dentro de los códigos y leyes. Este problema, igual que el anterior, tiene mucha importancia, pues nadie negará que una adecuada distribución de materias, permite, en primer término, una correcta redacción, evitando repeticiones inútiles y, lo que es peor, posibles contradicciones; además, facilita grandemente su conocimiento y aplicación.

Para obviar estos inconvenientes, como podrá comprobarlo al estudiar nuestro derecho— muchos cuerpos legislativos han creado comisiones de técnicos, cuya

Función especial consiste no sólo en la redacción y sistematización de las leyes, siguiendo las directivas del Parlamento, sino además en armonizar las nuevas disposiciones con el régimen vigente, a lo que puede ayudar mucho la Informática Jurídica.

3) Sistemas de legislación. Hay dos procedimientos básicos:

El de la codificación y el de la simple incorporación o abierto, siendo una cuestión de técnica legislativa resolver la conveniencia de uno u otro en los distintos casos.

División. Colmo ha dividido la técnica legislativa en externa e interna

1) Externa: es la que se refiere a la tarea de preparación y sanción de las leyes y códigos. Por ejemplo, lo referente al nombramiento de las comisiones especiales, parlamentarias o no, o de un jurisperito de reputación, etcétera. En lo que respecta a la técnica de la sanción —no ya de la redacción— hay que distinguir dos procedimientos básicos: discusión (que puede ser general y particular), y no discusión o a libro cerrado

2) Interna: es, según este autor, la que se refiere a la concepción de las ideas jurídicas que se transformarán en preceptos obligatorios. Comprende, por ejemplo, a la fuente material de 105 preceptos (si conviene inspirarse en la realidad nacional o recurrir al derecho comparado, o ambas a la vez); la terminología; sistematización; estilo de la ley; etcétera.

TÉCNICA JURISDICCIONAL

Conceptos la que se refiere a la actividad de los jueces en la aplicación del derecho (mejor sería llamarla judicial, pues comprendería entonces el aspecto técnico de la actividad de lo: abogados, procuradores, etc.).

Problemas; Son varios; entre ellos cabe citar los que plantea la interpretación de la ley, la confección de las sentencias y demás resoluciones a cargo del juez; lo referente al interrogatorio de los testigos y otros actos procesales (sobre todo en materia de pruebas); etcétera.

TÉCNICA DOCTRINARIA

Es la que se refiere a la actividad de los juristas en el estudio de los regímenes jurídicos y aun a la exposición y enseñanza del derecho.

Algunos autores la denominan también "científica". Esta expresión, como sinónima de doctrinaria, no es acertada, porque puede inducir el error de creer que las anteriores no sean científicas, lo que no es exacto. En efecto, todo conocimiento verdaderamente técnico es científico, en el sentido de que se fundamenta en una base científica, aunque sea elemental, siendo ésta la diferencia con el conocimiento práctico. En este orden de ideas, resulta claro que tan científica puede ser la técnica del tratadista, como la del juez o el legislador, siempre y cuando sus actividades estén guiadas por las reglas técnicas respectivas y no por el mero criterio subjetivo.



Quedan pues bien aclarados los dos sentidos en que se emplea la expresión técnica jurídica, a efectos de evitar toda confusión.

Por último, aclaro que la enseñanza del derecho tiene también su técnica, vale decir, la técnica pedagógica aplicada a la enseñanza de las disciplinas jurídicas (técnica pedagógico-jurídica).

PEQUEÑO VOCABULARIO JURÍDICO

Justicia. En tanto que valor jurídico, conviene agregar que la palabra es también empleada corrientemente en una segunda acepción: como sinónimo de tribunales o de juez, cuando se dice por ejemplo, “recurrir a la justicia para la defensa de un derecho”, etcétera.

Derecho. (Del latín *directum*, *dirigere*: dirigir, encauzar). Esta palabra es empleada en varias acepciones. Ellas son muy diferentes, pero esto se explica teniendo en cuenta que cada una es el reflejo de una posición filosófica, explícita o implícita.

— Stammler (logicista puro): “Derecho es una voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable”.

— Del Vecchio (neocriticista): “Es la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina, excluyendo todo impedimento”.

— Vanni (positivista crítico): “El derecho, en sentido objetivo, es el conjunto de las normas generales impuestas a la acción humana en sus relaciones externas y apoyadas por la autoridad del Estado, para garantizar la realización de los fines del individuo y de la comunidad”.

— Kant (iusnaturalista racionalista): “Derecho es el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada cual puede coexistir con el arbitrio de los demás, según la ley general de libertad”.

— Dante: “El derecho es proporción real y personal entre los hombres que observada, conserva la sociedad y, corrompida, la corrompe”. En realidad, Dante, como iusnaturalista que era, define el “derecho natural”, es decir, la justicia.

— Legaz y Lacambra: “es una forma de vida social, en la cual se realiza un punto de vista sobre la justicia que delimita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad, dotado de valor autárquico” o.

— Cossio: fundador de la Teoría Ecológica del Derecho, lo define como la “conducta humana en su interferencia intersubjetiva”.

— Orgaz, Arturo: lo define como el “sistema de normas dotadas de coactividad que sirven para delimitar, coordinar y proteger, aquellos intereses que se estiman valiosos para la convivencia”, etcétera.

Jurídico. Esta expresión es empleada en dos sentidos:

1) Como adjetivo correspondiente a derecho: por ejemplo, fenómeno jurídico. En este sentido, jurídico se opone a no jurídico o a-jurídico y no a antijurídico. Por ejemplo, el simple acto de pensares a-jurídico porque escapa a la regulación jurídica; en cambio, un delito, es una conducta que cae dentro del campo del derecho

2) Como sinónimo de ilícito: en este sentido, el término jurídico se opone a ilícito y a antijurídico. Así se dice, por ejemplo, que un delito es un hecho antijurídico o ilícito.

Obligación (Del latín *obligatio*: ob, en torno y ligare, ligar, es decir, ligar alrededor): también esta palabra es empleada en variados sentidos

Ley. La ley en sentido general es la Regla y normas constantes e invariable de las cosas

En el sentido jurídico, la palabra ley, es la norma escrita general, obligatoria y estable que emana del poder público por motivo de interés general y en beneficio de la convivencia social.

En los términos enunciados quedan comprendidas como obras de la autoridad pública: la constitución o leyes fundamentales del estado, las leyes del poder legislativo, los decretos, reglamentos, ordenanzas, etc.

La legislación es la fuente fundamental para la creación de las normas jurídicas generales, pues, la elaboración jurisprudencial está limitada exclusivamente a las normas individualizadas.

Legislación. Se emplea en dos sentidos:

1) Designando el conjunto de leyes estén o no codificadas— que han sido debidamente aprobadas para regir en un país. Por ejemplo, la legislación paraguaya

2) Con referencia al estudio de aquellos sectores del derecho positivo que no hayan alcanzado todavía un desarrollo tal que permita fundamentar y originar una especialidad de la Dogmática

Este es un error que proviene del uso de la palabra “derecho” para designar tanto el sistema normativo, como la ciencia respectiva; aclarado esto, es fácil comprender que pueda hablarse correctamente de derecho bancario, derecho monetario, etcétera, sin que ello implique la existencia de sendas especialidades de la Dogmática Jurídica (es decir, una Ciencia del derecho bancario y otra Ciencia del derecho monetario), independientes, en el caso citado, de la Ciencia del Derecho Financiero. **Jurisprudencia.** (Del latín *juris*, justicia y *prudencia*, conocimiento). También este vocablo es usado en dos sentidos:

1) Como sinónimo de Ciencia del Derecho. Este es el sentido clásico de la palabra, aunque ya no tan usado.

2) Designando una de las fuentes formales del derecho: la constituida por el conjunto de resoluciones de los tribunales. En este sentido se habla, por ejemplo, de jurisprudencia uniforme o contradictoria, etcétera.

Magistrado. (Del latín *magistratus*, *magistrare*, gobernar, conducir. Se emplea en dos acepciones:

1) Sentido amplio: toda persona que desempeña una función pública importante.

2) En un sentido más restringido y propio, designa los funcionarios encargados de hacer justicia, es decir, los jueces.

Juez (Del latín *iudex*—*ius* y *dicere*—el que dice el derecho):

Es todo funcionario con potestad para juzgar y sentenciar. Los pertenecientes a tribunales colegiados, suelen ser llamados entre nosotros, camaristas, con excepción de los miembros de la Corte Suprema, a los que se denomina ministros.

Los jueces pueden ser letrados o legos, según que sea o no indispensable el título de abogado para desempeñar el cargo. Como es evidente, lo ideal es que todos los jueces sean letrados; no obstante ello, cuando no hay profesionales para dicha tarea en ciertos lugares (o no los había a lo largo de la historia), se nombran jueces legos, sobre todo para juzgar en pueblos de cierta importancia, los llamados asuntos “de menor cuantía” y, a veces, otros temas, según las circunstancias (son los que tradicionalmente se llaman “jueces de paz”).

Cuando el juzgador es designado por las partes, recibe el nombre de árbitro y, como no tiene jurisdicción, sus decisiones (laudos), deben ser en su caso, aplicadas por los jueces ordinarios.

Jurado — Tiene dos acepciones:

Órgano judicial colegiado, compuesto por ciudadanos legos (es decir no letrados, pero sí con una educación mínima), elegidos en general por sorteo entre los registrados a tal efecto, y cuya finalidad es emitir un veredicto (no sentencia), en los procesos penales, sobre cuestiones de hecho.

El juicio por jurados, de hondo arraigo en los países anglosajones, nunca tuvo vigencia entre nosotros.

Jurisconsulto (Del latín *jurisconsultus*): se dice particularmente del abogado de gran experiencia y preparación científica, que se dedica a escribir sobre el derecho y a resolver consultas que se le formulan.

Jurista — Es en cambio el profesional del derecho profundamente versado en el conocimiento de las leyes y cuerpos legales.

Como dice Roque Barcia con extraordinario acierto, “el abogado debe ser probo, Diligente, entusiasta; el jurisconsulto, prudente; el jurista erudito. Hay muchos abogados; hay muy pocos jurisconsultos: es muy raro encontrar un jurista”

UNIDAD XXI

APLICACIÓN, INTERPRETACION E INTEGRACION DEL DERECHO

APLICACIÓN DEL DERECHO

Aclaraciones previas. El derecho se elabora para regir la convivencia social y, por eso, frente a los casos concretos que plantea la realidad de la vida, debe ser aplicado. Ahora bien, cualquier persona que ajusta conscientemente su



conducta al derecho vigente, ya sea al pagar un impuesto, al votar, etcétera, aplica el derecho y, para ello, es obvio que, partiendo de una norma y una circunstancia dadas, tal persona ha determinado —bien o mal— cuál era la conducta que debía realizar en esa situación jurídica, representándose dicho comportamiento mediante una norma individualizada que lo describía.

Como luego veremos, esto es, en esencia, lo mismo que hace el juez para dictar su fallo, puesto que frente a un caso concreto que se le plantea, decide aplicar tal o cuales artículos del Código Civil y dicta para ello una norma individualizada —la sentencia— que contiene el resultado de esa labor. Y aunque a primera vista no lo parezca, al dictar una ley, el legislador hace en esencia lo mismo, ya que frente a un problema social determinado, dicta una norma que debe encuadrar en lo dispuesto por la Constitución, tratando de solucionar de alguna manera dicho problema. Lo mismo cabría decir del Poder Ejecutivo cuando dicta un decreto, etcétera.

Por los ejemplos dados, se habrá visto que para aplicar una norma jurídica, debe dictarse otra norma que encuadre en la aplicada.

Conceptos: aplicar una norma consiste en determinar las conductas en recíproca interferencia que corresponde realizar en una situación dada, mediante una norma de menor generalidad que la aplicada. En otros términos, puede decirse que aplicar una norma jurídica, es reglar la conducta por ella aludida, frente a una determinada realidad, mediante otra norma que encuadre en la aplicada.

Carácter complejo de la aplicación. Tradicionalmente se compara la actividad mental del juez al sentenciar, es decir, al aplicar la norma a un caso concreto, con el razonamiento deductivo mediato llamado silogismo. En este silogismo jurídico, la premisa mayor es la ley, la premisa menor, el caso a resolver y, la conclusión es la sentencia.

Pero en realidad, es ésta una comparación muy simplista y errónea, sin que ello implique negar que el juez haga también un razonamiento deductivo. En efecto, como dice Cossio, “el carácter apriorístico de la ley respecto de la sentencia, nos hace ver que el juez ha de descender de la ley a la sentencia con método deductivo, de tal manera que cualquier cosa de la ley que aparezca en la sentencia, ha de tener esa conformidad racional de lo general a lo particular, común a toda deducción”.

Para demostrar lo erróneo de la comparación silogística, basta con tener presente que si así fuera, dado un caso y una ley que lo contemplara, la solución tendría que ser forzosamente una sola; mas he aquí que la experiencia —piedra de toque de todas las teorías— nos demuestra que no ocurre así, pues frente a un caso caben varias soluciones —por lo menos dos—, todas igualmente correctas desde el punto de vista racional-deductivo, de las cuales, el juez aplicará una en la sentencia. Es que como ha dicho Kelsen, toda ley es un marco de posibilidades, donde podemos encuadrar varias soluciones.

Veamos ahora un poco más detalladamente qué hace un juez para sentenciar (igual que cualquier jurista para resolver un asunto): dado un caso, se comienza investigando los hechos a fondo, en todos sus detalles, valiéndose de los medios de prueba disponibles (piénsese, p. ej., en la complejidad de algunos hechos delictuosos); después de esto, el jurista lo encuadra o subsume en una norma, esbozando una solución o sentencia; vuelve después al caso para ver si ese esbozo coincide o no con el sentido del caso, aceptando o rechazando entonces la norma elegida; volverá otra vez a la norma y después de nuevo al caso y así varias veces, hasta tener la convicción de que el caso encuadra por su sentido en una norma determinada.

Elegida la norma, no hay duda de que cabrán dos o más soluciones igualmente válidas y de ellas, el juez elegirá una. Cabe ahora preguntarse, ¿en qué se basa el juez para elegir una y no otra? lo hace por una valoración, en virtud de la cual, una de ellas le parece, por ejemplo, más justa que la otra u otras.

Problemas principales que plantea. La aplicación del derecho plantea una serie de problemas, de los que analizará aquí los siguientes:

- 1) Interpretación “de la ley”, o mejor, del derecho;
- 2) Integración “de la ley”, o más propiamente, del derecho;
- 3) Conflicto de normas en el espacio; y
- 4) Conflicto de normas en el tiempo.

INTERPRETACIÓN DEL DERECHO GENERALIDADES

Concepto. Toda norma jurídica —Y no sólo la ley— es susceptible de interpretación. Con esta advertencia, cabe decir que interpretar una norma jurídica consiste en establecer su verdadero sentido y alcance:

a) Establecer su sentido: esto se explica porque una norma jurídica como todo objeto cultural— significa algo, o si se quiere, tiene una “finalidad”, es decir, un sentido. Por ejemplo, una ley que establece vacaciones anuales pagadas por el empleador, tiene la “finalidad” de asegurar un descanso necesario para la salud física y mental de los trabajadores. Y éste es su sentido.

b) Alcance: quiere decir la extensión de esa finalidad o sentido, por que con dos leyes o dos proyectos puede perseguirse una misma o análoga finalidad, aunque con distinto alcance.

Denominaciones. Como consideración de orden general, cabe decir que el vocablo “interpretación” se aplica a todo objeto que tenga un sentido y no sólo a las normas jurídicas; es decir que toda expresión o signo puede ser interpretado. Por eso se habla de interpretar un poema, un cuadro, un gesto, una partitura musical, etcétera.

Corrientemente se habla de interpretación de la “ley”. Esta denominación, no del todo exacta, es una supervivencia de ese racionalismo exagerado que creía que todo el derecho estaba en la ley y que, por lo tanto, lo único a interpretar era la ley. Pero sucede que tanto se interpreta una ley, como un contrato, o una sentencia, etcétera; por eso, lo que corresponde es decir que toda norma jurídica es susceptible de interpretación. Esto no significa negar que la interpretación de los contratos, por ejemplo, presente algunas peculiaridades.

Ahora bien, la interpretación da origen a una serie de problemas (estudio de la actividad del intérprete en cuanto tal; métodos de interpretación, etc.), todo lo cual permite la confección de una teoría filosófica de la interpretación de las normas jurídicas, también llamada Hermenéutica Jurídica.

CLASES:

1) Según el intérprete, puede distinguirse:

Interpretación judicial (o jurisprudencia! o usual): es la que realizan los jueces para sentenciar. Ya he dicho que antes de su aplicación, las normas deben ser interpretadas.

Esta interpretación tiene la particularidad de ser obligatoria, por lo menos con relación a las partes en litigio, cuando es la establecida en una sentencia aislada, pero, cuando se ha “sentado jurisprudencia”, como en el caso de existir un tribunal de casación, esa interpretación es obligatoria no sólo para el caso en que ha sido dictada, sino también para todos los casos análogos siguientes que se presenten a las autoridades judiciales: equivale entonces a una fuente formal o modalidad general del derecho positivo.

A esta interpretación se la llama también usual, porque la interpretación de las leyes y demás normas jurídicas, así como su aplicación a los conflictos entre personas, corresponde por antonomasia los jueces y, por lo tanto, al Poder Judicial, claro que dentro de un régimen institucional de separación de poderes.

Interpretación legislativa (o auténtica): es la que emana del propio legislador, mediante otra ley llamada interpretativa. Como es obvio, esta interpretación es obligatoria para todos, puesto que se realiza mediante una ley que se incorpora a la anterior para formar parte de ella.

Se la ha llamado auténtica, porque a primera vista parecería que nadie está más indicado para interpretar una ley, que quien la ha dictado. Pero esto, que no es del todo exacto puesto que los integrantes de los cuerpos legislativos varían, etcétera, amén de que no siempre el autor de una obra es su mejor intérprete, encierra un peligro mucho más grave que la posible exactitud y justicia de esa interpretación: es el peligro del desconocimiento de los derechos fundamentales del hombre. Esto se explica porque la estructura institucional de la separación de los poderes —claro que cuando incluye la



independencia del Poder judicial permite que las personas encuentren en este último la mejor garantía para la defensa de sus derechos, por la mayor imparcialidad y justicia que ofrece sobre los poderes políticos. Esto ya lo dijo Montesquieu, aunque en forma no muy precisa.

Interpretación doctrinaria (o libre): es la que realizan los jurisconsultos y comentaristas del derecho en general. Esta interpretación carece de obligatoriedad, pero suele influir en buena medida en las decisiones judiciales. En efecto, cuando una determinada interpretación es apoyada por autores de prestigio, en general, es raro que los tribunales se aparten de ella. Como excepción, se suele recordar el caso de los jurisconsultos Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, cuyas Opiniones tuvieron obligatoriedad en Roma, desde la “Constitución Imperial” del año 426 que así lo dispuso, hasta su abrogación por Justiniano. Se la llama libre, porque al no estar influido su autor por ningún litigio determinado, como sucede con el juez o los defensores de las partes, su interpretación ha de resultar, en principio, más objetiva.

Hay algunos autores que la denominan interpretación “científica lo que es a mi criterio un error, puesto que tan científica puede ser la interpretación de un doctrinario, como la del juez, o del abogado, etcétera.

De acuerdo con la extensión y alcance de la interpretación, se suele distinguir:

Interpretación declarativa o estricta: es la que se limita prácticamente a reproducir el texto legal.

Como es obvio, procede en los casos de textos simples, claros y precisos. Por ejemplo, el caso del juez que aplica una multa por estacionamiento prohibido.

Interpretación extensiva: cuando el intérprete extiende el alcance de la norma, mediante el desarrollo de las posibilidades de la misma. Así pueden encuadrarse en una norma, casos que a primera vista no lo estarían.

La interpretación extensiva no debe ser confundida con la aplicación analógica, pues mientras en aquella la norma puede razonablemente abarcar un caso determinado, en la segunda se empieza por reconocer que la ley no rige el caso. Por lo tanto, más que un medio de interpretación, la aplicación analógica es —como dice Gény— un medio de integración del derecho.

Interpretación restrictiva: es la que restringe el alcance de la norma y, tiene lugar, en general, cuando de la aplicación del texto expreso de la ley, resultaría una injusticia. **Según el método que la guía,** se habla de interpretación gramatical, histórica, sistemática, etcétera (y, métodos de interpretación).

MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

Aclaración previa. --- Son muchos los métodos existentes para la interpretación de las normas jurídicas y, hay entre ellos profundas diferencias.

Para comprender mejor la razón de tales diferencias corresponde aclarar que existe una relación entre el método de interpretación que se propugna y el concepto que se tiene de la interpretación. En efecto, al formularse un método de interpretación de la ley, se presupone forzosamente un concepto concreto de lo que se entiende por sentido de la ley, porque todo concepto o conocimiento se formula desde un punto de vista. Pues bien, hay al respecto dos posiciones fundamentales:

a) **Para unos, el sentido de la ley es la voluntad o intención del legislador** que la sancionó; en cambio, para otros, **b) es la voluntad de la norma misma.**

Se comprenderá ahora que si se participa de la primera opinión, se dará preferencia a los trabajos preparatorios, informes de la comisión parlamentaria, etcétera, a efectos de poder precisar bien la Voluntad del legislador; en cambio, si se sostiene la segunda posición, no se dará a ello mayor importancia, sino que se buscará, por ejemplo, la Coordinación y subordinación lógica de esa norma, con relación al resto del orden jurídico positivo, las nuevas condiciones sociales a que debe ser aplicada, etcétera.

Con estos elementos, puede decirse ya que ninguna de estas dos opiniones corrientes es totalmente exacta y, como prueba indudable, basta recordar que cuando recién se dicte una ley, suele fundamentarse su interpretación en los informes parlamentarios, opinión de sus autores, etcétera (aquí sería cierta la posición “a”), pero, en general, cuando pasa algún tiempo y se ha modificado la realidad social, resulta que ya no se hace mención de aquellos elementos y sí de la “finalidad” de la norma frente a las nuevas condiciones sociales, etcétera (aquí resulta cierta la posición “b”). De todo esto surge otra posición, que me parece la más acertada:

c) **el verdadero sentido (mal llamado “voluntad” o “finalidad”) de una norma,** es el que le da el intérprete que, para lograr una interpretación de jerarquía científica, debe partir del conocimiento de la teoría de interpretación del derecho, y sin que esto deje de tener en cuenta el ineliminable margen de subjetividad (que debe ser lo menor posible), que se da forzosamente en la interpretación de todo objeto cultural.

Quizá pueda pensarse que de este modo desaparece la objetividad de las normas jurídicas y de su interpretación, pero ello no es exacto y, sin entrar en mayores consideraciones, basta con decir que siendo una ley lo suficientemente clara y no habiendo mayores cambios en la realidad social, la voluntad del intérprete habrá de coincidir con la del legislador.

Enumeración de los métodos; Seguidamente haré un análisis de los siguientes métodos:

MÉTODOS TRADICIONALES

- 1) Método gramatical o filológico;
- 2) Método exegético o histórico;
- 3) Método dogmático o lógico-sistemático;

MÉTODOS MODERNOS

- 4) Método de la evolución histórica (Saleilles);
- 5) Método de la libre investigación científica (Gény);

CONCEPCIONES INTERPRETATIVAS ANTIMETÓDICAS

- 6) Escuela del Derecho Libre (Kantorovicz);
- 7) Teoría Pura del Derecho (Kelsen);
- 8) Teoría Ecológica del Derecho (Cossio).

Las concepciones 6, 7 y 8 no constituyen, en realidad, métodos interpretativos —por eso no llevan ese nombre. Sino que, por el contrario, son la negación del método. Los incluimos en la enumeración porque implican una concepción interpretativa que conviene conocer.

Una vez explicados los métodos, agregaré algunas clasificaciones que se han dado de ellos.

Explicación de los métodos— En este punto hay disparidad de opiniones no sólo conceptuales, sino también terminológicas, puesto que distintos autores llaman de distinta manera a un mismo método. Por ejemplo, al explicar el método dogmático —que algunos llaman exegético—, dicen estos autores que frente a un texto oscuro, corresponde empezar por la interpretación gramatical, para seguir después, si así no se aclara, con la interpretación lógica, etcétera. A mi criterio se comete un error, puesto que aquí ya se emplean dos métodos distintos: el gramatical y el dogmático propiamente dicho. Esto se explica porque a medida que han ido surgiendo los distintos métodos, sus autores trataban de superarlos y a veces los consideraban como una etapa previa a la aplicación del método que proponían:

Esto es lo que ocurre en el ejemplo citado de los métodos gramatical y dogmático.

Por eso trataré de explicar los métodos considerándolos estrictamente, en lo que cada uno tiene de original, sin perjuicio de hacer constar que, en la práctica, los autores proponían y empleaban métodos mixtos. Para comprobarlo, basta con tomar algunas de las obras corrientes: el lector verá entonces que, tal como los explican, es imposible entenderlos bien, siendo necesario para ello considerarlos como lo que en realidad son, es decir, como métodos mixtos.

Consideraciones generales: En carácter de aclaración previa, cabe decir que todos los métodos enumerados, menos las doctrinas de las Teorías Pura y Ecológica, consideran que siendo la ley clara y expresa, no hay necesidad de interpretarla, debiéndosela aplicar directamente. Esto es una consecuencia que deriva de considerar las leyes en forma aislada y si se repite en casi todos los métodos, es porque cuando aparecieron, la filosofía jurídica no había aclarado todavía que todo orden jurídico constituye una unidad total. Ahora bien, aceptada esta tesis —que me parece



inobjetable—, resulta que, aunque el texto de la norma sea claro y expreso, debe ser interpretada, consistiendo entonces la operación, cuando menos, en referirla al resto del ordenamiento, para ver si resulta o no aplicable al caso. En síntesis, dentro de esta tendencia, las leyes deben interpretarse siempre, aun las de texto claro y expreso, en cuyo caso —como es obvio— la interpretación será más sencilla. Queda así destruida la tesis de la aplicación mecánica de la ley y también jerarquizada la función judicial, aunque en rigor de verdad, lo último no sea más que reconocer el poder que realmente tienen los jueces.

A) MÉTODOS TRADICIONALES

1) Método gramatical o filológico

Este método considera las palabras y las frases de las normas, aisladamente, es decir, en tanto que simples palabras o frases desconectadas del resto del ordenamiento, para establecer cuál es su significado si son palabras, o la redacción o puntuación si son frases, etcétera.

Los glosadores, posglosadores, comentaristas, etcétera, mucho antes del siglo XIX hicieron amplio uso y abuso de este método. Para interpretar un texto, como dice Cossio, "... se recurría a distintas operaciones. Se recurría, por ejemplo, a sinónimos, de manera que ante un texto legal que ofrecía dudas se reemplazaba una palabra por un sinónimo, para ver cómo quedaba el sentido. Además de esta técnica, se utilizaba en gran escala la etimología, es decir, que se recurría a la interpretación por medio del origen idiomático de la palabra. También se recurría a ejemplos fraseológicos, para demostrar la constancia de la significación en la pluralidad de los casos; y, por último, se recurría a los llamados textos paralelos, operación que consistía en tomar frases de libros célebres, en primer término la Biblia, desde luego, para hacer ver que en esos textos de gran autoridad en el mundo de la cultura, la palabra iba empleada como quería el intérprete que se la interpretara en la ley".

Indudablemente, se trata de un método criticable que no es aceptado como procedimiento interpretativo único —aunque esto mismo ocurre con todos los demás. Como dato ilustrativo, conviene recordar que si se encuentran errores de imprenta o de sintaxis, en el texto legal, o discrepancia entre las distintas ediciones, etcétera, debe estarse en principio— aunque haya copias oficiales— a lo que dice el original.

Método exegético o histórico

Aclaración previa. En el siglo XIX, durante el auge del racionalismo jurídico, aparecieron una cantidad de métodos propuestos por juristas de prestigio. Esto se explica, porque se creía firmemente que el problema de la interpretación de la ley, cuando fuera oscura o dudosa, se resolvería hallando un método adecuado, de manera que aplicado a dicha ley, serviría para esclarecer su sentido. Si todo era cuestión de método, la solución estaba, pues, en encontrar ese método para resolver el problema.

Concepto. El método exegético, estrictamente interpretado, sostiene que frente a una ley oscura o dudosa, debe recurrirse a la voluntad o intención del legislador que la dictó. Se trata, pues, de establecerla finalidad que se persiguió con la ley, tal como fue entendida al tiempo de dictársela, sin ninguna clase de agregados por parte del intérprete. - Extremando las conclusiones de este método, se ha dicho que el juez puede modificar la solución que surgiría del texto legal —aunque esté redactada claramente— cuando contraríe la voluntad del legislador.

De aplicar este método al pie de la letra, resulta, como dice Cossio, aunque con otras palabras—, que si al dictarse, por ejemplo, una ley estableciendo una indemnización por enfermedades profesionales, se consideraban como tales sólo cinco afecciones, aunque la ciencia médica estableciera después que una de ellas no es una enfermedad profesional, la indemnización deberá seguirse pagando hasta que se derogue la ley, pues ésa fue la intención del legislador.

Origen y valor. Este método surgió en Francia después de la codificación y se explica que así ocurriera, pues constituye un fiel reflejo de las ideas racionalistas en la solución del problema de la interpretación de la ley. Dicho sea de paso, en general se reconoce que el método exegético tiene tanto más valor, cuanto más cercana es la interpretación al tiempo en que la norma fu dictada y que, por el contrario, va perdiendo paulatinamente su importancia, a medida que esa fecha se aleja.

Denominaciones. El expuesto es el método exegético en lo que tiene de original y propio, pero hay autores como Gény que al hablar de método exegético, engloban en la Escuela de la Exégesis a todos los predecesores, dándole al término una amplitud que no corresponde. Por eso Cossio 'lo critica acertadamente.

Se lo llama también histórico, porque esta concepción se remonta al pasado para buscar el sentido de la norma, pero bueno es agregar, para evitar una confusión corriente, que no debe ser confundido con el llamado "método de la evolución histórica".

Método dogmático o lógico: sistemático o de los textos legales

Este método presupone la idea racionalista de que todo el derecho está en la ley y que ésta tiene, una vez sancionada, una vida y un sentido propios, independientes del legislador que la sancionó. Esto explica porqué, según este método, frente a una ley oscura o dudosa, el intérprete debe encontrar la solución en el texto mismo de la ley. Para ello, mediante un procedimiento lógico, el investigador debe analizar los distintos aspectos de la ley para poder hallar su sentido y, si fuere necesario, deberá recurrir a un encuadramiento sistemático de la norma en el derecho positivo, a efectos de ver si por el conjunto puede comprenderse mejor una de sus partes, como suele ocurrir. Pero, como vemos, el intérprete debe actuar siempre dentro de la órbita legal, sin dar importancia a otras fuentes como la costumbre, ni recurrir a confrontar las condiciones sociales en cuanto pudieran ayudar a la tarea interpretativa, porque eso implica ya "salirse" de la ley.

A este método se le ha criticado sobre todo su excesivo racionalismo, puesto que con artificios dialécticos de inducciones y deducciones, al margen de la realidad social, pretendían resolver todos los problemas. Así, por ejemplo, se encuadraron relaciones modernas como las surgidas de la electricidad, la aviación, etcétera, en códigos de comienzos del siglo XIX como el francés—, que ni remotamente pudieron preverlas. Esto sólo pudo hacerse violentando el sentido de las leyes, con argumentos forzados, lo que no puede aceptarse, aunque si sea aceptable deducir de una norma u orden jurídico, ciertas conclusiones que fluyen lógicamente, para aplicarlas a casos no previstos en él.

La prueba de la insuficiencia y fracaso de este método, así entendido, la tenemos en que sus propios autores elaboraron las soluciones fundándose aparentemente en la ley, pero, en realidad, salían de ella y buscaban el contenido concreto de sus construcciones, en la realidad social y en la historia.

B) MÉTODOS MODERNOS DE INTERPRETACIÓN

A fines del siglo pasado y comienzos del presente, se produce una franca reacción contra los métodos tradicionales, criticándose sobre todo su excesivo racionalismo, que los llevaba a considerar a la ley como única fuente o modalidad del derecho.

Aparecen entonces los llamados nuevos métodos de interpretación, tendientes a conciliar la inmutabilidad de los textos legales, con la evolución constante de la sociedad, evolución que había sido puesta de manifiesto por las investigaciones sociológicas e históricas. Ello no significaba abandonar en absoluto los métodos anteriores, sino adaptarlos a las nuevas concepciones.

Método de la evolución histórica

Concepto. Este método presupone que la ley, más que producto de la voluntad del legislador, es expresión de las necesidades histórico-sociales que motivaron su sanción. Por este fundamento, la ley debe encararse —dice Saleilles— como si tuviera una vida propia, de manera que no sólo responda a las necesidades que la originaron, sino también a las mismas necesidades en su evolución posterior y a otras semejantes surgidas a través de la evolución histórica.

Para ello, frente a un texto oscuro, dudoso o insuficiente, el intérprete debe "salir" de la ley e investigar esas necesidades sociales, para captar los nuevos sentidos que puede ir cobrando la norma frente a una nueva realidad social. Se explica así perfectamente que la interpretación de un mismo texto legal pueda variar a través del tiempo.

Crítica. El método de la evolución histórica ha sido criticado por diversos autores y García Maynez, por ejemplo, dice lo siguiente:

"Si la interpretación de la ley se hiciera depender de las circunstancias dominantes en el momento de la aplicación, la seguridad jurídica no podría existir, porque el sentido de los textos cambiaría constantemente". "El estado social



contemporáneo del juez no debe pesar sobre la interpretación del texto legal, sino cuando éste expresa una noción variable y fugaz por naturaleza, como la de orden público, por ejemplo. Interpretar semejante noción de acuerdo con las ideas reinantes en la época de la aplicación, no es comprometer la firmeza de la ley, puesto que ella misma ha reconocido la contingencia y relatividad de este elemento, cuya apreciación deja al intérprete” (Gény). Pero, en todos los demás casos, la interpretación deberá hacerse tomando en cuenta la época en que la ley fue elaborada.

No obstante esta crítica, es innegable que este método ha tenido y tiene en los jueces gran influencia.

Método de libre investigación científica

Presupuestos. Gény, creador de este método, parte de dos supuestos fundamentales:

1) Que la interpretación de la “ley” (aún se creía que las únicas normas jurídicas eran las leyes), debía buscar la reconstrucción del pensamiento del legislador. En esto coincide Gény con la tendencia exegética, en oposición al método de la evolución histórica que criticó.

2) Además, considera que si bien la ley es la fuente más importante del derecho, no es la única y que, en su defecto, mejor dicho, frente a una “laguna” de la legislación, el intérprete debe recurrir a otras fuentes, como la costumbre y, en última instancia, a lo que el denomina naturaleza positiva de las cosas, revelada por el procedimiento de la libre investigación científica. Como se comprenderá esto es lo que diferencia radicalmente la concepción de Gény de todas las anteriores y, además, merece destacarse, porque su autor fue el primero que dio una solución orgánica a los problemas de las fuentes del derecho, siendo ésta una de sus aportaciones fundamentales a la ciencia y la filosofía jurídicas.

Concepto.

1) Interpretación de la ley.

a) Como el intérprete debe captar la voluntad del legislador, frente a una ley oscura o de texto confuso, debe recurrir en primer término al procedimiento gramatical, puesto que aquélla puede, en muchos casos, desentrañarse de este modo.

b) Si así no logra su propósito, debe recurrirse a la interpretación lógica, entendida en forma limitada. Dice a este respecto Gény “Cuando el legislador dicta una ley, valiéndose naturalmente de una fórmula general y abstracta, sólo tiene presentes unos cuantos casos concretos. Quizá no ha podido prever otras aplicaciones de la misma ley. De aquí que el sentido de un texto dependa muchas veces de la significación y alcance de otros varios, con los que se relaciona y complementa”.

En rigor de verdad, aunque sin fundamento sólido, Gény critica la distinción entre las interpretaciones lógica y gramatical, pues, una y otra se complementan necesariamente, ya que la gramatical debe ser lógica y, la lógica, debe partir de los textos. Como vemos, los argumentos no son por cierto convincentes, dada la caracterización hecha de ambos métodos, que nos han permitido diferenciarlos bien; por eso expliqué así el pensamiento de Gény, para que el lector lo comprenda mejor. Pero dentro de su planteo, él dice que debe recurrirse, 1°) a la interpretación de la “fórmula del texto” (aquí funde los métodos gramatical y lógico-sistemático), y 2°) a los “elementos exteriores” a la fórmula (Son los del método exegético).

Aplicación de otras fuentes Bien puede suceder que haya ley que prevea la controversia planteada, ni directa ni indirectamente. En este caso, en vez de violentar la ley para hacerle decir lo que pudo haber previsto, debe recurrirse a otras fuentes y es el aporte más destacado y verdaderamente original de Gény a la Solución de nuestro problema.

Esas Otras fuentes que enumera Gény son, tal como las expone y denomina su autor, las siguientes:

1) Fuentes formales

a) la ley. La cito aquí al solo efecto de completar la clasificación, porque en realidad las “otras” fuentes son:

b) la costumbre. Gény la acepta cuando complementa a la ley (Costumbre praeter legem) y no cuando se opone a ella;

c) la autoridad (así denomina Gény a la jurisprudencia y doctrina modernas); y

d) la tradición (así llama a la jurisprudencia y doctrina antiguas).

En la enumeración de las dos últimas fuentes, Gény no estuvo muy acertado, pues mejor hubiera sido diferenciar entre jurisprudencia y doctrina. Prueba de ello es que ésta es la modificación que le introdujeron posteriormente los juristas.

2) Fuentes no formales: la “naturaleza positiva de las cosas revelada por el procedimiento de la libre investigación científica. Así dice comúnmente, pero, hablando más claro, ésta es la fuente material que debe recurrir el intérprete.

Integración del derecho. En efecto, nos encontramos ahora frente a una verdadera “laguna” de la legislación, que no puede ser llenada ni recurriendo a la costumbre, la jurisprudencia o la doctrina. En este caso, es el mismo intérprete quien debe crear la norma aplicable—y por cierto— con un margen amplio de libertad.

Escuela del derecho libre:

Concepto. Esta escuela postula independizar a los jueces de la obligatoriedad de ajustar sus fallos a las leyes, facultándolos para que puedan fundarlos en su propio criterio de justicia. Prueba de ello es que hablan de sentencias de acuerdo con la ley y de sentencias contra la ley, siendo estas últimas las que, por supuesto, constituyen la parte “fuerte” de su doctrina.

En resumidas cuentas, la ley viene a ser una simple norma orientadora, un consejo, del que el juez puede apartarse cuando contraría su criterio de justicia. Un caso célebre que encuadra en esta doctrina, es el del “buen juez Magnaud” que fallaba de acuerdo con sus sentimientos (jurisprudencia “sentimental”).

La Escuela del Derecho Libre hace del juez no sólo un creador—como en realidad lo es—, sino un creador e innovador “libren del derecho, puesto que se lo libera de la sujeción a la ley. De este modo —afirman— se conseguirá una más perfecta adecuación del derecho a la constante transformación del medio social y, por ende, un más rápido progreso jurídico y social.

Sostenedores: El más destacado ha sido Kantorowicz que, publicó en 1906 su obra La Lucha por la Ciencia del Derecho. En ella dice: “La verdadera ciencia jurídica es antinacionalista y antidogmática. Le repugnan la analogía, la interpretación extensiva, las ficciones, los pretendidos razonamientos basados en el espíritu de la ley, los sistemas generales que sólo valen por la individualidad de su autor, y la deducción, que rechaza, en el ámbito de la ciencia del derecho, las conexiones que acepta en el de la ciencia natural”.

Denominación. Es que en realidad, esta escuela es antimetódica, vale decir, es la negación de todo método y si la he incluido en un estudio de los métodos, es porque implica también una concepción interpretativa.

Esta concepción, sintéticamente, consiste en que el juez, más que por un proceso intelectual (como sostienen todos los métodos anteriores), decide la sentencia por un acto de voluntad; ahora bien, como su actividad no está estructurada coerciblemente por norma alguna, Cossio ha denominado a esta concepción, “voluntarismo amorfo”.

Presupuestos. Esta doctrina presupone que la voluntad del legislador no pasa de ser una mera abstracción y, sobre todo, encierra una concepción anarquista del derecho al sostener que las leyes no obligan al juez.

Crítica. Se le ha hecho una objeción fundamental e irrefutable: que fundarlos fallos en algo puramente subjetivo como la convicción o criterio de justicia del juez, encierra un peligro muchísimo más grave que la eventual ventaja por ellos alegada, es decir, la posibilidad de fallos más justos. Este peligro radica en que así desaparecería la seguridad jurídica y sería reemplazada, a no dudarlo, por la arbitrariedad.

Teoría Pura del Derecho

Kelsen no ha considerado a fondo este problema, pero sostiene que es un error creer que la ley sea susceptible de una sola interpretación, puesto que constituye un marco de posibilidades dentro del cual caben siempre —por lo menos— dos soluciones. Ahora bien, se podrá discutir luego cuál de las dos soluciones sea más justa, pero esto —según Kelsen— es ya una cuestión de política jurídica y no de ciencia jurídica. Esta posición es, como puede apreciarse, ametódica.

Según lo antedicho, Kelsen es partidario del subjetivismo axiológico; en consecuencia, no admite la posibilidad de una interpretación objetiva de las normas jurídicas y, por ende, mucho menos la posibilidad de una interpretación científica que, por definición, debe ser objetiva.



Cossio ha denominado a esta tesis “voluntarismo estructurado porque si bien la elección entre las posibilidades depende de un acto de voluntad del intérprete, esa opción tiene como límite —a diferencia de la doctrina del derecho libre— la estructura o marco legal.

Teoría egológica

Cossio plantea este problema en distinta forma, pues sostiene que lo que se interpreta no es la ley sino la conducta humana a través de la ley.

Esto se explica dentro de la posición egológica, puesto que sosteniendo que el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva y la norma un pensamiento que se refiere a esa conducta, resulta que el intérprete, sea que se encuentre frente a un caso concreto, sea que sólo encare la norma con fines de mero estudio, siempre estará interpretando el objeto mentado por la norma, es decir, conducta, si bien en el primer caso será una conducta concreta y particular, mientras que en el segundo, será una conducta abstracta y genérica —la esquematizada en la norma— pero conducta al fin.

Ahora bien, sobre esta base —que la distingue de todas las anteriores— la teoría egológica acepta la tesis kelseniana, aunque adaptándola a su peculiar enfoque; por lo tanto, toda norma permite varias interpretaciones de la conducta por ella esquematizada.

No puedo extenderme aquí en el análisis de esta concepción, pero para ofrecerla un poco más orgánicamente, corresponde explicar primero cómo se interpreta la conducta. Pues bien, puesto que interpretar es un modo de conocer, la conducta, como todo objeto cultural, se conoce mediante la comprensión y esa comprensión, se alcanza y aumenta por un proceso empírico-dialéctico.

El proceso o método de comprensión —de los objetos culturales por supuesto— es el empírico-dialéctico, porque su conocimiento se alcanza yendo desde los hechos objetivamente dados —el “sustrato” los llama Cossio— a la vivencia del sentido. Más la escuchamos) y con una conducta que interpretamos etc.

Cossio denomina a este proceso, empírico, por la realidad tanto del sustrato como del sentido y, dialéctico, porque siendo la dialéctica, en general la síntesis entre una tesis y una heterótesis (mejor que antítesis), aquí esto ocurre entre el sustrato y el sentido que hacen sucesivamente de tesis y de heterótesis.

Lo dicho no significa que esos métodos constituyan el método jurídico, es decir, el propio de la Ciencia Dogmática, ya que bien puede ocurrir que en muchos casos, tales investigaciones no sean necesarias, lo que prueba que no son algo esencial a la tarea propia del jurista. Tal sería el caso de una norma que estableciera una multa a quienes cruzaran la calle por un lugar prohibido, etcétera. Queda así aclarado que aquellas investigaciones previas no son esenciales y que cuando se debe recurrir a ellas, están destinadas a facilitar la tarea esencial del juzgador, que consiste en establecer el sentido jurídico de las conductas en cuestión, sentido que está enunciado en las normas correspondientes. En efecto, para llegar a una cabal comprensión de las conductas sub examine, el intérprete deberá recurrir siempre al método empírico-dialéctico, hasta llegar a la comprensión cabal del sentido jurídico de las conductas, para dictar después la norma resultante de tal labor, norma que deberá ser cumplida.

Conclusión— La mayoría de los autores concluyen aceptando un “pluralismo metódico”, para la interpretación de las normas jurídicas. Por ejemplo, dice en este sentido Legar y Lacambra: “Una justa ponderación de los elementos gramatical, lógico-sistemático e histórico y finalista o teleológico, parece el modo más seguro de llegar a una interpretación que posea un valor de verdad y rectitud”. En oposición a esta se encuentra la Teoría Egológica.

Clasificación de los métodos interpretativos.

- 1) Atendiendo a la época en que aparecieron, se los divide en:
 - 1) antiguos o tradicionales: gramatical, exegético y dogmático;
 - 2) modernos

Integración del derecho

Generalidades

CONCEPTO: Se dice comúnmente que consiste en crear una norma especial para un caso, cuando el jurista se encuentra con una “laguna” de la legislación. En efecto, no habiendo norma que contemple un caso, ya no se trata de “interpretar”, sino de algo más que es la “integración”, con la cual el juez cumple una función análoga a la del legislador, aunque por supuesto, sólo válida en principio para un caso particular.

La necesidad de la integración del derecho se explica al considerar que por más grande que sean la actividad y previsión legislativas suelen aparecer nuevas relaciones, como ha ocurrido con las surgidas de la electricidad, la aeronavegación, etcétera, no previstas por la legislación anterior. Ahora bien, como el juez tiene la obligación de juzgar —lo que no es sólo un deber jurídico, sino una necesidad apriorística— debe llenar esas “lagunas” recurriendo a diversos procedimientos, como la analogía, los principios generales del derecho, etc.

Diferencia entre interpretación, integración y aplicación del derecho. En síntesis, puede decirse que para que haya “interpretación”, es necesaria la existencia de una norma que contemple especialmente el caso; en cambio, cuando no existe tal norma, debe recurrirse a la “integración”.

Ahora bien, hay autores que hacen una separación tajante entre estas dos operaciones pero ello no responde a la realidad; en efecto, al integrarse una “laguna” ¿no se interpreta acaso el resto del ordenamiento jurídico (p. ej., la Constitución)? Es indudable que sí, razón por la cual podemos decir entonces que la interpretación e integración y aplicación del derecho, son actividades que marchan estrechamente vinculadas.

Procedimientos de integración

Se citan generalmente la analogía y los principios generales del derecho. Pero corresponde advertir que frente a esta situación, debe averiguarse primero si el derecho positivo establece o no algún procedimiento especial: en caso negativo, el jurista podrá decidirse por cualquiera de ellos, pero, si están legislados, debe sujetarse a lo dispuesto. “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

Es por ello que, desde la citada reforma, el juzgador debe atenerse al siguiente orden de prelación:

- 1°) La ley, en sentido amplio de norma legislada. A falta de ley,
- 2°) La costumbre, con las limitaciones impuestas

En defecto de ésta, debe recurrir a los,

- 3°) Principios de leyes análogas (o como suele decirse brevemente, a la analogía) y, por último, a falta de leyes análogas, debe aplicar los,

- 4°) Principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Analogía.— Este procedimiento de integración, consiste en aplicar a un caso no previsto, la norma que rige otro caso semejante o análogo, cuando media la misma razón para resolverlo de igual manera.

Según vemos, para la aplicación analógica, no es suficiente con la semejanza de los casos, sino que también es necesaria la existencia de la misma razón para resolverlo de igual manera. Como ya decían los romanos, rige aquí el proverbio *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*.

Es lo que ocurre cuando la jurisprudencia hace notar que un texto no se refiere a una situación análoga; por ejemplo, la patria potestad, la tutela y la curatela pueden tener leyes análogas, claras en un caso y Oscuras en otros, pero me parece ilegítima la extensión analógica del caso claro al caso oscuro, en base a la similitud aislada de una y otras leyes, perdiendo la noción de que una es para la patria potestad, otra para la tutela y otra para la curatela. Una ley que confiere claramente amplios poderes al padre, no puede sin más ser extendida a una oscura situación similar del tutor; en cambio puede serlo si las facultades claramente conferidas al tutor, no han sido claramente estipuladas para el padre; la analogía funciona en este caso, desde el tutor al padre, pero no desde el padre al tutor; y la diferencia tiene un puro fundamento institucional”. **Principios generales del derecho.** Comúnmente, en ausencia de un precepto expreso o de



leyes análogas, las legislaciones remiten a los “principios generales del derecho” —es decir, “principios de justicia”— como última fuente a la que debe recurrirse para integrar el ordenamiento jurídico

La diferencia entre recurrir a estos principios y no a las normas análogas, es evidente, puesto que en el primer caso, el jurista tiene más Libertad, al poder aplicar, por ejemplo, una norma distinta, aun habiendo una análoga, sea porque resultara una injusticia de la aplicación de esta última, o por otro motivo.

Bueno es aclarar desde ya que los principios generales del derecho funcionan aquí como fuente material, que dará al intérprete el contenido de la norma a elaborar para resolver el caso concreto y no como procedimiento de integración propiamente dicho, según suele decirse; en efecto, si bien se dice dónde ha de recurrirse, no se dice cuáles son esos principios, lo que en este caso, no es por cierto cosa fácil, como lo prueban las controversias doctrinarias existentes al respecto.

Entrando ahora a considerar qué debe entenderse concretamente por principios generales del derecho, nos encontramos con opiniones de lo más variadas. No obstante, podemos agrupar en dos sectores fundamentales las diversas soluciones.

1) Interpretación positivista o histórica: según ella, son aquellos principios históricamente contingentes que han inspirado u orientado una legislación determinada.

A pesar de las divergencias existentes entre los distintos autores, me parece que lo más consecuente dentro de esta posición, es referirse a esos principios que orientan todo derecho positivo puesto que todo régimen jurídico responde a una determinada concepción político-social— estén o no expresamente consagrados en la legislación vigente. En el primer caso, si están por ejemplo en la Constitución —que suele contener los principios más generales—la tarea del jurista es más sencilla, puesto que ya los tiene a mano, pero, cuando así no ocurre con relación al caso planteado, deberá establecerlos. En la última hipótesis —que es cuando el problema de la integración se plantea más estrictamente— cabe preguntarse de qué manera ha de hacerlo y esta pregunta, nos lleva sí a los métodos de integración.

2) Interpretación filosófica o iusnaturalista: por el contrario, considera que la expresión “principios generales del derecho”, no hace referencia a valores históricamente contingentes, sino a los principios universales) eternos de justicia. Algunos autores, respondiendo a la tradición iusnaturalista, los llaman principios del “derecho natural”, pero no es ésta una denominación acertada, como tampoco lo es la común de “principios generales del derecho”; en realidad, debiera llamárselos sencillamente, “principios de justicia”, etcétera.

“En caso de oscuridad o insuficiencia de las normas o de ausencia de preceptos expresos, serán aplicables los que imponga la idea de justicia, en función de las instituciones análogas, del sistema legal vigente y de la conciencia jurídica nacional”

En cambio, si la norma no lo dice expresamente, la doctrina más autorizada (Del Vecchio, Legaz, García Maynez, etc.), se inclina por la interpretación amplia o filosófica, aunque en realidad, bueno es aclararlo, no tendría validez su aplicación si chocase con normas expresas del ordenamiento vigente.

Método de las construcciones jurídicas: que como complemento del método dogmático de interpretación, se suele citar el método integrativo de las construcciones jurídicas. Este método sería apropiado según algunos autores, para establecer los principios generales del derecho, si se participa de su concepción positivista y, por supuesto, cuando no estén consignados en la ley.

Se trata de un método predominantemente inductivo, del que se ha hecho amplio uso para establecer los principios generales que orientan determinadas instituciones jurídicas.

Método de la libre investigación científica de Gény. Frente a una “laguna” de la legislación, Gény sostiene que el jurista debe, crear la norma aplicable, recurriendo a la naturaleza positiva de las cosas, revelada por el procedimiento de la libre investigación científica.

Dice naturaleza positiva de las cosas puesto que en ella están los elementos objetivos que han de servir de apoyo a la conclusión del jurista, permitiendo también que esté de acuerdo con la realidad social de ese momento. Esto se explica porque “las relaciones de la vida social o, mejor dicho, los elementos de hecho de toda organización jurídica, llevan en germen las condiciones de su equilibrio y revelan al investigador atento, la norma que debe regirlos”

Pero además deben considerarse elementos racionales, porque “no basta con tomar en cuenta las circunstancias de hecho sometidas al conocimiento del juez, sino que es necesario no perder de vista los ideales de justicia y utilidad común que el legislador habría perseguido, si hubiera podido conocer el caso especial”. Estos elementos racionales, como complemento de los positivos, son necesarios porque la idea de justicia sirve al intérprete como criterio orientador, pero no es suficiente por sí misma para dar la solución más acertada del caso.

A esta investigación él la llama libre, puesto que, en principio, no se halla sujeta a las fuentes formales y, científica, porque el jurista no debe fundarse en criterios subjetivos, sino objetivos —como ya he aclarado— para que su labor sea verdaderamente científica.

REGLAS DE APLICACIÓN DEL DERECHO

Concepto y enumeración. Se trata de una serie de reglas de orden práctico que deben ser tenidas en cuenta al aplicar el derecho y que, en su mayor parte, están expresamente instituidas por las leyes. Si bien suelen ser comunes a los Estados modernos, aquí las mencionaré con relación a nuestro derecho positivo.

1) “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. Es un problema al que ya se ha hecho referencia

2) “Los jueces deben fallar según la ley y no según sus ideas “. Es ésta una exigencia de la seguridad jurídica Este principio no debe tomarse al pie de la letra, por todo lo ya explicado en este capítulo y sólo significa que el juez debe fallar dentro del marco de posibilidades que le delimitan las normas jurídicas. Si su opinión es contraria a la solución legal, puede dejar constancia de ello en la sentencia, con lo cual satisface su conciencia y proporciona elementos útiles para una reforma del precepto en cuestión.

“Las decisiones judiciales deben fundarse explícitamente “.

La justicia debe ser pública”. Se trata de un principio inherente a todo sistema democrático, que sólo halla explicables excepciones cuando se investiga.

UNIDAD XXII

APLICACIÓN DEL DERECHO EN RELACIÓN AL TIEMPO Y AL TERRITORIO

APLICACIÓN DEL DERECHO EN RELACIÓN AL TERRITORIO- GENERALIDADES- NOCIONES GENERALES:

Generalidades

Aclaraciones previas. Toda norma jurídica tiene un ámbito temporal y un ámbito espacial de validez, lo cual significa que rige durante un cierto tiempo y en un determinado territorio.

Con referencia al último aspecto, diré, que el derecho de un Estado rige, en principio, sólo en el territorio del mismo Estado (principio de la territorialidad del derecho); por lo tanto, mientras las personas habitan su propio país, sin entablar relaciones con personas de otros Estados, están sometidas al respectivo derecho, no presentándose en este caso, ningún problema de los que aquí nos interesan.

Pero en la actualidad, con la intensificación constante de las relaciones entre los pueblos, es muy corriente que las personas se trasladen de un país a otro —transitoria o definitivamente— o bien que entablen relaciones jurídicas con habitantes de otros países, etcétera. En estos casos, como entre los regímenes jurídicos de los distintos Estados suele haber diferencias, a veces notables, es necesario establecer a qué normas se verán sometidos.

Análoga cuestión surge cuando celebran un contrato personas que habitan en distintos Estados; cuando fallece una persona en nuestro país, dejando bienes en otro y habiendo testado en un tercero; etcétera. En el último caso por ejemplo, la sucesión, ¿se abre aquí? pero ¿y la validez del testamento? ¿Se rige por nuestro derecho o por el del país



en que lo hizo? y los derechos y deberes respecto de los bienes afectados, ¿serán regidos por nuestro derecho, o por el del Estado en que se encuentran?

En todos estos casos, suelen surgir conflictos entre las diversas leyes que rigen de distinta manera una misma relación jurídica, siendo entonces necesario determinar cuál de ellas ha de aplicarse (como es obvio, si las legislaciones fuesen uniformes —lo que es una utopía— no se plantearía ninguno de los problemas de derecho internacional privado).

De todo esto resulta que muchas veces se aplican leyes extranjeras en nuestro país, por ejemplo, y leyes nacionales en el extranjero. Por eso algunos autores, en vez de hablar de “conflictos de leyes” prefieren denominar a este problema, “extraterritorialidad de la ley o del derecho”, denominación por cierto más explícita. Así y todo, es mejor decir del “derecho” y no de la “ley”, porque también pueden aplicarse sentencias extranjeras, etcétera.

Todos estos problemas, son estudiados por una especialidad de la Dogmática Jurídica, denominada Ciencia del Derecho Internacional Privado. Pero —entiéndase bien— las normas del derecho internacional privado, no resuelven directamente el caso sino que indican cuál es la norma que ha de regirlo.

Principios básicos: Antes de comenzar el estudio de los sistemas de Derecho Internacional Privado, conviene explicar los dos regímenes básicos y antagónicos que los originaron, referentes a la relación entre el derecho y el ámbito espacial de su validez.

SISTEMA DE LA TERRITORIALIDAD DEL DERECHO. El derecho regía a todas las personas y cosas que se encontraran dentro del territorio estatal, así como a las que entraban, pero dejaba de aplicarse a todas las que salían de él.

El auge de este sistema lo encontramos durante el feudalismo que, confundiendo la soberanía con la propiedad de la tierra, llevó a la absurda situación de que una persona cambiaba de capacidad, estado, etcétera, con sólo trasladarse a varias cuerdas del lugar en que se hallaba.

SISTEMA DE LA PERSONALIDAD DEL DERECHO. Las personas se regían por el derecho del grupo o tribu de su origen, sea cual fuere el lugar en que se encontrasen. Por lo tanto, un derecho determinado no regía dentro de ciertos límites territoriales fijos, pudiendo coexistir varios regímenes jurídicos distintos en un mismo territorio.

Este sistema imperaba entre los bárbaros que invadieron el Imperio Romano y se explicaba su existencia porque eran tribus nómadas, que vivían en continuo desplazamiento para subvenir a las necesidades del grupo. Por eso carecían de la noción de territorio, en tanto que elemento fijo integrante del Estado y su régimen jurídico —puramente consuetudinario— era aplicado allí donde se encontrasen.

Cuando los bárbaros invadieron el imperio Romano, cada una de las tribus siguió rigiéndose por sus propias instituciones, dejando que los pueblos vencidos se rigieran por las suyas. Tal lo ocurrido en España durante el primer período de la dominación visigótica (474-589), pues mientras los visigodos se regían por el derecho germánico, recopilado en el Código de Eurico, los hispano romanos se regían por el Derecho Romano, contenido en el “Breviario de Alarico” o “Lex Romana visigotarum”.

El sistema de la personalidad del derecho presentaba grandes inconvenientes, porque —sin lugar a dudas— las normas que rigen la propiedad inmueble, las de policía de seguridad etcétera, deben aplicarse a todos los que se encuentren en un mismo territorio, para que exista un mínimo de orden.

SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:

Como es obvio, todos los sistemas que estudiaremos, combinan los principios básicos de la territorialidad y la personalidad o extraterritorialidad del derecho, en mayor o menor medida y con más o menos precisión.

Sistema de los estatutos: La “teoría estatutaria” no fue una teoría única, elaborada por un jurista en particular o por varios y aceptada por la generalidad, sino que fue una concepción originada en el norte de Italia durante el siglo X que experimentó un desarrollo paulatino a través de varias centurias —hasta el siglo XVIII— y que se concretó en formulaciones más o menos semejantes en varias escuelas. Las principales son las siguientes: escuela italiana del siglo XIII (formada por los glosadores —sobre todo Acursio y por los posglosadores de la segunda mitad de ese siglo. Cabe agregar que la palabra estatuto designaba en los siglos XII Y XIII, a los reglamentos generales que dictaban los municipios más o menos autónomos de algunos Estados europeos.

CONCEPTO. Este sistema sostiene como principio básico el de la territorialidad del derecho y admite en ciertos casos la aplicación de la ley extranjera (principio de la personalidad), como un acto de cortesía internacional y bajo condición de reciprocidad. La aplicación del derecho extranjero, no era pues un verdadero derecho subjetivo del que lo invocaba — como ocurre hoy— sino una simple concesión del monarca hecha en vista de su propio interés.

Para determinar en qué casos era procedente la aplicación de la ley extranjera, se distinguía entre:

- 1) Estatutos reales: eran los referentes a las cosas y sólo se aplicaban en el territorio en que habían sido dictados (principio territorialista). Los derechos y obligaciones referentes a las cosas, estaban sometidos por lo tanto, a la ley del lugar en que ellas se encontraban (*lex rei sitae*).
- 2) Estatutos personales: eran los relativos a las personas (capacidad, estado civil, etc.) y estos sí seguían a la persona donde quiera que fuere (principio personalista o extraterritorialista). Las personas estaban pues sometidas a la ley del domicilio (no de la nacionalidad, porque todavía no se habían constituido).
- 3) Estatutos mixtos: eran los referentes a las personas y a las cosas (sucesiones, quiebras, etc.). En caso de conflicto entre estos estatutos, se aplicaban, en algunos casos, el del lugar de las cosas y, en otros, el del domicilio de las personas que:

Además, con relación a instituciones concretas, se admitía

— la forma de los actos jurídicos, se regía por la ley del lugar de su celebración (*lex bel celebrationis*); y

— los “efectos” de los contratos, mejor dicho, las consecuencias jurídicas de los contratos, eran regidas por la ley del lugar a que las partes hubieran querido someterse.

REFERENCIA HISTÓRICA. El sistema estatutario surgió en el siglo XIII, en el norte de Italia, en un grupo de ciudades de un gran movimiento comercial, industrial y aun intelectual, pues se comprendió la imposibilidad de continuar y acrecentar ese intercambio recíprocamente beneficioso, si no se llegaba a una conciliación entre los principios territorialista y personalista.

Así nació el régimen estatutario, que es considerado como el primer sistema de derecho internacional privado y que fue concretado en una primera formulación, por Bartolo, Baldo, etcétera, según acabo de explicar en los párrafos anteriores.

CONCLUSIÓN. A este sistema se le ha criticado principalmente: 1º) La inseguridad de dejar librada a la voluntad de los gobernantes, la aplicación de la ley extranjera porque, efectivamente, ese acto era una cuestión de cortesía que se realizaba bajo condición de reciprocidad y así por ejemplo, en caso de guerra no se aplicaba. Hoy día, en cambio, en nuestro país, por ejemplo, la aplicación de la ley extranjera es un derecho de los habitantes y no deja de aplicarse por la circunstancia de que el otro país no admita la aplicación de nuestra ley, ni tampoco en caso de guerra, etcétera, porque ello no afecta para nada la soberanía ni la seguridad del Estado. 2º) La poca nitidez en la separación entre estatutos reales, personales y sobre todo mixtos; en efecto, no se establecía ningún criterio preciso con relación a estos últimos, que permitiera establecer cuándo tendrían carácter territorial ‘cuándo extraterritorial.

A pesar de todo, es indudable que el sistema estatutario tuvo el mérito de quebrantar por vez primera el viejo principio de la territorialidad de la ley.

Sistema de la nacionalidad del derecho

CONCEPTO. Adopta como básico el principio personalista, entendido de la siguiente manera: que la ley nacional debe seguir a la persona donde quiera que vaya (como es obvio, este sistema va unido a la concepción de la nacionalidad, según el principio del *jus sanguinis*, es decir, determinada por la ley de los progenitores). De acuerdo con este régimen, ocurre que, por ejemplo, un italiano con 20 años de residencia entre nosotros, continuaría rigiéndose por el derecho italiano y, las grandes colonias de extranjeros —muy numerosas en nuestro país— se regirían, en buena parte de sus relaciones, por el derecho de la nacionalidad de origen.



No obstante, el principio personalista no es absoluto, pues reconoce tres excepciones:

- 1) el derecho extranjero no se aplicará cuando se oponga a los principios de orden público que inspiran la organización de un país;
- 2) la forma de los actos jurídicos, debe regirse por la ley del lugar donde se celebran;
- 3) los “efectos” de los contratos (no ya su forma), deben regirse por la ley expresa o tácitamente aceptada por los interesados (principio de la autonomía de la voluntad).

ORIGEN. El sistema de la nacionalidad del derecho fue creado por Pascual Mancini —eminente jurisconsulto y estadista italiano— que profesó en la Universidad de Turín. Sus inconvenientes para países de inmigración como el nuestro, saltan a la vista, pero se explica históricamente, recordando que cuando nació a mediados del siglo XIX, su autor, partidario de la unificación italiana (junto con Cavour, Mazzini y Garibaldi), se propuso favorecer con él, ese propósito político, dando como fundamento de la unidad jurídica, la existencia de una misma nacionalidad.

CRÍTICA. Son numerosas las objeciones que se le han formulado. A continuación consignaré las principales:

- 1) Es difícil en muchos casos determinar la nacionalidad de algunas personas, ya porque falte porque sea doble, etcétera. No se trata de casos aislados, como pudiera creerse, sino comunes y, más aún, cuando se producen reivindicaciones territoriales. Todo ello se opone a la seguridad y estabilidad de la situación jurídica de las personas en el orden internacional, que es precisamente una de las finalidades perseguidas con el derecho internacional privado.
- 2) Atenta contra los derechos fundamentales del hombre, pues hoy día se reconoce que así como cualquier persona tiene el derecho de cambiar su domicilio de un país a otro, también puede cambiar su nacionalidad, adoptando la que desea (p. ej., la del país al que lo unen vínculos afectivos, de trabajo, etc.). La decisión de la libre voluntad del hombre debe primar sobre el mero hecho accidental del lugar de nacimiento, puesto que cuando alguien se radica en un país, constituye allí su familia, etcétera, es obvio que consiente tácitamente en someterse a sus leyes.
- 3) No puede ser aceptado por aquellos países de inmigración —como el nuestro y los americanos en general— ya que este sistema de la nacionalidad (por supuesto que nacionalidad según el principio del jus sanguinis y no del jus soli, pues según éste, la nacionalidad la determina el lugar del nacimiento), implicaría que gran parte de los habitantes de estos países, quedarían sometidos a legislaciones extranjeras. Como es obvio, esto encierra menoscabo a su soberanía y, en ciertos casos, un verdadero peligro para la seguridad del Estado.

SISTEMA DE LA COMUNIDAD DEL DERECHO: PRINCIPIO GENERAL Según Savigny (creador de este sistema que expuso en el Tomo VIII de su famoso Sistema de Derecho Romano Actual, en caso de conflicto de leyes, debe aplicarse la ley conforme con la naturaleza de la relación jurídica, Prescindiendo de que sea nacional o extranjera. Ahora bien, este principio general no es absoluto y reconoce como excepción, las instituciones de orden público respecto de las cuales sólo debe aplicarse la ley territorial.

Este principio general es una de las aportaciones fundamentales de Savigny a esta materia. En efecto, antes de él, predominaba la Clásica división de los estatutos en reales y personales, con efectos territoriales y extraterritoriales respectivamente; en cambio, el jurista alemán sostuvo que debe partirse no de la ley, sino de la relación jurídica —investigando su naturaleza para establecer después sobre esa base la norma aplicable. Es éste un genial acierto de Savigny, puesto que prácticamente todas las doctrinas posteriores se han elaborado sobre esa base general.

FUNDAMENTO Antes de considerar las aplicaciones concretas de este principio a las distintas relaciones jurídicas, cabe agregar algunas palabras sobre el fundamento de la concepción savigniana. Parte este autor de la existencia de la comunidad internacional y, dentro de ella, de una comunidad de derecho entre los diversos pueblos, es decir, de una cierta uniformidad en los principios orientadores de sus instituciones privadas, a pesar de las diferencias de sus respectivos regímenes jurídicos. Esta semejanza relativa entre los distintos derechos positivos que aumenta con la intensificación de las relaciones privadas, los tratados internacionales, etc.— es lo que hace posible la vida jurídica internacional, en el orden de las relaciones privadas y lo que fundamenta la aplicación extraterritorial del derecho. Por eso se dice que Savigny fue el primero que dio un fundamento jurídico al Derecho internacional Privado.

La comunidad jurídica internacional, pone también límite a la aplicación extraterritorial del derecho, puesto que cuando ella falta (p. ej., un país que admita la esclavitud, frente a otros que la rechazan), cesa la aplicación de la ley extranjera, precisamente por faltarle el fundamento en que se apoyaba.

APLICACIÓN DEL DERECHO EN RELACIÓN AL TIEMPO

TEORÍA GENERAL

Problema. Toda norma jurídica tiene un ámbito temporal de validez. Ahora bien, cuando una ley es modificada o subrogada por otra, se plantea el problema de saber si la nueva ley debe aplicarse a los hechos jurídicos producidos con anterioridad a ella (1) —la enumeración es para que se comprenda mejor el ejemplo que daré—; o también a los efectos ya producidos de esos hechos (2); o si sólo se aplicara a los efectos posteriores a la fecha del comienzo de su obligatoriedad (3); o de manera más limitada aún, solamente a los hechos futuros (4). Supongamos que se trate de la compraventa de lotes a plazos: nos preguntaremos en este caso si la nueva ley debe aplicarse también a las compraventas ya efectuadas, como sería, por ejemplo, hacer otro contrato (1); o a las cuotas ya pagadas (2), si se trata, por ejemplo, de una rebaja; o a las cuotas a pagar (3); o bien si sólo debe aplicarse a las compraventas realizadas después de que la nueva ley haya comenzado a regir (4).

Como ya lo decía Savigny, entre este problema y el de la aplicación del derecho con relación al espacio, hay mucha semejanza, puesto que si, por ejemplo, una persona de 21 años, mayor de edad en el país de procedencia, se traslada a otro Estado en que la mayoría de edad se alcanza a los 22, el problema es análogo al que plantearía la aprobación de una nueva ley en su país, que estableciera la mayoría de edad a los 22 años. En ambos casos, hay que establecer cuál es la ley aplicable.

DENOMINACIONES.— A este problema se lo denomina “aplicación del derecho con relación al tiempo”; “efectos de la ley con relación al tiempo”; “conflictos de leyes en el tiempo”; problema de la “retroactividad de la ley”, con lo que se hace referencia al caso en que la ley rige “hacia atrás”, es decir, “hacia el pasado”; “supervivencia de la legislación derogada”, si bien estrictamente, la supervivencia sólo existe cuando la ley no es retroactiva; “derecho transitorio”, por tratarse de los problemas que plantea el tránsito de una a otra legislación; “derecho intertemporal”; etcétera. Las cuatro primeras denominaciones —sobre todo la expresión “retroactividad de la ley”— son las más usadas.

Principios básicos. Son dos los principios fundamentales que se sostienen con relación a los “efectos” de la ley —por supuesto que sobre los hechos jurídicos y sus consecuencias— pero considerados con particular referencia al tiempo, es decir, al momento histórico de su realización:

PRINCIPIO DE LA RETROACTIVIDAD: según este principio, las leyes no sólo deben regular para lo futuro, sino también para el pasado, o más concretamente, para los hechos a que ella se refiere, ocurridos con anterioridad a su aprobación. Por lo tanto, si en un país en que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, se dictara una ley llevando el límite a los 25, todos los que ya hubieran cumplido 18 años, sin haber llegado todavía a los 25, volverían a ser menores de edad.

Los partidarios de este principio sostienen que al dictarse una nueva ley, se lo hace teniendo en cuenta el interés general y suponen que, por lo tanto, es más perfecta y justa que la anterior, justificando esto su aplicación retroactiva.

Como crítica a este principio, cabe decir que se basa sobre algo dudoso que es creer que la nueva ley debe ser más justa que la anterior, pues evidentemente, bien puede ocurrir lo contrario. Pero la objeción fundamental que se hace, es la de que constituye un gravísimo atentado contra la seguridad jurídica, pues de aplicarse tal principio con carácter general, serían extraordinarios los trastornos sociales que se producirían; en efecto, la seguridad jurídica exige que las situaciones creadas bajo un determinado régimen, estén a cubierto —por lo menos en principio— de modificaciones ulteriores que no pudieron preverse. Sólo así las personas pueden saber a qué atenerse y obrar con la confianza y el estímulo que significan las leyes no retroactivas.



PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD: por el contrario, según este principio, las leyes deben dictarse sólo para el futuro, es decir, sin afectar los hechos ocurridos con anterioridad a su aprobación. Aplicando este principio al ejemplo anterior, resulta que las personas con 22 años cumplidos al dictarse la nueva ley, continuarán siendo mayores de edad, aunque no hubieran alcanzado aún los 25; en cambio, los que no hubieran cumplido los 22 años al comenzar a regir la ley, serán mayores de edad, recién al cumplir los 25 años.

Este principio encuentra su más sólido fundamento en la seguridad jurídica que él contribuye a afianzar en buena medida. Es evidente —como ya lo expresé— que si los actos realizados hoy por una persona, bajo un determinado régimen, pudieran ser invalidados al día siguiente por otra ley, se producirían trastornos sumamente graves. Dichas consideraciones revisten mayor importancia en materia criminal, por la gravedad que pueden alcanzarlas sanciones en dicho ámbito, y de ahí el rechazo generalizado a las leyes penales ex post facto, sobre todo en el derecho penal liberal. La irretroactividad de la ley, no es un principio exclusivo o propio de una concepción liberal-individualista como se ha dicho, sino una necesidad de cualquier régimen, para alcanzar la seguridad jurídica.

SOLUCIÓN ECLECTICA: Puede formularse así: las leyes deben ser, en principio, irretroactivas, pero pueden aplicarse retroactivamente, cuando a nadie perjudican y, más aún, cuando son más favorables a las situaciones anteriores, como ocurre en el ya citado caso de la retroactividad benigna.

Al margen de todo derecho positivo determinado, es evidente que el legislador puede dictar leyes retroactivas, como sucede en tantos casos, aunque siempre con trastornos más o menos pronunciados, pero, en general, se respeta la irretroactividad, o más propiamente, el principio ecléctico, por las ventajas que ello reporta.

TEORÍA SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES:

Nociones generales. Hablando en términos genéricos, hay acuerdo en lo que se entiende por retroactividad e irretroactividad de la ley. No obstante, como las relaciones jurídicas surgidas en un momento dado, se prolongan en su desarrollo a través de un tiempo más o menos largo (p. ej., una compraventa a plazos), surgen las discusiones, sobre todo con relación a las consecuencias jurídicas pendientes, de relaciones nacidas antes de la sanción de la nueva norma. Esto es obvio, porque los hechos y actos jurídicos realizados bajo la ley anterior y sus respectivas consecuencias, en caso de haberse extinguido en su totalidad antes de comenzar a regir la nueva ley, quedan exclusivamente sometidos a la norma anterior; a su vez, los hechos realizados ya bajo la nueva ley y sus consecuencias, serán regidos por ésta. Como vemos, en ninguno de ambos casos se plantea el problema de la retroactividad. Ahora bien, si según un derecho positivo determinado, las leyes no deben ser retroactivas —como el nuestro—, una nueva ley, ¿debe o no aplicarse a las consecuencias no producidas? y, en caso afirmativo, ¿es o no retroactiva? En síntesis, hay que explicar concretamente cuándo una ley es retroactiva y cuando no lo es.

Teoría de los derechos adquiridos: Está basada en la distinción entre derechos adquiridos y simples esperanzas. Sostienen esta teoría, Blondeau —el primero que la expuso en 1809—, Merlin, etcétera.

—Derechos adquiridos o simplemente derechos, son aquellos que se han incorporado ya a nuestro patrimonio.

—Expectativas o esperanzas (también llamadas, aunque no con tanta propiedad, “derechos en expectativa”), son simples posibilidades de adquirir un derecho; se trata de algo no realizado y que, por lo tanto, implica la contingencia de que se frustré.

“Por ejemplo, las antiguas leyes españolas, vigentes en nuestro país hasta que se sancionó el Código Civil, reconocían el derecho de sucesión ab intestato entre colaterales hasta el décimo grado. Ahora bien, supongamos que de acuerdo con esas leyes, Primus esperaba recoger la herencia de Secundus, su pariente de séptimo grado, quien no tenía ascendientes, ni otros colaterales preferentemente llamados a sucederle; pero antes de fallecer Secundus, se dicta el Código Civil, cuyo artículo 3585 limita el derecho de sucesión entre colaterales, hasta el sexto grado. La esperanza legítimamente concebida por Primus de suceder a Secundus, queda destosida. Si por el contrario, Secundus hubiera fallecido antes de entrar en vigencia el Código Civil, Primus hubiera tenido entonces un derecho adquirido y la ley nueva no hubiera podido privarle de la sucesión de aquél, sin incurrir en retroactividad” 2•

En conclusión, cuando una nueva ley afecta derechos adquiridos, es retroactiva; en cambio, no lo es, cuando sólo afecta simples esperanzas.

En conclusión, derecho ejercido es el derecho ejercido y, expectativa, es el derecho no ejercido. Lógicamente, la ley que afecta un derecho ejercido es retroactiva, no siéndolo en caso contrario.

Este planteo enfoca aquellos casos en que el nacimiento del derecho subjetivo depende de un acto voluntario del individuo, como sucede en materia de contratos, etcétera. Sin embargo, hay casos en que el derecho nace sin necesidad de ningún acto voluntario, como ocurre en las sucesiones ab intestato, en que el derecho es adquirido por los herederos y legatarios, al producirse la muerte del causante.

Teoría de los efectos pasados y futuros (Planiol, Roubier, etc.). Planiol, criticando la teoría anterior, sostiene que nadie ha podido dar una noción precisa del derecho adquirido, razón por la cual son tantas las controversias planteadas. Su teoría se basa en la distinción entre los “efectos ya producidos” y los “efectos futuros” de los hechos y actos jurídicos. La ley es retroactiva si actúa sobre los primeros y no lo es cuando actúa sobre los segundos. Queda entonces bien claro que —para Planiol— una ley que modifique los “efectos” posteriores a su sanción, de hechos o actos jurídicos realizados con anterioridad a la fecha del comienzo de su obligatoriedad, no es retroactiva. Al respecto conviene aclarar, que cuando los “efectos futuros” deben ser regidos por la ley precedente, se habla de supervivencia de la ley anterior. Con mayor razón, la ley es retroactiva cuando se aplica a los actos jurídicos anteriores a su aprobación, estableciendo, por ejemplo, que deberán realizarse de nuevo, llenándose otras formalidades, etcétera.

“La distinción entre derechos ya ejercidos o aptitudes realizadas y derechos no ejercidos o aptitudes no realizadas, equivale con bastante aproximación a la distinción entre efectos ya producidos y efectos futuros; los efectos ya producidos, no son sino el resultado del ejercicio de los derechos o de la realización de las aptitudes

Teoría de los hechos cumplidos (Ferrara). Esta teoría extiende el concepto de retroactividad más que la anterior, porque sostiene lisa y llanamente que todo hecho o acto jurídico, en sus aspectos formal y material, igual que sus consecuencias o efectos, sean presentes, pasados o futuros, deben someterse a la ley que regía al tiempo en que el hecho se realizó. Por lo tanto, la nueva ley no debe aplicarse tampoco a los efectos posteriores a su aprobación —claro que de hechos jurídicos anteriores—, pues en tal caso se incurriría en retroactividad.

García Maynez acepta este planteo, aunque su opinión completa sea diferente —como veremos—, pues dice al criticar la tesis de Roubier:

“De acuerdo con la tesis de Roubier, las leyes pueden modificar o suprimir, sin ser retroactivas, los efectos de derecho —no realizados— de hechos producidos durante la vigencia de la ley anterior. Pero cuando Roubier habla de efectos no realizados, no alude a las consecuencias de derecho consideradas en sí mismas, sino al hecho de su realización efectiva, es decir, al ejercicio de derechos ya existentes, o al cumplimiento de obligaciones igualmente existentes. Pero si un derecho o una obligación han nacido bajo el imperio de una ley, y el ejercicio de aquél o el cumplimiento de ésta pueden prolongarse durante cierto tiempo, o se hallan diferidos de algún modo, la modificación o supresión de tales consecuencias por una ley posterior, es necesariamente retroactiva, ya que modifica o destruye lo que existía ya antes de la iniciación de su vigencia “

En el terreno doctrinario, esta teoría, por su claridad y precisión, me parece la más aceptable de todas.

Teoría de las situaciones jurídicas abstractas y concretas (Julien Bonnetcase). Su autor recurre para resolver este problema, al concepto de “situación jurídica” que define como la “manera de ser de cada uno frente a una regla de derecho”. A su vez, las situaciones jurídicas pueden ser abstractas) concretas, distinción que conviene precisar, porque, según Bonnetcase,

— si una ley modifica o extingue una situación jurídica abstracta, no es retroactiva; en cambio,

— si modifica una situación jurídica concreta es ya retroactiva.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Entiende por situación jurídica abstracta, “la manera de ser eventual o teórica de cada uno frente a una ley determinada”. Situación jurídica concreta es, por el contrario, “la manera de ser, derivada para cierta persona, de un acto o un hecho jurídicos que pone en juego, en su provecho o a su cargo, las reglas de una institución jurídica e ipso facto le confiere las ventajas y obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución”.

García Maynez concluye aceptando que “una leyes retroactivamente aplicada cuando suprime o modifica las consecuencias jurídicas de un hecho ocurrido bajo el imperio de la anterior”.

Este autor se refiere también a otro problema, pero ya de política legislativa: establecer cuándo resulta beneficioso aplicar una ley retroactivamente, apartándose del principio general de irretroactividad. Al respecto manifiesta que, en general, “la aplicación retroactiva es lícita en aquellos casos en que a nadie perjudica”, pero —como es obvio— frente a cada derecho positivo, habrá que estar a las respectivas normas fundamentales.

UNIDAD XXIII

RELACIÓN JURÍDICA: denominase relación jurídica, al vínculo existente entre dos o más personas que genera derechos y obligaciones. Cuando la norma de derecho imprime el sello de juridicidad a una vinculación de hechos, establecida con dos o más personas con finalidad lícita y le asigna una determinada consecuencia, surge la relación jurídica protegida por aquella.

De ahí que toda relación jurídica sea social, pero no toda vinculación social es jurídica.

LA PERSONA. Y SUJETO

No son pocos los juristas para quienes entre estos términos técnicos existe la misma diferencia como ocurre con la potencia y el acto. La persona es tal con el solo hecho de tener aptitud para actuar jurídicamente, aunque no participe de ninguna relación vinculatoria. El sujeto es tal en la medida que interviene en una relación jurídica concreta como titular de derecho y obligaciones (facultades y deberes)

División de las personas: de acuerdo a lo que prescribe nuestro código civil las personas son de una existencia visible (entes humanos y de una existencia ideal o personas jurídicas. La doctrina moderna hace la bipartición en físicas y jurídicas:

La persona como protagonista del derecho- Persona física

En la ciencia jurídica contemporánea, rige este principio fundamental por el solo hecho de existir, el ser humano es una persona sujeto de derechos y obligaciones. Dichos principio no siempre ha prevalecido en la historia. Así la esclavitud y la muerte civil constituyeron atentados gravísimos a la atribución ipso jure de la personalidad a todo el ser humano. Ahora todo hombre es persona, pero no toda persona es hombre.

El derecho moderno legisla a cerca del reconocimiento de la personalidad física y su preocupación llega hasta el punto que en ciertas situaciones, el encuadramiento jurídico de la misma no coincide con la realidad de la vida humana, consideradas en sus dos términos: nacimiento y muerte.

NOMBRE: Ilámese nombre a la designación que lleva la persona de una manera habitual para ser conocida e individualizada en la vida social.

Como institución jurídica, el nombre llena la función de identificar al sujeto de derechos y obligaciones. Es de trascendencia precípua en las relaciones humanas intersubjetivas, saber quien puede ejercer su derecho y quien debe cumplir su deber jurídico u obligación

Clases de nombre y su determinación:

en las personas físicas o entes humanos los elementos que constituyen su designación son fundamentales : --- nombre propiamente dicho, de pila, bautismo o prenombre que individualiza en la familia--- el apellido o nombre patronímico que individualiza en la sociedad, se transmite a los hijos e indica la filiación y el origen de la persona. A diferencia del nombre patronímico, determinado automáticamente por la filiación, el prenombre que debe responder al sexo, es tradicionalmente elegido por el padre o la madre en ejercicio de la patria potestad.

1. tienen también nombres las personas de existencia ideal, constituida según los casos, por la razón social, la enseña que puede ser una denominación emblemática o designación
2. nominativa. La razón social no debe confundirse con la denominación asignada al establecimiento industrial. Las sociedades anónimas por ejemplo carecen de razón social pero no del nombre que debe referirse al objeto u objeto para que se hubiese formado.

La razón social constituida por el nombre de uno o mas de los socios, con la adición o sin ella de la palabra compañía que la sociedad debe adoptar para el giro de sus negocios, no puede ser transmitida ni cedida por el socio a los socios que la lleven.

El nombre comercial se diferencia del civil por que el primero constituye una propiedad o derecho patrimonial.

Naturaleza jurídica del nombre civil: el nombre civiles una institución jurídica compleja, integrada por elementos adquiridos de modo diverso y separado, su función y finalidad consiste en proteger simultáneamente los intereses individuales y sociales.

El nombre es un bien de la vida jurídicamente protegido y constituye un derecho subjetivo imprescriptible e inalienable. Desde el segundo punto de vista, el nombre civil cumple la función de interés social, atenderá a la identificación de las personas. En virtud de la misma aparece como una obligación de identidad que debe cumplir toda persona para diferenciarse de los demás. El nombre civil es de orden público y nadie puede cambiarlo libremente y por su voluntad, sino por medio de los órganos jurisdiccionales del estado.

Protección jurídica del nombre: el derecho que toda persona tiene sobre su nombre, se pone de manifiesto de dos formas: positiva y negativa. La primera consiste en la facultad de usarlos en la facultad de la vida civil, y la segunda en impedir que un tercero lo use sin derecho. El nombre es un derecho subjetivo y su uso esta jurídicamente protegido.

Los medios técnicos procesales que ha elaborado la doctrina moderna se denominan acciones de contestación y de reclamación:

Para que prospere la acción de reclamación de nombres, deben concurrir estos requisitos: - desconocimiento del nombre por el demandado- licitud del uso invocado por el actor- interés para obtener el reconocimiento demandado, conforme al principio procesal según el cual sin interés no hay acción.

La acción denominada de contestación de nombre: esta fundada en el derecho personalísimo que tiene todo ente humano sobre su nombre, para impedir que un tercero haga uso injustificado del mismo.

En opinión de otros tratadistas la acción de contestación de nombres, solo podrá prosperar si el actor justificare *secum legem* que la usurpación del nombre por el demandado le ha originado un perjuicio pecuniario y de índole moral

DOMICILIO: Etimológicamente deriva de las voces latinas *domun* y *colere* que significa habitar una casa.

El domicilio es el asiento territorial que debe tener toda persona, para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos.

Caracteres: el domicilio como asiento jurídico de la persona, pone de manifiesto las notas características siguientes:

Necesidad: toda persona debe tener un domicilio determinado. Si no lo tiene la ley se lo da, por cuanto el domicilio es indispensable para la vida jurídica, exigiéndolos el orden social, el interés público y el de los terceros.

Unidad: la persona no puede tener según nuestro derecho, sino un domicilio general, es decir el concurso de dos domicilios reales al mismo tiempo.

Libre cambiabilidad de un lugar a otro: la facultad que tiene una persona para cambiar su domicilio de un lugar a otro, no puede ser coartada por contrato o disposición de última voluntad

Produce efectos jurídicos: ele domicilio de las personas en general, determina la competencia de las autoridades publicas, que deben pronunciarse a cerca del reconocimiento de los derechos subjetivos y cumplimiento de las obligaciones correlativas.

DOMICILIO, RESIDENCIA, Y HABITACION:



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

En opinión de algunos autores, el domicilio en sentido amplio, resulta siempre instituido por la ley. Su finalidad es dar cierta certeza del asiento jurídico de las personas. Han afirmado que el domicilio es la relación misma entre las personas y el lugar, para destacar este elemento jurídico. Residencia: la permanencia de la persona en un lugar determinado, sin la intención de estabilizarse en el mismo, constituye una noción jurídica autónoma, llamada residencia. Por esta se entiende un lugar de habitación real de una persona que puede estar en el lugar del domicilio o en otro. La residencia es el lugar en el que la permanencia de la persona, se prolonga por cierto periodo de tiempo, sin la intención de establecerse allí. de todo efecto jurídico, llámese habitación. Esta designa el lugar donde una persona fija accidentalmente su residencia o se encuentra momentáneamente sin la idea de permanencia.

DOMICILIO POLÍTICO Y CIVIL:

Los efectos jurídicos que el domicilio origina pueden referirse a la esfera del derecho público y a la esfera del derecho privado.

De ahí la distinción entre domicilio político y civil. El primero está considerado por la ley, para la producción de consecuencias en derecho público interno, por ejemplo: el domicilio fijado a los ciudadanos electores en el padrón electoral, el domicilio señalado para el servicio militar obligatorio. El domicilio civil es el instituido por la ley como asiento de las personas para la producción de consecuencias del derecho privado.

DOMICILIO CIVIL- SUS CLASIFICACIONES:

El domicilio civil puede ser clasificado en domicilio general u ordinario y domicilio especial:

Domicilio general u ordinario: es el que tiene la persona para todos los derechos y obligaciones civiles.

El domicilio general puede ser de tres clases:

Real o voluntario: determinado por la voluntad del domiciliado

Forzoso o legal: fijado en exclusividad por la ley

De origen: por la voluntad de los padres del domiciliado

Domicilio especial: es el constituido por las partes en sus contratos con prescindencia de toda idea de residencia efectiva en el lugar elegido, teniendo validez para el ejercicio de ciertos derechos civiles a la ejecución de obligaciones determinadas

El domicilio especial tiene carácter voluntario y produce efecto jurídico procesal de extender la jurisdicción que no pertenecía sino a los jueces del domicilio real de las personas.

Domicilio legal: el código civil establece que el domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contrario, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones.

Caracteres:

Es forzoso: por que no está determinado por la voluntad de los particulares

Está asignado por la ley: a ciertas personas en relación de las condiciones desempeñadas o la situación de dependencia en que se halla. Su atribución imparte una presunción *juris et de jure*; que no pueden ser destruidas por pruebas.

Finalidad:

Tiene por finalidad crear legalmente la seguridad de un lugar determinado, atribuidos a determinadas personas, para el ejercicio de los derechos y obligaciones.

DOMICILIO REAL:

Es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios.

Elementos constitutivos: tiene dos elementos: objetivo o de hecho e intencional

El elemento objetivo o de hecho: está constituido por el asiento principal de la residencia o de los negocios de una persona

El elemento intencional o subjetivo: es el ánimo de permanencia de parte de la persona. Dicho elemento de voluntad que integra el domicilio real, está ausente en el domicilio legal y de origen.

Determinación: para determinar el domicilio real la ley prefiere el lugar de residencia de la familia sobre el asiento de los negocios. He aquí los fundamentos de tal preferencia: - la familia o el hogar crea la presunción de la residencia habitual y más frecuente de las personas y no la atención de los negocios.

DOMICILIO DE ORIGEN:

Toda persona natural tiene desde su nacimiento, un domicilio que la ley le atribuye de pleno derecho. Es el llamado domicilio de origen, definido por el código civil "el domicilio de origen es el lugar del domicilio del padre, el día de nacimiento de los hijos, este precepto determina el lugar donde se encuentra el domicilio de origen.

Caracteres: - está determinado por el lugar del domicilio del padre, y en caso de fallecimiento de este, por el de la madre - constituye un verdadero domicilio legal, impuesto obligatoriamente a la persona natural desde el día de su nacimiento - carecen de domicilio de origen: los hijos naturales no reconocidos, los demás calificados de ilegítimos y los expósitos.

CAPACIDAD JURÍDICA O DE DERECHO Y CAPACIDAD DE OBRAR O DE HECHOS DE LA PERSONA FÍSICA:

La capacidad de las personas humanas, tiene dos aspectos: capacidad de derecho y capacidad de hecho: la primera está relacionada con el goce y la segunda con el ejercicio. Gozar de un derecho significa tenerlo, ser titular del mismo. La persona que goza de un derecho no puede tenerlo, es incapaz de ser titular o dueño.

La capacidad de hecho o de goce, es la aptitud a la titularidad de las facultades y deber jurídico, que implica la posibilidad en el sujeto de la relación jurídica, de ser titular de derechos o poderes por una parte y de obligaciones o deberes por la otra.

La capacidad de hechos de la persona humana, está relacionada con el ejercicio de los derechos. Ahora bien, ejercer un derecho significa ponerlo en ejecución. Las personas que no tienen el ejercicio de sus derechos, no pueden disponer libremente de ellos, esto es, enajenarlo, cederlo, gravarlo en garantía de una deuda.

Definición:

La capacidad de hecho es la aptitud legal de la persona humana para adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismas, con entera independencia de una representación necesaria.

Adquisición:

La persona de existencia visible o entes humanos, adquieren la capacidad de derecho o de goce, según las legislaciones positivas desde la concepción en el seno materno o el nacimiento.

La capacidad de hechos o la capacidad de obrar, es adquirida paulatinamente y de modo pleno o total al cumplirse la mayoría de edad.

Cuando una persona carece de la actitud legal, para ejercer por sí misma los derechos de que es titular, existe la incapacidad de hechos o incapacidad de obrar. El incapaz de hecho puede ser titular de derechos subjetivos, pero no puede ejercerlos por sí mismo, ni asumir obligaciones por su propia voluntad

Un demente puede ser propietario de bienes pero no puede venderlos, arrendar, gravarlo en garantía de deuda por sí solo.

EL PRINCIPIO Y EL FIN DE LA PERSONA FÍSICA:

La existencia jurídica de las personas físicas, comienza desde el momento de la concepción en el seno materno y termina con la muerte natural o su desaparición con presunción de fallecimiento.

DIFERENCIA CON LA PERSONA JURÍDICA:

Comienzo y terminación de las personas jurídicas: la existencia de las personas jurídicas comienza desde el día que fuesen autorizadas por la ley o por el gobierno, con aprobación de sus estatutos.

La autorización administrativa es la que se confiere por decreto del poder ejecutivo, de acuerdo con las normas legales pertinentes, como es el caso de las sociedades anónimas.

Debe ser especial y expresa, a la autorización concedida a cada persona jurídica, mientras la autorización del estado no se perfeccione por los trámites contundentes se trata de simples asociaciones u obras desprovistas de personalidad jurídica.

Termina la existencia de las personas jurídicas de acuerdo con lo establecido en el código civil:

Por disolución en mérito de las deliberaciones de sus miembros, aprobada por el gobierno: si la personalidad jurídica es una concesión del estado lógico es que ella no pueda desaparecer sin la intervención del concedente.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Por disolución en virtud de la ley; esto es sin consideración alguna a la voluntad de los miembros de la entidad. Tal disolución puede fundamentarse en una o más de las causas siguientes: - trasgresión o abuso de las cláusulas previstas en la autorización- imposibilidad de cumplir los estatutos o llenar los fines de la institución- la necesidad o conveniencia de la disolución, por razones de interés público.

Por extinción de los bienes destinados a sostenerla: tiene su fundamento en el principio de que la personalidad jurídica, solo se manifiesta respecto de los bienes

RECONOCIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS:- CLASES

Son personas jurídicas: el estado- las municipalidades- la iglesia católica- los entes autárquicos, autónomos y los de economía mixta y demás entes de derecho público, que conforme con la respectiva legislación, sean capaces de adquirir bienes y obligarse. – Las universidades- las asociaciones que tienen por objeto el bien común- las asociaciones inscriptas con capacidad restringida- las fundaciones. Las sociedades anónimas y las cooperativas-

Son también personas jurídicas los estados extranjeros, los organismos internacionales reconocidos por la república y las demás personas jurídicas extranjeras

Nacimiento de las personas jurídicas según el código civil: comenzará la existencia de las personas jurídicas, desde que su funcionamiento haya sido autorizado por la ley, o el poder ejecutivo. Las decisiones administrativas que hagan o no lugar al reconocimiento podrán ser recurridas judicialmente.

Fin de la existencia de las asociaciones reconocidas de utilidad pública:

Por expiración del plazo u otra causa prevista en el estatuto

Por resolución de la asamblea

Por imposibilidad de cumplir sus fines

Por quiebra

Por su disolución decretada por el poder ejecutivo, fundadas en motivos de utilidad o conveniencia pública, o por haberse incurrido en transgresión de normas legales o estatutarias

OBJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA:

Se ha dicho en su lugar que todo vínculo existente entre dos o más personas, generador de derechos y obligaciones constituye la relación jurídica

Todo derecho subjetivo o poder reconocido por el ordenamiento jurídico, tiene siempre un objeto determinado que consiste en la consecuencia de algún beneficio para el titular

El objeto de la relación jurídica es todo lo que puede estar sometido a las disposiciones del sujeto activo como medio de un fin lícito. Este constituido por los bienes, expresión genérica que abarca las cosas materiales y los actos humanos o prestaciones voluntarias.

COSAS: la palabra cosa en el lenguaje corriente, es empleada para designar todo lo que existe, con valor económico o sin él: ej; el sol, la luna, el aire, etc.

En el tecnicismo jurídico dicho vocablo tiene una acepción más restringida. Según el código civil: cosas son todos aquellos objetos corporales susceptibles de tener un valor.

Para que un objeto pueda ser considerado como cosa, deben concurrir dos condiciones: - que se traten de objetos que caigan bajo la acción directa de nuestros sentidos y podamos verlos o palparlos.- que sean susceptibles de tener un valor económico.

BIENES: en materia jurídica es también empleado el vocablo bienes que tiene doble significado. Código civil: los objetos inmateriales susceptibles de valor e igualmente las cosas, se llaman bienes.

En acepción restringida: la palabra bienes designa los objetos inmateriales susceptibles de tener valor. Son inmateriales por cuanto no caen bajo la acción de nuestros sentidos y no podemos verlos ni palparlos, pero existen intelectualmente

El vocablo bienes es una significación genérica más amplia comprende todos los objetos e incorpóreos susceptibles de tener un valor económico, esto es las cosas y los derechos.

PATRIMONIO: el patrimonio se compone de un activo y de un pasivo. El activo está constituido por los bienes que posee una persona, el pasivo por las cargas que la gravan, es decir, las obligaciones que pesan sobre ellas

Patrimonio de una persona es el conjunto de sus bienes y de las cargas que gravan a las mismas.

Naturaleza del patrimonio:

La doctrina clásica: sostiene que el patrimonio es un atributo de la personalidad. La persona constituye el soporte del patrimonio, este no puede existir sin aquella.

La relación íntima entre el patrimonio y la persona, origina varias consecuencias prácticas: - toda persona natural o jurídica posee un patrimonio – el patrimonio de cada persona es único e indivisible, - el patrimonio es inseparable de la persona.

Doctrina moderna: la doctrina clásica expuesta, ha sido objeto de recias impugnaciones, especialmente en cuanto vincula el patrimonio a la personalidad.

En posición divergente, la doctrina moderna más recibida concibe el patrimonio como una institución autónoma, gobernada por los fines que les son propios. Y lo considera simplemente como conjunto de bienes afectados a un fin determinado.

De ahí el patrimonio individual afectados a las necesidades del individuo; los patrimonios colectivos afectados al cumplimiento de los fines de las personas colectivas, y los patrimonios especiales que afectan parte de los bienes de una persona determinada.

FRUTOS: llámase fruto a lo que la cosa produce regular y periódicamente, sin alteración ni disminución de su substancia; como la cría de animales, cosechas, etc.

Diversas clases de frutos: existen tres clases:

Frutos naturales: son los que nacen o se producen espontáneamente; por ej: la cría de animales, corte de árboles.

Frutos industriales: se obtienen por el trabajo del hombre aplicado al cultivo de la tierra, ejemplo los cereales.

Los frutos civiles: de acuerdo con lo estipulado en el código civil: los que provienen del uso o goce de las cosas que se ha concedido a otros, o en términos más precisos, las rentas que la cosa produce: ej: los intereses de un capital.

Los que provienen de la privación de las cosas, por ejemplo: el importe de la indemnización debida por el despojo de un terreno.

Los salarios u honorarios del trabajo material y del trabajo inmaterial de las ciencias.

BENEFICIOS DE LA COSA: son los objetos que se sacan o separan de ella, una vez sacada de las cosas disminuye su substancia. Es decir es el grado de utilidad obtenido de la producción de un bien determinado, para satisfacer necesidades de la vida cotidiana

CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS CONSIDERADAS EN SI MISMAS SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL

Según el código civil las cosas se clasifican en: muebles e inmuebles, fungibles e infungibles, principales y accesorias, enajenables e inenajenables o cosas que están en el comercio o fuera de él.

Cosas muebles: son cosas muebles las que pueden transportarse de un lugar a otro, ya sea por sí misma como los animales o por fuerza exterior a ellas como los libros, las mesas, etc.

Son también cosas muebles también cosas muebles según el código:

Todas las partes sólidas y fluidas del suelo, separadas de él, como las piedras, metales, árboles, tierra, etc. Tales cosas antes de su separación son inmuebles, por estar realmente inmovilizada como parte integrante del suelo.

Las construcciones asentadas en la superficie del suelo, con carácter provisional por que falta la condición de perpetuidad necesaria en virtud de la ley, para que las construcciones adquieran el carácter de inmuebles por accesión física.

Los tesoros, monedas y otros objetos colocados bajo el suelo, tales objetos conservan su individualidad propia y pueden ser sacados de ahí.

Los materiales reunidos para la construcción de edificios, mientras no estén empleados, los materiales se convierten en inmuebles desde el momento de su accesión física e incorporación al edificio.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Los materiales que provengan de la destrucción de un edificio, aunque los propietarios hubiesen de reconstruirlo con los mismos.

Categorías de las cosas muebles: son de dos formas; por su naturaleza y por su carácter representativo.

Son cosas muebles por naturaleza: las que pueden transportarse de un lugar a otro, se a por si misma o por fuerza externa.

Son cosas muebles por su carácter representativo: todos los instrumentos públicos o privados donde constasen la adquisición de derechos personales. Tales derechos denominados también creditarios u obligacionales pueden hacerse constar en cualquiera de las formas indicadas.

Cosas inmuebles: son las que se encuentran por si mismas inmovilizadas en un lugar determinado, ejemplo un terreno, un edificio, un árbol.

El carácter mueble e inmueble depende exclusivamente de la ley y no puede ser variado por la voluntad. El código civil establece: que son inmueble las cosas muebles que se encuentren puestas intencionalmente, como accesorias de un inmueble, por el propietario de este sin estarlo físicamente.

El código civil establece sus distintas categorías: por su naturaleza- por accesión – por su carácter representativo.

Inmuebles por naturaleza: son las cosas que se encuentran por si mismas inmovilizadas, por tanto la condición natural de ellas constituye su inmovilización.

La enumeración de los inmuebles constituye tres grupos:

El suelo, toda la parte sólida o fluida que forman su superficie o profundidad, por ejemplo las piedras, las arenas que constituyen las distintas capas del suelo.

Todo lo que esta incorporado al suelo de una manera orgánica con carácter estable, como los árboles y plantas cuyas raíces están enterradas bajo tierra. Los frutos y las cosechas pendientes forman parte un todo con las plantas y árboles que los producen regular y periódicamente

Todo lo que se encuentra bajo el suelo, sin el hecho del hombre, por ejemplo los yacimientos minerales al carácter de inmuebles atribuido a las cosas mencionadas desaparecen desde el momento que dejan de formar parte del suelo.

Inmuebles por accesión: existe accesión cuando una cosa mueble se incorpora a otra cosa inmueble. El código civil distingue dos clases: físicas y morales.

Accesión física: supone a la unión material de la cosa mueble al inmueble, y se produce cualquiera sea la persona que haya puesto en el inmueble las cosas muebles inmovilizadas.

En la acción moral no existe la unión material o incorporación de la cosa mueble al inmueble y se requiere que el propietario de este haya colocado en el inmueble la cosa mueble.

Inmuebles por su carácter representativo: son los instrumentos públicos donde constare la adquisición de los derechos reales sobre bienes inmuebles, con excepción de los derechos reales de hipoteca y de anticresis.

Por consiguiente quedan comprendidos en la clasificación de inmuebles por su carácter representativo, los instrumentos públicos en que constare la adquisición de: el dominio, condominio, usufructo, uso habitación, y servidumbres activas.

Cosas fungibles y no fungibles:

Son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma cantidad y calidad

Posee dos características:

Que una cosa equivale perfectamente a la otra y que pueden ser sustituidas las unas por las otras a condición de que sean de la misma cantidad y calidad. El calificativo fungible significa que una cosa puede las veces que la otra: ejemplo: un kilo de azúcar equivale perfectamente al otro kilo de la misma calidad.

Cosas no fungibles: son aquellas que no pueden ser sustituidas las unas por las otras, por que están dotadas de una individualidad propia.

Cosas consumibles y no consumibles:

Son cosas consumibles aquellas cosas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas, por no distinguirse de su individualidad.

Las cosas n consumibles son las que no dejan de existir con el primer uso de que ellas se hace, aunque sea susceptible de consumirse o deteriorarse, después de algún tiempo.

Cosas divisibles e indivisibles: son cosas divisibles aquellas que sin ser destruidas enteramente pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forman un todo homogéneo y análogos tanto a las otras partes como a la cosa misma.

Para que las cosas sean consideradas como divisibles deben concurrir dos condiciones: que puedan ser fraccionadas en porciones reales, sin degradarse o desnaturalizarse.- que cada porción forme un todo homogéneo y análogos tanto a las otras partes como la cosa misma.

Cosas principales y accesorias: son cosas principales las que pueden existir para si mismas y por si mismas, las cosas principales tienen una existencia propia e independiente de cualquiera otra.

Son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza están determinadas por otras cosas de las que dependen o a las cuales están adheridas.

Cosas enajenables e inajenables o cosa dentro del comercio y fuera del comercio:

Cosas en el comercio: están el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuese expresamente prohibida o dependiese de una autorización previa.

Cosas fuera del comercio: están fuera del comercio por dos causas: por estar legalmente prohibida su enajenación y por estar sujeta a una autorización previa las enajenaciones de las mismas.

Existe inenajenabilidad absoluta en el primer caso e inenajenabilidad relativa en el segundo.

CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES CONSIDERADOS EN RELACIÓN A LAS PERSONAS A QUIENES PERTENECEN.

Se distinguen cuatro clases de bienes con respecto a las personas a quienes pertenecen o los tienen bajo su dominio y posesión: bienes del estado, bienes del municipio, bienes de la iglesia católica, y bienes de los particulares.

Los bienes en su acepción legal comprenden todas las cosas y derecho susceptibles de tener valor económico.

Bienes del estado: los bienes pertenecientes al estado, sobre que ejerce dominio y posesión se subdividen en bienes públicos y privados:

Bienes públicos del estado: son los poseídos por el mismo en su carácter de ente soberano. Ellos constituyen el dominio público. La condición necesaria para que los bienes del estado sean considerados como bienes públicos es al que debe estar destinado al goce y al uso de todos sus habitantes, pero con sujeción a las disposiciones legales.

Los bienes públicos del estado presentan tres caracteres: inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Algunos de ellos son: los ríos, sus cause, todas las aguas, los ríos interiores, bahías, las plagas del río navegable, en cuanto su uso sea necesario para la navegación. Las islas en los mares y lagos navegables. Los caminos, canales, puentes etc.

Para la comodidad social.

Bienes privados del estado: son los que el mismo posee en su carácter de persona jurídica. Respecto de los bienes que integran el dominio privado del estado, este ejerce una titularidad similar a la de los particulares sobre sus propios bienes.

El estado como persona jurídica tiene respecto de sus bienes privados un verdadero derecho de propiedad. Por lo que dichos bienes pueden ser enajenados, no están sujetos a la prescripción. Pueden ser embargados, salvo disposición expresa de una ley que declare exceptuados dichos bienes.

Son bienes privados del estado: todas las tierras que estando situados dentro de los límites de la república, carezcan de otro dueño.

Las minas de oros, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles, hidrocarburos, petróleos, etc.

Los bienes de las personas que mueren sin dejar herederos, los inmuebles abandonados y de dueños desconocidos.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Bienes del municipio: son bienes municipales lo que el gobierno o estado ha puesto bajo el dominio de las municipalidades, este precepto legal emplea el termino municipalidad como municipios: los bienes municipales se clasifican en públicos y privados:

Los bienes públicos de los municipios son los que el mismo ha destinado al uso y goce de todos sus habitantes; ej: las calles de las ciudades, plazas, parques, playas, etc. Son inenajenables, imprescriptibles e inembargables.

Los bienes privados del municipio: son los poseídos por este sin estar destinados al uso y goce de todos sus habitantes. Así los edificios mandados a construir para el funcionamiento de la administración municipal, muebles, útiles, medios de transportes. No están sujetos a la prescripción y son enajenables.

Bienes de la iglesia católica y de las comunidades religiosas no católicas: la iglesia católica es persona jurídica de existencia necesaria. Los bienes que en tal carácter poseen se clasifican: lugares sagrados (basílicas, iglesias y oratorios). Lugares pios o religiosos (conventos, seminarios) y bienes temporales de naturaleza mueble e inmueble, destinados al cumplimiento de su misión. Dichos bienes pueden ser enajenables en conformidad a las disposiciones de la iglesia católica. Los bienes de las comunidades religiosas no católicas, pertenecen a las respectivas corporaciones que los tienen bajo su dominio y posesión. Pueden ser enajenados de conformidad a los estatutos de dichas corporaciones.

Bienes de los particulares: las cosas que no fuesen bienes del estado, las municipalidades, de las iglesias, son bienes particulares, sin distinción de las personas que sobre ellas tienen dominio, aunque sean personas jurídicas.

CAUSA: EL NEGOCIO JURÍDICO

Causa de la relación jurídica: hecho jurígeno o jurídico; la causa que da nacimiento a la relación jurídica o la fuente productora de derechos, llamase hecho jurígeno o jurídico:

Hecho jurídico: Según el código civil los hechos jurígenos son todos los acontecimientos de producir una adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones.

Desde el punto de vista de la ciencia jurídica, la palabra hecho tiene una acepción amplia. Se la emplea para designar todo acontecimiento o suceso que ocurra y caiga en el mundo de nuestras percepciones, producido por el hombre o extraño al mismo pero que sea susceptible de influir en los derechos y obligaciones.

CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS: DE NATURALEZA Y HUMANOS.

Los hechos naturales: son los producidos por causas completamente extrañas al hombre e independientemente del mismo, y sobre los cuales no ha podido influir ni modificar.

Tales hechos determinan la adquisición o pérdida de los derechos. Así el nacimiento de una persona humana origina los derechos y obligaciones que la ley establece entre padres e hijos.

Los hechos humanos: son los resultados de la obra directa e indirecta de los hombres efectuados o realizados por el mismo. ej : un contrato de compra venta celebrado entre dos personas, en virtud del cual el comprador adquiere derechos sobre la cosa y el vendedor derecho sobre el dinero de la venta

HECHOS HUMANOS: VOLUNTARIOS E INVOLUNTARIOS:

VOLUNTARIOS son los ejecutados con discernimiento, intención y libertad. Las condiciones necesarias para que un acto jurídico tenga el carácter de voluntario, son internas y eternas. Las primeras se relacionan con la esencia misma de la voluntad, la segunda con su exteriorización.

Las condiciones internas son tres: el discernimiento, la intención y la libertad.

El discernimiento consiste en juzgar nuestras acciones, saber lo que se hace, saber distinguir lo justo de lo injusto, lo útil de lo dañoso.

La intención consiste en el propósito de realizar un acto. Una persona obra con intención cuando tiene la idea de ejecutar el acto y su voluntad le lleva hacia la realización del mismo.

La libertad consiste en el poder que tiene el ser humano para decidir por si mismo la realización de sus actos y en la ausencia de toda coacción exterior. Excluye la violencia, tanto física como moral.

INVOLUNTARIOS: son los ejecutados sin discernimiento, intención o libertad. Por lo tanto si faltara uno de estos elementos, el hecho se reputara involuntario. No producen efectos jurídicos de ninguna clase los hechos involuntarios.

CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS HUMANOS VOLUNTARIOS EN: LICITOS E ILICITOS

Actos lícitos: acciones voluntarias no prohibidas por la ley de que puede resultar alguna adquisición, modificación, o extinción de derechos. Ej: Juan para distraerse pinta un día domingo las puertas y ventanas de su casa. Este hecho voluntario es lícito, pero no tiene ninguna repercusión jurídica.

Si el mismo trabajo es realizado por el pintor Ramón con quien el señor Juan acordó el precio, plazo y demás condiciones, entonces produce consecuencias jurídicas.

Hechos ilícitos: aquellos prohibidos por las leyes, ordenanzas municipales, reglamentos, etc. Contienen una sanción penal. Pueden consistir en acciones u omisiones cuando no se hace lo que la ley manda.

Los actos voluntarios ilícitos comprenden dos grandes grupos, denominados delitos y cuasidelitos.

ACTOS JURÍDICOS- CONCEPTO:

Son los hechos voluntarios lícitos realizados con el propósito de establecer relaciones jurídicas, esto es adquirir, conservar, modificar, transferir o alquilar derechos y obligaciones. Ej; los contratos en general, los testamentos, reconocimiento de un hijo.

Los actos jurídicos; son actos voluntarios lícitos y tienen como fin inmediato establecer relaciones jurídicas.

EL NEGOCIO JURÍDICO; PAPEL DE LA VOLUNTAD CONCIENTE;

Dentro de la categoría de los actos jurídicos, deben distinguirse los negocios jurídicos.

Los negocios jurídicos son declaraciones de voluntad de los particulares encaminada a la obtención de fines jurídicamente protegidos

Pertenece el negocio jurídico a la categoría genérica de los actos jurídicos, por que en su producción concurre la voluntad consciente. Pero el papel de esta es de mayor significación en los negocios jurídicos, pues interviene como elemento de su creación y al mismo tiempo para obtener efectos prácticos tutelados por el derecho.

CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS:

Actos jurídicos positivos y negativos: los primeros son aquellos en que el nacimiento, la modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones, exigen la realización de un acto.

Los actos jurídicos negativos son aquellos en que el nacimiento, la modificación, o la extinción de los derechos y obligaciones dependen de una omisión.

Actos jurídicos unilaterales y bilaterales: son unilaterales cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona y bilaterales cuando requiere el consentimiento unánime de dos o más personas. Son ejemplos de actos jurídicos unilaterales el testamento, la renuncia de un derecho, la designación del tutor hecha por el padre o la madre.

Son actos jurídicos bilaterales los contratos, pues exigen para su existencia el concurso de la voluntad de dos o más personas.

Actos jurídicos entre vivos y de última voluntad: actos jurídicos entre vivos son aquellos cuya eficacia no depende del fallecimiento de las personas quien ha concurrido con su voluntad para otorgarlos. Son los contratos en general.

Cuando los actos jurídicos deben producir efectos luego del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emana, se denominan disposiciones de última voluntad. Como son los testamentos.

Los actos jurídicos formales y no formales: la forma es el conjunto de las solemnidades prescritas por la ley que deben observarse en la celebración de los actos jurídicos: ej: en la escritura pública del acto, la presencia de testigos, la del oficial público, autorización judicial, etc.

Dichas solemnidades prescritas por la ley, han de observarse al tiempo de formación del acto y no pueden ser anteriores ni posteriores al mismo.

Los actos jurídicos se clasifican en formales y no formales, según que la ley haya establecido o no, respecto de su celebración determinadas solemnidades



Si la ley prescribe determinadas formas en la celebración de un acto jurídico, es necesario que este sea otorgado con sujeción a la forma legal para su eficacia y validez.

Actos solemnes y no solemnes: la forma ordenada por la ley en los actos jurídicos solemnes, debe observarse bajo pena de nulidad, la validez y eficacia de dicho acto dependen de dicha observancia

En este caso la forma tiene el carácter de una solemnidad esencial para la validez o existencia del acto jurídico

Son actos solemnes: el matrimonio, el reconocimiento de los hijos naturales a los efectos de su legitimación o el nombramiento del tutor dativo hecho por los padres legítimos.

EFFECTOS RELATIVOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS:

En principio los actos jurídicos solo producen efecto entre las personas que los han otorgado. Por consiguiente ello no puede perjudicar o aprovechar a quienes no han concurrido a su otorgamiento. Respecto de estas personas son extrañas y se denominan terceros.

Ej: los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a herederos y sucesores universales a no ser que las obligaciones que nacieran de ellos fuesen inherentes a las personas o resultaren lo contrario de una disposición expresa en la ley, de una cláusula del contrato o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros.

ACTOS ILÍCITOS: CONCEPTO; son aquellos prohibidos por la ley, ordenanzas, reglamentos, etc, que contienen una sanción penal. Tales actos prohibidos pueden consistir en acciones u omisiones. Acciones cuando se hace lo que la ley prohíbe, y omisiones es cuando no se hace lo que la ley manda.

DELITO: la palabra delito tiene en derecho civil, una significación diferente que la del derecho criminal. Para la doctrina científica y legal existen pues delitos civiles y penales.

En el Código civil, delito es el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar a la persona o derecho de otros.

El delito civil conceptualmente requiere dos elementos: el subjetivo que consiste en la ejecución del acto ilícito a sabiendas, con la intención de dañar o mediando dolo; y el objetivo o daño.

El daño puede ser material o moral.

En derecho criminal: delito designa toda infracción definida y castigada por la ley penal: ej: el homicidio, hurto, robo, rapto, calumnia, difamación.

CUASIDELITO: el acto ilícito realizado sin intención dolosa, pero con negligencia o culpa imputable. Cuando el hecho ocasiona un daño a otro, por culpa o negligencia del agente, quien está obligado a la reparación de los daños y perjuicio, existe cuasidelito. Ej. Pasar semáforo rojo.

el propietario de un animal salvaje ocasiona accidente a una persona, en ese caso el dueño es el responsable.

RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL: una modalidad de la relación jurídica, constituye la relación jurídica procesal que es autónoma y está regulada por las leyes propias.

Con la contestación a la demanda queda trabada la litis y se origina lo que en derecho procesal moderno se denomina relación jurídica procesal

Caracteres: pertenece a la esfera del derecho público por su naturaleza- es triangular; en ella intervienen tres sujetos (actor, demandado y juez) – es fuente legal de derechos y obligaciones recíprocos entre actor y demandado y entre estos y el juez.

Ordinariamente interviene como partes en la relación jurídica procesal: un actor y un demandado, pero es posible la presencia de varios autores o demandados

UNIDAD XXIV

DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO-LAS RAMAS DEL DERECHO- EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO- LAS RAMAS DEL DERECHO:

Las Distinciones Sustanciales Y Formales Entre Ambos

Las Distinciones Sustanciales- Teoría Del Interés

En los países de tradición continental- romanista la división del derecho en público y privado todavía hoy suele presentarse como las más fundamentales de las divisiones del derecho positivo.

En roma el derecho público reglaba las relaciones de los hombres considerados como miembros de la asociación política: se ocupaba del gobierno del estado de la organización de las magistraturas y de las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos. El derecho privado tenía por objeto las relaciones entre los particulares.

La distinción entre ambos órdenes de derecho trajo en roma como consecuencia práctica el respeto del estado por los derechos privados. Se admitía el principio de que el interés público prevalecía sobre el privado. También el estado debía indemnizar al particular si ocasionaba perjuicios.

La definición de ulpiano sigue inspirando una teoría muy difundida que funda la diferenciación entre derecho público y privado. En una contraposición entre el interés público o general e interés privado o particular. La experiencia enseña que no es posible separar el interés privado del interés público en forma absoluta; los intereses individuales coinciden a menudo con los sociales y viceversa. El individuo es afectado por el interés privado y por el interés público, porque ambos se vinculan directa o indirectamente a la protección de la vida, la libertad y la propiedad de todos. Se conceptúan como derechos privados muchos hechos jurídicos relacionados con el interés público y viceversa. Un contrato para proveeduría del ejército, verbigracia, es de eminente interés público aunque se reputa de derecho privado. Las leyes sobre higiene y salud pública regulan muchas veces intereses particulares y sin embargo son de derecho público.

La insuficiencia de la definición romana indujo a Savigny a plantear la cuestión sobre nuevas bases. Savigny diferenciaba las relaciones jurídicas según su *fin*; su sistema podría ser llamado sistema teológico. En el derecho público el estado es el fin y el individuo solo ocupa un lugar secundario. Lo contrario ocurre en el derecho civil; el individuo es el fin y el estado no es más que un medio.

Las distinciones formales.

La impresión de las distinciones sustanciales indujo varios autores a diferenciar al derecho público del privado según la forma en que se establece el deber jurídico.

Según Jellinek, la oposición entre el derecho privado y en público puede referirse al principio fundamental de que en aquel los individuos son considerados en una relación de coordinación, los uno con respecto a los otros. Por tanto el derecho privado regula las relaciones de los individuos como tales, el derecho público regula las relaciones entre distintos sujetos dotados de imperium, o la organización y funciones de estos mismos sujetos y la relación de ellos con los sometidos al poder. La base de la distinción estaría en la circunstancia de que en las relaciones de derecho público interviene una entidad que se coloca en un plano superior en cuanto está dotado de un poder o autoridad.

La doctrina de Jellinek ha sido perfeccionada por Hans Kelsen, quien sustituye la noción de imperium por la de forma o método de creación de la norma jurídica. En tanto que en el derecho privado el método de creación de normas y deberes es democrático ya que es necesario el consentimiento del obligado para la creación de la norma que le impone un deber.

Conclusiones.

La exposición de las distinciones sustanciales y formales y la crítica doctrinaria a la distinción misma, muestran a nuestro entender, que la división del derecho en públicos y privados no es descriptiva de su objeto. No lo aprehende en plenitud y por lo mismo no constituye un concepto clasificatorio. Se trata de una idea relativa a cuya luz se pueden contemplar todas las relaciones jurídicas, las que ofrecen un aspecto privado y uno público simultáneamente, lo que es confirmada por la experiencia.

Cabe conservar la distinción entre derecho público y derecho privado como meramente indicativa de un predominio de una u otra idea en las distintas ramas del derecho y en homenaje a la tradición que le confiere un valor entendido, y también en gracia a su indudable claridad didáctica. En efecto; si tomamos instituciones típicas de uno y otro campo, por ejemplo de un lado del senado de la nación o de la ciudadanía y del otro el matrimonio o un contrato de compra-venta, no cabe duda alguna acerca de cuales de las mencionadas instituciones pueden ser adscriptas al derecho público y cuales al derecho privado.



La situación del conjunto podría ser caracterizada del modo siguiente- en un extremo se encuentran las instituciones típicas del derecho político- constitucional claramente publicas y en el otro extremo- algunas instituciones típicas del derecho civil y comercial, claramente privadas

D, publico

Internacional publico
Constitucional
Administrativo
Penal
Procesal

D. privado

Del trabajo
De minerías
Agrarios, recursos naturales
Civil
Comercial
Internacional privado

En la evolución actual del derecho en casi todos los países civilizados, los particulares se encuentran puestos en un pie de igualdad unos frente a otros y además se encuentra prohibido el uso de la coacción entre ellos, motivo por el cual debe acudir a los órganos del estado para obtener la solución coactiva de sus interferencias o conflictos de intereses.

Por consiguiente, un carácter distintivo del estado y de sus órganos:

- el uso lícito de la coacción
- una situación de superioridad con relación a los particulares. Dicha situación consiste en que el estado, por intermedio de sus órganos puede determinar en forma unilateral la obligatoriedad de ciertas conductas para los particulares.

Son de derecho público:

- las normas que regulan directamente el uso de la coacción, estableciendo su licitud o ilicitud
- las normas que establecen los órganos y los procedimientos para la creación de normas obligatorias

Son de derecho privado las normas que no entran en ninguna de las dos categorías precedentes

RAMAS DEL DERECHO POSITIVO: SU ORIGEN Y FUNDAMENTO

Tradicionalmente el estudio y la enseñanza del derecho se presentan divididos en una serie de ramas que dominan la especialización científica, la división didáctica en materias y aun la división de los códigos y las competencias de los tribunales. La relativa independencia recíprocas de estas ramas es un hecho que en el plano didáctico, esta fuera de toda duda.

Sucede que la investigación, el estudio y la enseñanza del derecho se desenvuelven respetando estas divisiones. Hay otro hecho igualmente llamativo que relativiza en buena parte la importancia del anterior, en diferentes países y en diferentes épocas, estas divisiones adoptan también formas diversas y no se las reconocen en absoluto. Por ejemplo para los países anglosajones, la división primordial es en *statue law* (derecho legislado) y *el common law*, división que no coincide con la imperante en los países de la tradición romanista. Que asignan una importancia escasa o nula a las divisiones del derecho en público y privado o en civil y comercial.

El origen de las diversas ramas actuales se puede pesquisar históricamente y en sus variantes de detalles de tiempo y lugar. La proliferación creciente de dichas ramas se debe a la creciente complejidad de las creaciones sociales. Actualmente la vida social se diversifica en nuevas formas y relaciones y el derecho, que es él mismo, vida social, prolifera en cada una de esas manifestaciones hasta que se formula y cristaliza en nuevas leyes o códigos. Tal el origen del derecho comercial a fines de la edad media vinculados a los comienzos de la economía capitalista, del derecho marítimo en íntimo contacto con el hecho de la navegación; del derecho de la aeronavegación; del derecho de minería con la explotación minera.

Los avances de la técnica y las modalidades de la vida puede crear indefinidamente nuevas ramas o también hacer desaparecer o refundir en una sola otras ya existentes. Esta proliferación y división indefinida de ramas del derecho se manifiesta particularmente en el campo del derecho privado como sucesivos desprendimientos del derecho civil, que funciona así como derecho común.

Por su mismo fundamento en la vida histórica y variable, la distinción de la rama del derecho sería en principio, variable y contingente, por lo que no nos debiera asombrar algo que ya se dijo más arriba: que las ramas varíen con el tiempo y lugar y que algunas sean desconocidas en determinadas culturas. Hay otras ramas del derecho que a primera vista parecen descansar sobre estructuras necesarias o constantes.

Parecería también obedecer a un fundamento, si no necesario, al menos basado en estructuras constantes del derecho, la distinción entre derecho civil y derecho penal, fundada en un carácter específico de una sanción: la pena criminal. Lo mismo podría quizás decirse del derecho constitucional- administrativo que estudiaría la actividad dadora de las normas jurídicas de los órganos del estado en su carácter de tales.

EL PROCESO DE LA DIVISIÓN DEL DERECHO EN RAMAS; LAS RELACIONES ENTRE LAS MISMAS Y LOS DIVERSOS PLANOS EN QUE SE PLANTEA LA CUESTIÓN DE LA AUTONOMÍA.

Ateniéndonos a los países que corresponden a los sistemas jurídicos romanistas e iberoamericanos cabe señalar como tendencia común la de admitir la existencia de un número cada vez mayor de ramas jurídicas autónomas. Podría relajarse el proceso del siguiente modo: en una primera etapa nos encontramos con que la creciente complejidad de las relaciones e intereses interhumanos lleva a los legisladores a sancionar regulaciones jurídicas cada vez más especializadas y prolijas que incluso hacen necesarias su consolidación en cuerpos legales. En una segunda etapa la citada complejidad y diversidad legislativa trajo aparejada una especialización en lo didáctico docente, multiplicando los manuales y las cátedras aun más allá de las grandes ramas de la legislación.

Es una suerte de autonomía didáctica, docente e incluso profesional, que puede generalmente defenderse con buenos títulos. La cuestión delicada surge cuando en un tercer plano se trata de establecer cuales son las relaciones que tienen todas estas nuevas del derecho entre si o con los troncos de los que se han desgajado, es la llamada autonomía científica de las distintas ramas. Pueden existir dos maneras de saber si una rama cualquiera es o no científicamente autónoma:

Si los principios que la informan su carácter original y por constituir una construcción jurídica sistemática completa y cerrada, hace innecesaria toda concurrencia a los principios de otra rama, estaremos frente a una disciplina autónoma.

Si los principios de la rama en cuestión aparecen como contingentes excepciones o especificaciones de los de otras disciplinas a las que se recurre además para los casos no previstos, no cabe hablar de una rama autónoma si no de un recuadro o ramal mas o menos excepcional o especializado.

Es claro que alguna de ellas ha alcanzado un grado tal de autonomía legislativa y docente que resulta difícil impugnar su autonomía científica. Es lo que ocurre con el derecho comercial y el del trabajo. Pero aun en el campo de estas disciplinas se advierte hoy una definida tendencia a aproximarse nuevamente al tronco del derecho civil de que antes se ufanan en haberse emancipado.

Mucho más endeble que la de los derechos comerciales y laborales es la autonomía pretendida por otras ramas como los derechos de la navegación, rural, de minera, etc. No es que neguemos que se trate de legítimas especializaciones que responden a la creciente complicación y a las nuevas situaciones de la vida comunitaria.

Análogo es lo que ocurre con el contemporáneamente llamado derecho económico, al que se suele considerarse como la expresión jurídica de la política de plantación en lo económico- social, o en otros términos como el derecho de la economía organizada, en miras de lograr un desarrollo equitativo y solidariamente compartido. Si pese a lo dicho se



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

quiere calificarlo como autónomo no hay inconveniente en complacer a sus cultores, pero siempre que admitan que nunca podrá ser insertada esta rama, en una clasificación al lado de los troncales derechos civiles, penal y administrativo por la sencilla razón de que responde a otro *principium divisionis*; el derecho económico no puede ser parangonado con las ramas básicas de la enciclopedia jurídica por que solo puede concedérsela autonomía en un plano transversal a ellas como una especialización de las mismas.

En conclusión; repetiríamos lo dicho mas arriba a cerca de que, de ajustarnos a un criterio estricto, habremos de negar autonomía científica a la mayoría de las disciplinas jurídicas a las que se suele atribuir esa nota.

Pero la persistencia con que se siguen reivindicando estas autonomías, nos lleva a pensar que tras una argumentación pretendidamente ontológica se ocultan razones de carácter práctico y valorativo.

A la luz de lo expuesto se advierte con nitidez que toda vez que los doctrinarios propugnan la autonomía científica de la concepción de un determinado sector de la experiencia jurídica lo que están haciendo es sostener que si se aplican a ese sector los principios de la disciplina troncal dentro de los cuales era tradicional subsumirlo, no se satisfacen las exigencias de la justicia.

En resumen; para saber si procede acordar una disciplina cartas de autonomía hay que atender no tanto a la belleza doctrinaria o a la perfección lógica del presunto sistema, sino en las incidencias en la concreta experiencia jurídica.

EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO; ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DOCTRINALES

Se ha rastreado la existencia del derecho internacional público en el antiguo Egipto, en la India y entre los primitivos helenos, no cabe dudas su aparición como derecho intertribal debe haber sido simultáneamente a la del derecho estatal bajo la forma del derecho tribal. La evolución de ambos ha sido muy diversa, mientras el derecho estatal adquiría bien pronto nítidos perfiles, el internacional conservo con muy leves variantes una figura borrosa de contornos indefinidos, un carácter primitivo y una imperfección técnica que perdura hasta la actualidad. Este diverso grado evolutivo entre las relaciones humanas intraestatales motivo en lo que se refiere al derecho internacional público como rama de la ciencia jurídica.

Entre los romanos cabe citar como antecedente el *ius fetiale* de fuerte fundamento religioso que establecía el formalismo en las declaraciones de guerras y por otra parte el *ius gentium* que era un derecho aplicable a los hombres de cualquier pueblo y particularmente a los extranjeros residentes en Roma.

La idea del derecho internacional supone la existencia de varios estados o comunidades jurídicas nacionales y por otra el establecimiento de una cierta igualdad entre estas comunidades jurídicas parciales, sobre la base de la admisión de una instancia superior al estado, es decir, sobre la base de la existencia de una comunidad jurídica internacional.

En la edad antigua, la falta de una base cultural común conspiraba contra la idea de una comunidad superior a la nacional. Un pueblo (judío) que se consideraba así mismo como el único elegido; otro (el griego) que tenía a todos los demás por bárbaros y un tercero; (el romano) que pretendía la dominación mundial, no podían admitir entre si el supuesto del derecho internacional.

En la edad media domino en el mundo de las ideas políticas en concepto de un reino mundial cristiano, bajo la diarquía del poder del emperador y del papa y el concepto de soberanía se hace posible la aparición expresa del derecho internacional.

El concepto se extendió mas tarde por obra de la secularización general de la cultura. Turquía fue admitida en 1856 después de la guerra de Crimea en el concierto europeo. El Japón en 1899 después de su triunfo sobre China y en fin puede decirse que el derecho internacional abarca todo el globo.

En lo que se refiere a la historia de la ciencia del derecho internacional público ha sido usual considerar como fundador de esta disciplina a Hugo Grocio. Las investigaciones de Lomer, de Nys, de Eduardo de Hijoza, de Mendez y Pelayo, de Brown Scout y de Joseph Barthelemy entre otros. Demuestra que sin desmedro de los títulos de Grocio como sistematizador, corresponde calificar, no ya de precursor sino de creador de la disciplina al dominico español Francisco de Vitoria quien en sus relaciones teológicas, al condenar la guerra injusta, al justificar la empresa colonizadora de España en Indias en la necesidad natural de comunicación de los pueblos y sobre todo al sostener la existencia de una verdadera comunidad jurídica internacional, estableció las bases mismas de la materia que denomino *ius gentium*, pero con el contenido preciso de *ius inter gentes*. Supone vínculos jurídicos entre naciones concebidas no ya como entes aislados sino como miembros de una comunidad de pueblos interdependientes.

En la actualidad las concepciones del derecho internacional pueden sintetizarse en estos términos:

Iusnaturalista: la existencia de ciertos principios intangibles y superiores al derecho positivo y a la mera imposición política de cada estado, principios que constituyen en su sentido más autentico el derecho internacional, es decir, supraestatal.

Positivistas del derecho estatal: parten del dogma de la soberanía ilimitada de los estados y sobre estas bases no admiten otro derecho internacional que el que libremente acatan o acuerdan los estados. acentúa el estudio de los actos particulares por los cuales se manifiesta la voluntad de dicho estado (tratados, convenios, declaraciones, etc.)

Positivista del derecho internacional: que admiten: - la existencia básica de un derecho internacional general de origen consuetudinario como surge de la conducta efectiva de los estados. - un derecho internacional particular, de origen convencional cuya validez se apoya en el referido derecho internacional general consuetudinario que pertenece a este ultimo.

CONCEPTO

La denominación derecho internacional es debida a Jeremías Bentham, quien la empleo por primera vez en su obra *Principles of International Law*. Esta expresión sustituyo a la antigua *ius gentium*, empleada por los fundadores que tenía un excesivo matiz iusnaturalista.

Puede definirse el concepto de derecho internacional público como la rama de la ciencia jurídica que estudia las relaciones entre estados, sus deberes y sus derechos. Esta definición no es completa ni rigurosamente exacta pues admite las tres siguientes rectificaciones.

Hablar del estado como sujetos de relaciones (derechos y obligaciones) es una forma abreviada de hablar que implica la personificación del ordenamiento jurídico estatal. Conducta solo pueden tenerla, en verdad seres humanos, individuos.

Los estados no son los únicos sujetos del derecho internacional. Junto a los estados que son personas internacionales naturales del derecho internacional general o natural existen otras personas jurídicas internacionales creadas por el derecho internacional particular o artificial. Por ejemplo por la extinta sociedad de las Naciones- la actual organización de las Naciones Unidas (ONU), la organización de los Estados Americanos (OEA). estas otras personas internacionales son una pura creación del derecho internacional, a través de actos en los que los estados expresan su consentimiento (tratados, convenios).

El derecho internacional establece también, en forma directa e inmediata, deberes de individuos de personas de existencia visible. Ej.- la norma del derecho internacional que prohíbe la piratería, es decir, todo acto de violencia ilegítima cometida en altamar por la tripulación de navíos privados en contra de otros navíos.

También es impuesta por el derecho internacional la obligación de respetar un bloqueo declarado y efectivo estando establecido como sanción para su inobservancia la confiscación del barco y su cargamento

EL DERECHO INTERNACIONAL ¿EXISTE COMO DERECHO?

Se lo plantea en los términos de existencia ¿existe el derecho internacional? O en término de esencia ¿es efectivamente derecho? O se trata de normas morales de puro derecho natural no vigente en fin de algo extraño al derecho positivo.

Argumentos generales; se sostiene la inexistencia o el carácter jurídico del derecho internacional porque;

No hay un legislador común que dicte normas a los estados

No hay un tribunal internacional que los aplique

No hay autoridad o fuerza que la haga respetar



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Con replica a esta argumentación debe advertirse que:

No es indispensable que para existir el derecho sean formulados por legisladores en leyes: el existe independientemente de la ley y surge consuetudinariamente en le serie continuada de relaciones entre los estados.

En lo que se refiere a tribunales internacionales no es exacto decir que no existen en absoluto, pues Hay algunas formas de jurisdicciones internacionales, tales como la corte internacional de justicia, que en su carácter de órgano de la ONU tiene potestad para fallar en los conflictos que se le sometan voluntariamente o previstos en la carta de la ONU o en tratados

En cuanto a la falta de una autoridad o fuerza que haga respetar sus normas es un argumento de carácter esencial que será tratado a continuación.

LA CUESTIÓN ESENCIAL, LA SANCIÓN. LA COMUNIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL.

Al argumento escéptico esencial de que el derecho internacional carece de sanción, contestan los autores partidarios de la existencia del derecho internacional diciendo que existen efectivamente sanciones, dado que el país que lo viola se expone a las represalias y la guerra.

Se trata aquí del tema mas general de la relación entre derecho y fuerza, tema directamente conectado con el de la efectividad y vigencia y que hace verdadera crisis en el plano del derecho internacional por la inexistencia de órganos fijos de la comunidad a los que se pueda deferir el problema.

En el derecho internacional, no ocurre lo propio ya que existe en el mismo el más alto grado de descentralización que cada miembro de la comunidad, en este caso, cada estado funciona como órganos supremo de la comunidad misma. No hay diferencia formal de ninguna especie entre el acto de fuerza ilícito (entuerto) y el acto de fuerza lícito (sanción). No es pues tarea sencilla distinguir en el plano del derecho internacional, cuales actos de fuerzas invisten las jerarquías de las sanciones (lícitas) ya que parecería que dichos actos no pueden ser caracterizados sino como nudos hechos de fuerzas.

KELSEN trata de dar soluciones al problema, solución de suma importancia para su sistema que como hemos visto, descansa en último término sobre la existencia de un derecho internacional general y en su norma fundamental. El razonamiento de kelsen consisten en mostrar que los actos de fuerzas de un estado contra otros solamente pueden ser concebidos por el derecho internacional como trasgresión o como sanción, lo que equivaldría a decir que el derecho internacional solo puede considerar lícito el acto coactivo cuando se manifiesta como reacción en contra el acto antijurídico. ¿Prohíbe el derecho internacional público la guerra de agresión y permite en cambio solamente la guerra como sanción? Kelsen pretende resolver esta interrogante analizando las doctrinas y las opiniones que se han emitido sobre la guerra. Según unos, todos estados que no se encuentran especialmente obligados por un tratado puede hacer la guerra en voluntad. Según otros, la guerra esta prohibida en principio por el derecho internacional general sin necesidad de convención alguna sobre el punto. La guerra estaría permitida solamente como sanción es esta la doctrina de bellum justum, de rancio abolengo iusnaturalista pero en gran descrédito a partir del predominio del positivismo jurídico.

EL DERECHO INTERNACIONAL COMO DERECHO PRIMITIVO.

Pese a la brillantez y a la finura de las argumentaciones en torno del problema de la sanción, estas no resultan convincentes, son tantas y tales las diferencias entre el terreno conocido del derecho estatal y este huidizo derecho internacional que parecen mas importantes que las semejantes.

En particular son notablemente fuertes los siguientes argumentos: - la guerra no es siempre una sanción por que en los hechos el victorioso en la guerra no es necesariamente el que ha procedido de acuerdo a derecho

La calificación misma sobre si el derecho internacional ha sido o no violado la hace el propio gobierno, de modo que la cuestión no puede resolverse de modo uniforme y se torna en extremo problemática.

Kelsen no pretende ocultar la gravedad de estas objeciones y particularmente de la ultima, que es esencial a su pensamiento, pero cree eludirla satisfactoriamente señalando que dichas objeciones solo ponen de manifiesto la insuficiencia técnica de que todavía padece el derecho internacional, pero no le quita carácter jurídico. Acude para ello a su famosa comparación entre el derecho internacional y el orden jurídico preestatal primitivo, sosteniendo que en sus aspectos técnicos que el derecho internacional general es un derecho primitivo.

En los derechos primitivos no existe orden jurídico que funcione de acuerdo a posprincipios de la división del trabajo. No solo no existe el legislador sino que ni siquiera existen órganos jurisdiccionales propiamente dichos. El sistema de la autodefensa de la venganza privada es el sistema de individualización normativa de los derechos primitivos. El que así procede no es considerado por su parte transgresor, sino como órgano de la comunidad; la comunidad no considera su acto como encurto sino como cumplimiento de un deber de venganza. Caracterizado de este modo el derecho primitivo se hace claro que el derecho internacional general se encuentra en dicha etapa de su evolución técnica. Pueden señalarse otros que también tipifican al derecho internacional como derecho primitivo:

Predomina el sistema de responsabilidad colectiva, igual que en el derecho primitivo en que la venganza no se preocupa de individualizar al violador sino que ejerce contra cualquiera de su clan

La responsabilidad es objetiva, lo que significa que se desinteresa de la culpa del agente, atendiendo solamente al daño causado.

Existe un solo tipo de sanción; la pena no se conocen aun las sanciones compensatorias

Esta sanción no se encuentra rigurosamente prefijada y proporcionada al entuerto: la guerra o la venganza no tienen gradaciones proporcionales a la violación

Las normas se crean por los mismos miembros de la comunidad, ya sea por la vía de la costumbre o por el tratado.

UNIDAD XXV

DERECHOS HUMANOS

Introducción

Los Estados del continente americano han creado una institución de carácter regional, la Organización de los Estados Americanos (OEA), la cual incluye diferentes estructuras orientadas a la protección de los derechos humanos. La [Carta de la Organización de los Estados Americanos](#) presta atención a diversas esferas de la promoción de los derechos humanos: la democracia, los derechos económicos, el derecho a la educación y la igualdad. La Carta también establece dos instituciones principales concebidas específicamente para la protección y promoción de los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estas instituciones protegen los derechos mediante la creación de normas fundamentales y mantienen estos patrones durante el proceso de petición

Historia

La interacción regional no es algo nuevo en las América. A principios del siglo XIX, Simón Bolívar, el luchador por la libertad en Sur América, intentó crear una asociación de Estados del hemisferio durante el Congreso de Panamá de 1826. Más tarde en ese mismo siglo, 1890, se celebró la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos en Washington D.C., donde fueron establecidas por primera vez la Unión Internacional de Repúblicas Americanas y la Agencia Comercial de las Repúblicas Americanas. La Agencia Comercial, que en 1910 pasó a ser la Unión Panamericana, fue la predecesora de la OEA.

El 30 de abril de 1948 en Bogotá (Colombia), los 21 participantes en la Novena Conferencia Internacional Americana firmaron la Carta de la OEA, transformando así la Unión Panamericana en una nueva organización regional. En la Carta estaba incluida la afirmación del compromiso de las naciones con objetivos comunes y con el respeto por la soberanía de cada una de las demás. Los participantes en la Conferencia también suscribieron la [Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre](#), la cual, habiendo sido firmada unos meses antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el ámbito de las Naciones Unidas, constituyó el primer documento internacional



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

que proclamó los principios de los derechos humanos. El director general de la Unión Panamericana, Alberto Lleras Camargo, pasó a ser el primer Secretario General de la OEA

LOS DERECHOS HUMANOS: ORIGEN- ANTECEDENTE HISTÓRICO – DESARROLLO

Los pueblos civilizados de la antigüedad, no llegaron a concebir que el ser humano en su condición de tal, es sujeto de derechos fundamentales e innatos; y que estos derechos no podían ser desconocidos y menos avasallados por el poder público.

Dichos pueblos consideraban al hombre como sometidos al estado, es decir, como ciudadano. El hombre por naturaleza es un ser social; siempre ha vivido en sociedad y no puede subsistir fuera de ella. Ahora bien, el estado no es la sociedad, por que esto existió antes que aquel en la vida jurídica y existe fuera del mismo. Para el desarrollo de la actividad física e intelectual y moral de los individuos deben contemplarse sus relaciones con la sociedad y el estado.

El dualismo individuo- estado se mantiene, por razones de orden, seguridad: pero no es una antítesis sino una síntesis.

En el estado democrático social de nuestro siglo, dicha relación generadora de derechos y deberes correlativos, es jurídica por hallarse íntegramente sometida a normas tan obligatorias para el gobernante como para el gobernado.

El reconocimiento del derecho humano por el orden jurídico, ha tenido en el transcurso de la historia, una evolución progresiva y convergente con las notas características siguientes:

Los primeros y grandes esfuerzos de la humanidad, tendieron a instituir los derechos fundamentales del hombre, imprescriptibles e inalienables.

Progresiva amplitud del número y contenido de los derechos humanos que trascienden del individuo a la esfera social y cultural

La protección para el ejercicio de los derechos reconocidos ha tenido sucesivo aumento, siendo regional al comienzo, nacional después y por último internacional o supranacional.

Declaración americana de los derechos del hombre en la IX conferencia internacional americana, reunida en la ciudad de Bogotá el año 1948.

Hasta el siglo XX, ningún atisbo existió para formar el cuadro de los deberes del hombre. El mérito de haber llenado este vacío, corresponde a la mencionada conferencia internacional americana. Se apoyó para ello en este fundamento doctrinario: "el hombre como persona no es sujeto de derecho únicamente, sino también de deberes correlativos que de integran en su actividad social y política.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

De los derechos humanos se comienza a hablar en el siglo XX, como consecuencia de los tratados de paz celebrados luego de las guerras mundiales. Por ejemplo, el Tratado de Versalles, se suscribió finalizando la primera guerra mundial y dio lugar a la creación de la Sociedad de las Naciones, como una organización internacional con sede en Ginebra (Suiza), la cual tuvo como finalidad primordial el cumplimiento de los tratados de paz y el mantenimiento de la paz, destacándose por su ayuda a los refugiados, la solución de conflictos entre Estados y la reconstrucción de Estados por los desastres de la citada guerra mundial.

Con posterioridad a la segunda guerra mundial, entre el 25 de abril y el 26 de junio de 1945 se llevó a cabo La Conferencia de San Francisco, en la cual participaron cerca de 50 Estados. De ella surgió la expedición de la "Carta de las Naciones Unidas" y, por ende, la creación de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945, con las finalidades y propósitos contenidos en el preámbulo y en el artículo 1º de la Carta, entre los cuales se hallan el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la tutela de los derechos y libertades fundamentales de los hombres en el ámbito universal y el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de libre determinación de los pueblos.

'Derechos Humanos' se introduce en la escena internacional con la creación de las Naciones Unidas".

LOS DERECHOS HUMANOS DE PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA GENERACION:

Según la evolución histórica de los derechos humanos, éstos se pueden **clasificar** así:

Derechos Humanos de la Primera Generación.

El fin primordial de estos derechos humanos es la protección de los derechos civiles y las libertades públicas. En este grupo se incluyen los derechos a la seguridad y a la integridad física y moral de la persona humana, así como también los derechos políticos en el más amplio sentido de la palabra, tales como el derecho a la ciudadanía y el derecho a la participación democrática en la vida política del Estado.

Estos derechos se consagraron inicialmente en la "Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano", en Francia, en 1787.

Derechos Humanos de la Segunda Generación.

Son aquellos derechos humanos que permiten al individuo colocarse en condiciones de igualdad frente al Estado, con el objeto de reclamar de la autoridad pública el deber de proteger los derechos económicos, sociales y culturales, entre los cuales hallamos el derecho a la propiedad, el acceso a los bienes materiales, los derechos familiares, la salud, la educación, la cultura y los derechos laborales.

En la primera mitad del siglo XX surgen estos derechos; concretamente, después de la segunda guerra mundial. Estos derechos se consagraron en la "Declaración americana de los derechos y deberes del hombre", aprobada el 2 de mayo de 1948 y la "Declaración universal de los derechos humanos" proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

"De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales". En este capítulo se encuentran los derechos de la familia la igualdad de derechos para la mujer los derechos fundamentales de los niños el derecho a la protección y formación integral de los adolescentes; derecho a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad el derecho a la seguridad social; el derecho a la salud y el derecho a la vivienda digna

Así mismo, el derecho a la recreación, al deporte y el aprovechamiento del tiempo libre; los principios mínimos fundamentales del estatuto del trabajo); el derecho a la negociación colectiva el derecho de huelga); el derecho a la propiedad privada la propiedad intelectual); el derecho a la educación, la autonomía universitaria el acceso a la cultura el derecho a acceder a los document.

Derechos Humanos de la Tercera Generación.

Se denominan derechos colectivos de la humanidad o derechos de las nuevas generaciones. El Profesor mexicano Héctor Fix-Zamudio los denomina derechos difusos y los define como aquellos "derechos subjetivos e intereses legítimos que pertenecen a personas indeterminadas y a diversos grupos sociales distribuidos en varios sectores, y que se refieren a ámbitos como el consumo, el medio ambiente, el patrimonio de la humanidad, entre otros".

En este grupo se clasifican el derecho a la paz, el derecho a la calidad de los bienes, productos y servicios comerciales, el derecho a gozar de un ambiente sano, el derecho al espacio público, etc.

Derechos Colectivos y del Ambiente. Este capítulo comprende el derecho a un ambiente sano, el derecho al espacio público; así mismo se halla el control de calidad y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad y el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales.

- DERECHOS FUNDAMENTALES: DERECHOS HUMANOS DE 1ª GENERACION
- DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES: DERECHOS HUMANOS DE 2ª GENERACION
- DERECHOS COLECTIVOS Y DEL AMBIENTE: DERECHOS HUMANOS DE 3ª GENERACION

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE,

Dicha declaración fue proclamada por la IX conferencia internacional americana, reunida en Bogotá el 30 de marzo de 1948. Enuncia entre sus fundamentos los siguientes:



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos del hombre.

Que tales derechos no nacen del hecho de ser nacional de determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.

Que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guiada principalmente del derecho americano en evolución.

La declaración americana consta de las siguientes partes: el preámbulo y dos capítulos-. El primero de estos enuncia los derechos esenciales del hombre y el capítulo segundo enumera los deberes correlativos.

El preámbulo expresa lo que sigue: "todos los hombres nacen libres en dignidad y derechos dotados por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los uno con los otros.

El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre.

Los deberes de orden jurídico presuponen otros de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. Es deber del hombre servir al espíritu con todas las potencias y recursos por que el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.

el texto del capítulo I, reconoce los siguientes derechos: a la vida, libertad, seguridad, e integridad de las personas, a la igualdad ante la ley, a la libertad religiosa y de culto y la de investigación, opinión, expresión, y difusión del pensamiento por cualquier medio, a la protección de la ley contra los ataques abusivos, contra la honra, reputación personal y la vida privada y familiar; a constituir la familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella, a la protección de la maternidad e infancia, el derecho de residencia en el territorio del estado de que es nacional y a transitar por él libremente, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y circulación de la correspondencia, el derecho a la preservación de la salud y al bienestar, el derecho a la educación que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humana. Derecho de participar de la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y descubrimientos científicos. Derecho al trabajo de condiciones dignas y a una justa distribución, derecho al descanso y honesta recreación, a emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico. Derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación. Derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y de los derechos civiles.

Derecho de incurrir a los tribunales para hacer valer los derechos y obtener justicia, derecho a la nacionalidad que legalmente corresponde, pudiendo cambiarla por la de cualquiera otro país.

Derecho al sufragio en elecciones populares que serán de voto secreto, genuino, periódico y libre de participación en el gobierno del país, sea directamente o por medio de sus representantes. Derecho de reunirse pacíficamente con otros en manifestaciones públicas o en asambleas transitorias para tratar intereses comunes. El derecho de asociarse para promover, ejercer, y proteger sus intereses legítimos de orden público, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical. El derecho a petionar respetuosamente a cualquier autoridad. Derecho de protección contra la detención arbitraria, que nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y las formas establecidas por la ley preexistente. Derechos a ser juzgados por tribunales anteriormente establecidos, el derecho de buscar y recibir acilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos.

En cuanto a las limitaciones para el ejercicio lícito de estos derechos, el art. 28 de la declaración establece: "los derechos de cada uno están limitados por los derechos de los demás, la seguridad de todos y por la justa exigencia del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

LA OEA: La Organización de los Estados Americanos

La [Organización de los Estados Americanos](#) procura abordar cinco áreas generales de trabajo. Primero, busca el avance de la democracia, en particular fortaleciendo la libertad de expresión, estimulando una mayor participación de la sociedad civil en el gobierno y eliminando la corrupción. Segundo, la OEA intenta promover los derechos humanos, especialmente las áreas de los derechos de las mujeres, los derechos de los niños y los derechos culturales. Tercero, la Organización enfoca sus esfuerzos en aumentar la paz y la seguridad de la región y el hemisferio enfrentando el terrorismo y retirando las minas explosivas. Cuarto, la OEA se concentra en favorecer el imperio de la ley fortaleciendo el desarrollo legal Interamericano, librando a la región del uso y tráfico de drogas ilegales, y disminuyendo los niveles regionales de crimen. Por último, la Organización de Estados Americanos trata de fortalecer la economía regional. Apoya la creación de una Zona de Libre Comercio en las América, busca avances en ciencia y tecnología, telecomunicaciones, turismo, desarrollo sostenible y el ambiente. También busca reducir la pobreza y promover la educación, así como ocuparse de los temas del trabajo.

Todos los 35 países de las América han ratificado la [Carta de la OEA](#) y pertenecen a la organización. Los 21 Estados miembros originales, quienes firmaron la Carta de la OEA el 30 de Abril de 1948, fueron: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela. Los siguientes Estados se han unido a la OEA desde entonces: Barbados (1967); Trinidad y Tobago (1967); Jamaica (1969); Grenada (1975); Surinam (1977); Dominica (1979); Santa Lucía (1979); Antigua y Barbuda (1981); San Vicente y las Granadinas (1981); Bahamas (1982); San Kitts y Nevis (1984); Canadá (1990); Belice (1991) y Guyana (1991).

Organismos principales

La Carta de la OEA ha sido enmendada dos veces, primero por el [Protocolo de Buenos Aires](#) en 1967 y luego por el [Protocolo de Cartagena de Indias](#). La Carta expone en líneas generales la estructura institucional de la Organización de los Estados Americanos. Existen seis tipos principales de instituciones asociadas con la OEA: Organismos de Gobierno; Comités y Comisiones; la Secretaría General; el Fondo Interamericano de Asistencia para Situaciones de Emergencia (FONDEM); Organizaciones Especializadas, y Otras Agencias. Estas seis ramas de la OEA desempeñan papeles y funciones diferenciados para la organización.

Organismos de gobierno

Existen tres organismos de gobierno diferentes dentro de la OEA. La [Asamblea General](#) es el organismo más alto de toma de decisiones. Se reúne una vez al año y está conformada por los ministros de relaciones exteriores de cada Estado miembro.

El [Consejo Permanente](#) fundamentalmente se encarga de los asuntos administrativos y políticos que surgen dentro de la OEA. Su sede se encuentra en Washington D.C., se reúne en forma regular y está conformado por un embajador nombrado por cada Estado miembro.

El [Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral \(CIDI\)](#) se dedica a la promoción del desarrollo económico y la lucha contra la pobreza.

Comités y Comisiones Interamericanas

Hay siete comités o comisiones principales en de la OEA. Dentro de este grupo de instituciones se encuentran los mecanismos más importantes de la OEA para la promoción y protección de los derechos humanos. Los siete organismos son: El Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE), el Comité Jurídico Interamericano (CJI), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL) y la Comisión Interamericana de Puertos.

[Secretaría General](#)



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

La Secretaría General lleva a cabo los programas y políticas señalados por la Asamblea General y los Consejos. Hay 21 subgrupos para ayudar a la Secretaría General en este deber.

Organizaciones especializadas

Entre estas se encuentran: la [Organización Panamericana de la Salud](#); el Instituto Interamericano del Niño; la Comisión Interamericana de Mujeres; el Instituto Panamericano de Geografía e Historia; el Instituto Indigenista Interamericano y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura.

Otras agencias y entidades

La OEA también tiene un Tribunal Administrativo, una Junta Interamericana de Defensa y una Fundación Panamericana de Desarrollo.

Organismos de derechos humanos de la Organización de los Estados Americanos

Las dos instituciones principales para la protección y promoción de los derechos humanos en el hemisferio Americano son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

SISTEMA INTERAMERICANO

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La [Comisión Interamericana de Derechos Humanos](#) fue la institución que la Carta de la OEA creó en principio para la protección y promoción de los derechos humanos. Tiene su sede en Washington D.C. (EE.UU.) y es apoyada por una Secretaría Ejecutiva. Conforman la Comisión siete expertos independientes elegidos por la Asamblea General de la OEA para periodos de cuatro años. Durante sus sesiones, la Comisión toma nota de los diversos reclamos que son presentados por individuos y representantes de organizaciones en relación con abusos contra los derechos humanos. La responsabilidad principal de la Comisión de Derechos Humanos es recibir y supervisar peticiones que han sido hechas contra un Estado miembro de la OEA, reclamando sobre un abuso contra los derechos humanos. Los derechos humanos universalmente protegidos por la Comisión, y por lo tanto elegibles para que su protección sea solicitada, son aquellos que se encuentran en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Los Estados que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados por los derechos humanos garantizados en ella, lo cual es observado por la Comisión.

Los procedimientos de la Comisión están enumerados en sus Estatutos y Reglamentos. En la mayor parte de las situaciones, el proceso es el mismo para las peticiones presentadas contra los países que han firmado la Convención y aquellos que no lo han hecho. La condición de admisibilidad, las etapas procesales, la investigación y toma de decisiones son todas similares, si no iguales, en las dos instancias. Una diferencia reside en el resultado de la petición: con los países que han ratificado la Convención Americana, a la Comisión se le pide encontrar un "acuerdo amistoso"; esto no está especificado para los Estados que no han ratificado la Convención.

Cualquier individuo, grupo de personas u ONG que esté reconocida legalmente al menos en un Estado miembro de la OEA puede elevar una petición. La petición puede ser presentada por la víctima o puede hacerlo un tercero con o sin el conocimiento de la víctima. Los criterios que se tienen en cuenta para que una petición sea admisible están enumerados en los Artículos 44 a 47 de la Convención Americana, así como en los Artículos 26 y 32 a 41 del Reglamento de la Comisión. En cada situación, la petición debe incluir información sobre el individuo o individuos que la formulan, el asunto al que se refiere y la "postura procesal" de la denuncia. Hay dos tipos de peticiones que pueden ser presentadas: generales o colectivas. Una petición general es elevada cuando ha ocurrido una forma generalizada de violaciones a los derechos humanos, es decir, que no está limitada sólo a un grupo de personas o a un incidente aislado. Una petición colectiva es elevada cuando hay víctimas numerosas de un incidente específico o de una práctica violatoria de los derechos humanos. Con ambos tipos de petición, se debe reconocer a las víctimas específicas. Todas las peticiones deben incluir el nombre, la nacionalidad, profesión u ocupación, dirección postal y firma de la persona que presenta la petición. Una ONG debe incluir su dirección legal y la firma del representante legal.

Todas las peticiones presentadas tienen que incluir ciertos hechos para ser admisibles. Las peticiones deben indicar el sitio donde la violación ocurrió, la fecha en la cual ocurrió, los nombres de las víctimas y los nombres de los funcionarios estatales que participaron en la violación. Todas las piezas de información deberían ser tan específicas como sea posible, ya que la Comisión no tiene los recursos económicos o de personal para llevar siempre a cabo investigaciones minuciosas sin la ayuda de los peticionarios mismos. Especialmente crucial para una denuncia exitosa es la inclusión de información tan detallada y rigurosa como sea posible en relación con la participación del gobierno en las violaciones a los derechos humanos, puesto que la Comisión sólo está autorizada para investigar reclamos hechos en contra del gobierno de un Estado miembro de la OEA. Un gobierno puede estar involucrado directa o indirectamente, al fallar en prohibir, prevenir o detener abusos contra los derechos humanos por parte de particulares. Al proveer esta información, se pueden presentar entrevistas pertinentes y pueden ser mantenidas en forma confidencial si es necesario.

Otra información útil para incluir en una petición es la lista de los derechos violados. Estas denuncias - que pueden estar basadas tanto en los derechos civiles o políticos como en los sociales, económicos y culturales -, pueden referirse a documentos sobre derechos humanos de la OEA así como a documentos sobre derechos humanos de las Naciones Unidas o de otros organismos regionales. También pueden hacer referencia a precedentes establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tanto la Declaración Americana como la Convención Americana estipulan las situaciones en las cuales la suspensión de ciertos derechos podría estar justificada. Incluso si los derechos violados que se mencionan en una denuncia pueden ser declarados como derogables en circunstancias particulares, la petición puede ser aún válida si el gobierno ha fallado en probar la necesidad de suspender los derechos o si la suspensión de los derechos fue innecesariamente amplia o fue innecesariamente discriminatoria o si la suspensión violó otros acuerdos internacionales del Estado. De todas formas, aún con las cláusulas de la Declaración y la Convención, otros derechos se consideran como no derogables y por lo tanto ninguna situación constituye justificación para su suspensión. Si estos derechos son violados siempre pueden ser objeto de demanda.

La elegibilidad de una petición depende de algunos criterios adicionales. La Comisión sólo aceptará peticiones en aquellos casos en los que todas las acciones legales en el ámbito interno ya han sido emprendidas sin resultados; la petición debe demostrar que este es el caso. Si el peticionario no puede probarlo, se le puede pedir al gobierno del Estado demandado que lo haga. Si el Estado puede hacer ver que aún están disponibles para el demandante algunas oportunidades legales en el ámbito nacional, entonces el demandante debe demostrar que alguna de las siguientes cuatro condiciones es pertinente: el acceso a esos recursos legales le ha sido negado o impedido, ha existido un retraso innecesario en el juicio, se negó una adecuada asesoría legal, o la legislación nacional no proporciona el debido proceso para proteger los derechos violados.

Después de que han sido llevadas a cabo todas las acciones legales en el ámbito nacional, la petición debe ser presentada dentro de los seis meses siguientes al último fallo. Se conceden extensiones de este plazo cuando el Estado interfirió con el proceso, caso en el cual la petición debe ser presentada en un plazo razonable. Si la demanda está siendo presentada por una tercera parte, debe ser hecha así mismo dentro de un periodo razonable de tiempo.

No se puede presentar una petición que, en los aspectos esenciales, duplique una petición previa o en curso. Una petición de esas características puede ser presentada si la petición previa es general o no trata los hechos del caso de la nueva petición o no se dirige a las mismas víctimas para propósitos de acuerdo o fue presentada por una tercera parte sin el conocimiento de las víctimas que están presentando la nueva petición.

Si en algún momento se hace evidente que una petición es inadmisibile, la Comisión informa al peticionario y cierra el expediente. De lo contrario, la Comisión examinará el caso. Abre un expediente, asigna un número al caso y presenta toda la información pertinente al Ministro de Asuntos Exteriores del gobierno en cuestión. Solicita al Ministro que suministre información sobre los hechos y sobre los recursos legales utilizados en el ámbito nacional, mientras avisa al



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

demandante que la petición está siendo examinada. Normalmente, la Comisión permitirá al gobierno 90 días para responder pero puede conceder una extensión de hasta 180 días si el gobierno la solicita y demuestra que es necesaria. Algunas veces la Comisión puede solicitar que la información sea compartida antes de los 90 días en casos especiales; la falta de respuesta por parte del gobierno puede indicar su culpabilidad.

La respuesta del gobierno, si hay una, es reenviada a l demandante quien tiene entonces treinta días para hacer comentarios sobre la respuesta, así como para enviar material adicional, si así lo desea. El demandante puede pedir evidencia sobre ciertas afirmaciones del gobierno o puede solicitar una audiencia para la presentación de testigos. La Comisión decidirá entonces si realizar o no la audiencia, pues está autorizada pero no obligada a hacerlo. El demandante puede también solicitar a la Comisión que lleve a cabo una investigación in situ en el país en cuestión. La Comisión sólo investigará las acusaciones sobre violaciones generalizadas a los derechos humanos dentro de un país y considerará entonces los casos individuales como demostrativos de un problema más amplio. Este método es raramente emprendido para un caso individual.

Después de tomar su decisión acerca de la petición, la Comisión da a conocer un juicio sobre qué debe hacerse dando recomendaciones al Estado correspondiente. Cuando este Estado es parte de la Convención Americana, la Comisión debe intentar formular un acuerdo amistoso, si es posible. La Comisión, a continuación de este resultado, prepara un informe para cada una de las partes y para el Secretario General de la OEA con el fin de que sea publicado.

Si el acuerdo amistoso no es buscado o no es alcanzado, la Comisión escribe un informe con los hechos del caso y las conclusiones, recomendaciones y propuestas de la Comisión. El Estado interesado y la Comisión tienen entonces 3 meses para decidir si presentar o no el caso a la Corte de Derechos Humanos o resolver el asunto. A continuación, la Comisión adopta formalmente una opinión y una conclusión con límites de tiempo para que el gobierno emprenda las medidas propuestas.

Si el Estado es parte de la Convención Americana y ha aceptado la jurisdicción opcional de la Corte, la Comisión o el Estado pueden remitir la petición a la Corte de Derechos Humanos para una nueva evaluación que culmine en una sentencia de cumplimiento obligatorio con posibles implicaciones monetarias.

Los Estados que no son parte de la Convención no están sujetos a la cláusula de acuerdo amistoso. En una situación como esa, la Comisión seguirá su investigación y entonces determinará los méritos de la petición, adoptará una decisión final (usualmente una resolución extensa) con recomendaciones y fechas límite. El reglamento establece que la decisión puede ser publicada "si el Estado no adopta las medidas recomendadas por la Comisión dentro de la fecha límite", aún así la Comisión en realidad ha publicado con mayor frecuencia que lo señalado. La Comisión puede recomendar una compensación para las víctimas pero no tiene el poder para conceder oficialmente tal compensación. Las decisiones del Comité no son legalmente de cumplimiento obligatorio.

Además de investigar casos, la Comisión puede por iniciativa propia investigar y publicar un informe sobre la situación de derechos humanos en cualquier Estado miembro de la OEA. La Comisión basa sus estudios independientes en informes que ha recibido de ONG e individuos. La Comisión también presenta un informe anual a la Asamblea General de la OEA con información sobre la resolución de casos particulares, informes sobre la situación de derechos humanos en diferentes Estados y discusiones sobre las áreas en las que se necesita mayor acción para promover y proteger los derechos humanos.

LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. (1948)

Cuando la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue suscrita en abril de 1948, constituyó el primer documento internacional que enumeró los derechos humanos universales y proclamó la necesidad de proteger esos derechos. La Declaración fue adoptada por la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia.

Es aplicable a todos los miembros de la OEA pero, desde la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración es mayormente aplicada a aquellos Estados que aún no se han unido a esta Convención.

A diferencia de su homóloga en las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana es única porque incluye tanto los derechos humanos que necesitan ser protegidos como los deberes que los individuos tienen con la sociedad. Los derechos están enumerados en el primer capítulo de la Declaración, en los Artículos 1 a 28, e incluye los derechos civiles y políticos, además de los económicos sociales y culturales tales como los derechos a la propiedad, la cultura, el trabajo, el tiempo libre y la seguridad social.

Los deberes están enumerados en el segundo capítulo, en los Artículos 29 a 38, e incluyen obligaciones con la sociedad, hacia los niños y los padres; de recibir educación, votar, obedecer la ley, servir a la comunidad y la nación; obligaciones con relación a la seguridad social y el bienestar, de pagar impuestos, trabajar y, cuando se está en un país extranjero, abstenerse de participar en actividades políticas que estén limitadas a los ciudadanos de ese país.

Adicionalmente, la Declaración incluye una "cláusula de limitación general". Esta cláusula establece que los derechos de cada persona están necesariamente limitados por los derechos de las otras, por la seguridad de todos y por las justas demandas del bienestar general en una sociedad democrática. La cláusula de limitación general indica que la OEA acepta más razones que las Naciones Unidas como justificaciones para la derogación de los derechos humanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)

Este tratado, que fue adoptado en 1969 y entró en vigor en 1978, hace cumplir muchas de las nociones contenidas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes el Hombre. En su condición de tratado, sólo es de obligatorio cumplimiento para las naciones que lo han suscrito. Se concentra principalmente en los derechos humanos civiles y políticos, ofreciendo definiciones más detalladas de estos derechos respecto a las existentes en la Declaración. El tratado también creó la Corte Interamericana de derechos Humanos. Ofrece a los signatarios la oportunidad de firmar un protocolo adicional para aceptar la competencia de la Corte.

Al igual que la Declaración, la Convención contiene una "cláusula de limitación general", la cual establece que los derechos de cada persona están necesariamente limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. La convención además enumera razones justificadas adicionales para restringir los derechos, incluyendo: la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos o libertades de los demás. Adicionalmente, el Artículo 27 permite la suspensión de algunas garantías durante una situación de emergencia nacional. En este caso, la suspensión de los derechos no debe entrañar discriminación alguna y debe ser "estrictamente limitada a las exigencias de la situación". Finalmente, aunque la Convención no prohíbe específicamente las "desapariciones", la Asamblea General ha sostenido que las desapariciones son consideradas como crímenes contra la humanidad.

EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Los Estados Americanos Signatarios de la Presente Convención, RECONOCIENDO Su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de la libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

RECONOCIENDO Que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que se ofrece el derecho interno de los Estados Americanos;

CONSIDERANDO Que estos principios han sido consagrados en la carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

REITERANDO Que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos,
CONSIDERANDO Que la tercera conferencia internacional extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia carta de la organización y de normas mas amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales, y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia. Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPITULO PRIMERO

ENUMERACION DE DEBERES

ARTICULO 1.- OBLIGACION DE RESPETAR LOS DERECHOS.

1. Los estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta convención, persona es todo ser humano.

ARTICULO 2.- DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

CAPITULO II

DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

ARTICULO 3.- DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA.

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

ARTICULO 4.- DERECHO A LA VIDA.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la Ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, esta solo podrá imponerse por los delitos mas graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoria de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada por anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o mas de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud este pendiente de decisión ante autoridad competente.

ARTICULO 5.- DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores pueden ser procesados, deber ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las personas privadas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

ARTICULO 6.- PROHIBICION DE LA ESCLAVITUD Y SERVIDUMBRE.

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto estas como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidos en todas sus formas.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

a) Los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de un sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los ejecuten no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

b) El servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la Ley establezca en lugar de aquel;

c) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y

d) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas morales.

ARTICULO 7.- DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamientos arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.

ARTÍCULO 8.- GARANTIAS JUDICIALES.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías:

a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, sino comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la Ley;

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;

h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

ARTICULO 9.-

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RETROACTIVIDAD.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena mas grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la Ley dispone la imposición de una pena mas leve, el delincuente se beneficiará de ello.

ARTICULO 10.- DERECHO DE INDEMNIZACION.

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en el caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

ARTICULO 11.- PROTECCION DE LA HONRA Y DE LA DIGNIDAD.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas ingerencias o esos ataques.

ARTÍCULO 12.- LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGION.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individualmente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias esta sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

ARTÍCULO 13.- LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DE EXPRESION.

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

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la Ley y ser necesarias para asegurar:

a) El respeto a los derecho o a la reputación de los demás, o

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o a la salud o la moral pública.

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

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la Ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la Ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

ARTICULO 14.- DERECHOS DE RECTIFICACION O RESPUESTA.

1. Todas personas afectadas por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, a través de medios de difusión legalmente reglamentadas y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la Ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

ARTICULO 15.- DERECHO DE REUNION.

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la Ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos o libertades de los demás.

ARTÍCULO 16.- LIBERTAD DE ASOCIACION.

1. Todas las personas tiene derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

CAPITULO III

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

ARTÍCULO 26.- DESARROLLO PROGRESIVO.

Los estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena actividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

CAPITULO IV

SUSPENSION DE GARANTIAS,

INTERPRETACION Y APLICACION

ARTÍCULO 27.- SUSPENSION DE GARANTIAS.

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad); 23 (Derechos Políticos); ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado Parte QUE haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

ARTICULO 28.- CLAUSULA FEDERAL.

Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

Cuando dos más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación y otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

ARTÍCULO 29.- NORMAS DE INTERPRETACION.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y

d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, cuyos plenos poderes fueron hallados de buena y debida forma, firman esta Convención que se llamará "PACTO DE SAN JOSE COSTA RICA", en la ciudad de San José, Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve.

EL PARAGUAY EN LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (o CIDH) es una de las dos entidades del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Tiene su sede en Washington, DC. El otro organismo del sistema es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión está integrada por 7 juristas electos a título personal y no como representantes de ningún gobierno, sino representan a los países miembros de la Organización de Estados Americanos.

Es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos además de servir como órgano consultivo de la OEA en esta materia.

 **Funciones:** La Comisión, respecto a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, tiene las siguientes atribuciones:

Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;

Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;

Preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;

Solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;

Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;

Rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización, en el cual se tenga debida cuenta del régimen jurídico aplicable a los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Estados que no son partes;

Practicar observaciones *in loco* en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo, y

Presentar al Secretario General el programa-presupuesto de la Comisión para que éste lo someta a la Asamblea General de la OEA.

En relación con los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tiene las siguientes atribuciones:

Diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención;

Comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención;

Solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas;

Consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos;



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016
(0982) 626 343

Someter a la consideración de la Asamblea General de la [OEA](#) proyectos de protocolos adicionales a la [Convención Americana sobre Derechos Humanos](#), con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, y

Someter a la Asamblea General de la [OEA](#), para lo que estime conveniente, por conducto del Secretario General, propuestas de enmienda a la [Convención Americana sobre Derechos Humanos](#).

En relación con los [Estados](#) miembros de la [OEA](#) que no son partes de la [Convención Americana sobre Derechos Humanos](#), la Comisión tendrá, además, las siguientes atribuciones:

Prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la [Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre](#);

Examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los [Estados](#) miembros no partes en la [Convención](#) con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los [derechos humanos](#) fundamentales;

Verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución anterior, si los procesos y recursos internos de cada [Estado](#) miembro no parte en la [Convención](#) fueron debidamente aplicados y agotados.

Composición

Los miembros, que deben ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de [derechos humanos](#). No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo [Estado](#).

Los miembros de la Comisión son elegidos a título personal por la Asamblea General de la [OEA](#), de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los [Estados](#) miembros. Son elegidos por un periodo de cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez.

Actualmente ([2007](#)) forman parte de la Comisión:

- **Evelio Fernández Arévalos** ([Paraguay](#)).
- Paulo Sérgio Pinheiro ([Brasil](#)).
- Florentín Meléndez ([El Salvador](#)).
- Clare Kamau Roberts ([Antigua y Barbuda](#)).
- Freddy Gutiérrez Trejo ([Venezuela](#)).
- Paolo Carozza ([Estados Unidos](#)).
- Víctor Abramovich ([Argentina](#)).

LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El [Corte Interamericana de Derechos Humanos](#) fue establecido en 1978 con la entrada en vigor de la Convención Americana. Aloja a siete jueces, cada uno de los cuales es nominado y elegido por las partes de la Convención Americana para un periodo de seis años y sólo pueden ser reelegidos por una vez. La Corte tiene su sede permanente en San José (Costa Rica).

La competencia de la Corte es limitada pues sólo puede atender casos en los que: a) el Estado involucrado ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, b) el Estado involucrado ha aceptado la jurisdicción opcional de la Corte (hasta 1992, sólo 13 de 35 naciones habían suscrito esta jurisdicción opcional) c) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha completado su investigación, y d) el caso fue remitido a la Corte ya sea por la Comisión o por el Estado implicado en el caso, dentro de los tres meses siguientes a la publicación del informe de la Comisión. Un individuo o peticionario no puede independientemente dar lugar a que un caso sea considerado por la Corte.

Cuando la Comisión presenta un caso ante la Corte de Derechos Humanos, notifica al demandante original. En ese momento, el demandante o un apoderado tienen la oportunidad de solicitar medidas necesarias, incluyendo precauciones para los testigos y protecciones para la evidencia.

Los procesos son tanto orales como escritos. Inicialmente, son presentados un Memorial y un Contra memorial. Estos pueden estar acompañados por una declaración de cómo serán demostrados los hechos y cómo será presentada la evidencia. Cuando ocurra que estén involucrados temas legales complejos, los demandantes pueden solicitar un escrito de apoyo, amicus curiae, de una ONG. Normalmente, las audiencias son abiertas al público pero la Corte puede decidir cerrarlas.

Las deliberaciones de la Corte siempre son secretas y confidenciales; sus sentencias y opiniones son publicadas. Si la Corte dictamina que un derecho ha sido violado, ordenará que la situación sea rectificadas. Puede conceder compensaciones para la víctima por los daños reales, el perjuicio emocional y/o los costos del litigio, pero no adjudicará sanciones.

Principales declaraciones y tratados sobre derechos humanos

Los instrumentos legales internacionales toman la forma de un *tratado* (también llamado acuerdo, convención, protocolo) que puede ser de cumplimiento obligatorio para los Estados contratantes. Cuando las negociaciones se han llevado a cabo, el texto de un tratado se establece como auténtico y definitivo, y para tal efecto es "firmado" por los representantes de los Estados. Hay varias maneras mediante las cuales un Estado expresa su consentimiento a asumir las obligaciones



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

de un tratado. Las más comunes son la ratificación y la adhesión. Un tratado nuevo es "ratificado" por aquellos Estados que han negociado el instrumento. Un Estado que no ha participado en las negociaciones puede, en una etapa posterior, "adherirse" al tratado. El tratado *entra en vigor* cuando un número predeterminado de Estados lo han ratificado o se han adherido a él.

Cuando un Estado ratifica un tratado o se adhiere al mismo puede formular *reservas* a uno o más de sus artículos, a menos que esas reservas estén prohibidas por el tratado. Normalmente, las reservas pueden ser retiradas en cualquier momento. En algunos países los tratados internacionales tienen prioridad sobre las leyes internas mientras que en otros se puede necesitar una ley específica para dar a un tratado internacional, aunque lo haya ratificado o se haya adherido a él, la fuerza de una ley nacional. Prácticamente todos los Estados que ha ratificado o se han adherido a un tratado internacional deben expedir decretos, enmendar leyes existentes o introducir una nueva legislación con el fin de que el tratado sea completamente efectivo en el territorio nacional.

De otra parte, las declaraciones son documentos cuyo cumplimiento no es obligatorio. En vez de eso sirven para proclamar un punto de vista compartido por muchas naciones.

La OEA ha adoptado diferentes declaraciones y tratados relacionados con los derechos humanos:

LA ONU. SISTEMA UNIVERSAL

LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Resolución de la Asamblea General, aprobada el 10 de diciembre de 1948.

PREÁMBULO

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias,

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión,

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones,

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso,

La Asamblea General

Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Artículo I

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Artículo 2 1. *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.*

2. *Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.*

Artículo 3 *Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.*

Artículo 4 *Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.*

Artículo 5 *Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.*

Artículo 6 *Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

Artículo 7 *Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.*

Artículo 8 *Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.*

Artículo 9 *Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.*

Artículo 10 *Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*

Artículo 11

1. *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.*

2. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.*

Artículo 12 *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*

Artículo 13 1. *Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.*

Artículo 14

1. *En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.*

2. *Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.*

Artículo 1

1. *Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.*

2. *A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.*

Artículo 16

1. *Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.*

2. *Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.*

3. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*

Artículo 17

1. *Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.*

2. *Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.*



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Artículo 18 *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.*

Artículo 19 *Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.*

Artículo 20

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto

Artículo 22

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 23

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 24

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.
3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones Científicas, literarias o artísticas de que sea autora.



Artículo 28

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Artículo 29 1. *Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.*

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 30 *Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.*

EL PACTO DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49

Preámbulo

Los Estados Partes en el presente Pacto,

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto,

Conviene en los artículos siguientes:

Parte I

Artículo [Observación general sobre su aplicación](#)

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Parte II

Artículo [Observación general sobre su aplicación](#)

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.
3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:
 - a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
 - b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
 - c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.



Artículo [Observación general sobre su aplicación](#)

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto. [Observación general sobre su aplicación](#)

Artículo 4 [Observación general sobre su aplicación](#)

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.
3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión. [Observación general sobre su aplicación](#)

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Parte III

Artículo 6 [Observación general sobre su aplicación](#)

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.
3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.
5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

Artículo 7 [Observación general sobre su aplicación](#)

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Artículo 8

1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.
2. Nadie estará sometido a servidumbre.
3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;
b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;
c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párrafo:
i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;
ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia.
iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad;
iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.
4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.
5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 10 [Observación general sobre su aplicación](#)

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;
b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.
3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.



Artículo 11

Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

Artículo 12 Observación general sobre su aplicación

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

Artículo 13

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Artículo 14 Observación general sobre su aplicación

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.
2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
 - b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
 - c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
 - e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
 - f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
 - g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.
2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Artículo 16

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 17 Observación general sobre su aplicación

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 18 Observación general sobre su aplicación

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 19 Observación general sobre su aplicación

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



3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 20 Observación general sobre su aplicación

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

Artículo 21 Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Artículo 22

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.
2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.
3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

Artículo 23 Observación general sobre su aplicación

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Artículo 24 Observación general sobre su aplicación

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Artículo 25 Observación general sobre su aplicación

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 27 Observación general sobre su aplicación

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Parte IV

Artículo 28

1. Se establecerá un Comité de Derechos Humanos (en adelante denominado el Comité). Se compondrá de dieciocho miembros, y desempeñará las funciones que se señalan más adelante.
2. El Comité estará compuesto de nacionales de los Estados Partes en el presente Pacto, que deberán ser personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos. Se tomará en consideración la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica.
3. Los miembros del Comité serán elegidos y ejercerán sus funciones a título personal.

Artículo 29 1. Los miembros del Comité serán elegidos por votación secreta de una lista de personas que reúnan las condiciones previstas en el artículo 28 y que sean propuestas al efecto por los Estados Partes en el presente Pacto.

2. Cada Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer hasta dos personas. Estas personas serán nacionales del Estado que las proponga.

3. La misma persona podrá ser propuesta más de una vez.

Artículo 30 1. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto.

2. Por lo menos cuatro meses antes de la fecha de la elección del Comité, siempre que no se trate de una elección para llenar una vacante declarada de conformidad con el artículo 34, el Secretario General de las Naciones Unidas invitará por escrito a los Estados Partes en el presente Pacto a presentar sus candidatos para el Comité en el término de tres meses.

3. El Secretario General de las Naciones Unidas preparará una lista por orden alfabético de los candidatos que hubieren sido presentados, con indicación de los Estados Partes que los hubieren designado, y la comunicará a los Estados Partes en el presente Pacto a más tardar un mes antes de la fecha de cada elección.

4. La elección de los miembros del Comité se celebrará en una reunión de los Estados Partes en el presente Pacto convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas en la Sede de la Organización. En esa reunión, para la cual el quórum estará constituido por dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, quedarán elegidos miembros



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

del Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

Artículo 31 1. El Comité no podrá comprender más de un nacional de un mismo Estado.

2. En la elección del Comité se tendrá en cuenta una distribución geográfica equitativa de los miembros y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos.

Artículo 32 1. Los miembros del Comité se elegirán por cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. Sin embargo, los mandatos de nueve de los miembros elegidos en la primera elección expirarán al cabo de dos años. Inmediatamente después de la primera elección, el Presidente de la reunión mencionada en el párrafo 4 del artículo 30 designará por sorteo los nombres de estos nueve miembros.

2. Las elecciones que se celebren al expirar el mandato se harán con arreglo a los artículos precedentes de esta parte del presente Pacto.

Artículo 33 1. Si los demás miembros estiman por unanimidad que un miembro del Comité ha dejado de desempeñar sus funciones por otra causa que la de ausencia temporal, el Presidente del Comité notificará este hecho al Secretario General de las Naciones Unidas, quien declarará vacante el puesto de dicho miembro.

2. En caso de muerte o renuncia de un miembro del Comité, el Presidente lo notificará inmediatamente al Secretario General de las Naciones Unidas, quien declarará vacante el puesto desde la fecha del fallecimiento o desde la fecha en que sea efectiva la renuncia.

Artículo 34 1. Si se declara una vacante de conformidad con el artículo 33 y si el mandato del miembro que ha de ser sustituido no expira dentro de los seis meses que sigan a la declaración de dicha vacante, el Secretario General de las Naciones Unidas lo notificará a cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto, los cuales, para llenar la vacante, podrán presentar candidatos en el plazo de dos meses, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 29.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas preparará una lista por orden alfabético de los candidatos así designados y la comunicará a los Estados Partes en el presente Pacto. La elección para llenar la vacante se verificará de conformidad con las disposiciones pertinentes de esta parte del presente Pacto.

3. Todo miembro del Comité que haya sido elegido para llenar una vacante declarada de conformidad con el artículo 33 ocupará el cargo por el resto del mandato del miembro que dejó vacante el puesto en el Comité conforme a lo dispuesto en este artículo.

Artículo 35 Los miembros del Comité, previa aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, percibirán emolumentos de los fondos de las Naciones Unidas en la forma y condiciones que la Asamblea General determine, teniendo en cuenta la importancia de las funciones del Comité.

Artículo 36 El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud del presente Pacto.

Artículo 37 1. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la primera reunión del Comité en la Sede de las Naciones Unidas.

2. Después de su primera reunión, el Comité se reunirá en las ocasiones que se prevean en su reglamento.

3. El Comité se reunirá normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

Artículo 38 Antes de entrar en funciones, los miembros del Comité declararán solemnemente en sesión pública del Comité que desempeñarán su cometido con toda imparcialidad y conciencia.

Artículo 39 1. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años. Los miembros de la Mesa podrán ser reelegidos.

2. El Comité establecerá su propio reglamento, en el cual se dispondrá, entre otras cosas, que:

a) Doce miembros constituirán el quórum;

b) Las decisiones del Comité se tomarán por mayoría de votos de los miembros presentes.

Artículo 40 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

a) En el plazo de un año a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto con respecto a los Estados Partes interesados;

b) En lo sucesivo, cada vez que el Comité lo pida.

2. Todos los informes se presentarán al Secretario General de las Naciones Unidas, quien los transmitirá al Comité para examen. Los informes señalarán los factores y las dificultades, si los hubiere, que afecten a la aplicación del presente Pacto.

3. El Secretario General de las Naciones Unidas, después de celebrar consultas con el Comité, podrá transmitir a los organismos especializados interesados copias de las partes de los informes que caigan dentro de sus esferas de competencia.

4. El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos comentarios, junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes en el Pacto.

5. Los Estados Partes podrán presentar al Comité observaciones sobre cualquier comentario que se haga con arreglo al párrafo 4 del presente artículo.

Artículo 41 [Observación general sobre su aplicación](#)

1. Con arreglo al presente artículo, todo Estado Parte en el presente Pacto podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se podrán admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración. Las comunicaciones recibidas en virtud de este artículo se tramitarán de conformidad con el procedimiento siguiente:

a) Si un Estado Parte en el presente Pacto considera que otro Estado Parte no cumple las disposiciones del presente Pacto, podrá señalar el asunto a la atención de dicho Estado mediante una comunicación escrita. Dentro de un plazo de tres meses, contado desde la fecha de recibo de la comunicación, el Estado destinatario proporcionará al Estado que haya enviado la comunicación una explicación o cualquier otra declaración por escrito que aclare el asunto, la cual hará referencia, hasta donde sea posible y pertinente, a los procedimientos nacionales y a los recursos adoptados, en trámite o que puedan utilizarse al respecto.

b) Si el asunto no se resuelve a satisfacción de los dos Estados Partes interesados en un plazo de seis meses contado desde la fecha en que el Estado destinatario haya recibido la primera comunicación, cualquiera de ambos Estados Partes interesados tendrá derecho a someterlo al Comité, mediante notificación dirigida al Comité y al otro Estado.

c) El Comité conocerá del asunto que se le someta después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente.

d) El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente artículo.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

- e) A reserva de las disposiciones del inciso c, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales reconocidas en el presente Pacto.
- f) En todo asunto que se le someta, el Comité podrá pedir a los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el inciso b que faciliten cualquier información pertinente.
- g) Los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el inciso a tendrán derecho a estar representados cuando el asunto se examine en el Comité y a presentar exposiciones verbalmente, o por escrito, o de ambas maneras.
- h) El Comité, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de recibido de la notificación mencionada en el inciso b), presentará un informe en el cual:
- i) Si se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso e, se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada:
- ii) Si no se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso e, se limitará a una breve exposición de los hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados Partes interesados.

En cada asunto, se enviará el informe los Estados Partes interesados.

2. Las disposiciones del presente artículo entrarán en vigor cuando diez Estados Partes en el presente Pacto hayan hecho las declaraciones a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo. Tales declaraciones serán depositadas por los Estados Partes en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copia de las mismas a los demás Estados Partes. Toda declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General. Tal retiro no será obstáculo para que se examine cualquier asunto que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud de este artículo; no se admitirá ninguna nueva comunicación de un Estado Parte una vez que el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido la notificación de retiro de la declaración, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una nueva declaración.

Artículo 42 1. a) Si un asunto remitido al Comité con arreglo al artículo 41 no se resuelve a satisfacción de los Estados Partes interesados, el Comité, con el previo consentimiento de los Estados Partes interesados, podrá designar una Comisión Especial de Conciliación (denominada en adelante la Comisión). Los buenos oficios de la Comisión se pondrán a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, basada en el respeto al presente Pacto.

b) La Comisión estará integrada por cinco personas aceptables para los Estados Partes interesados. Si, transcurridos tres meses, los Estados Partes interesados no se ponen de acuerdo sobre la composición, en todo o en parte, de la Comisión, los miembros de la Comisión sobre los que no haya habido acuerdo serán elegidos por el Comité, de entre sus propios miembros, en votación secreta y por mayoría de dos tercios.

2. Los miembros de la Comisión ejercerán sus funciones a título personal. No serán nacionales de los Estados Partes interesados, de ningún Estado que no sea parte en el presente Pacto, ni de ningún Estado Parte que no haya hecho la declaración prevista en el artículo 41.

3. La Comisión elegirá su propio Presidente y aprobará su propio reglamento.

4. Las reuniones de la Comisión se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. Sin embargo, podrán celebrarse en cualquier otro lugar conveniente que la Comisión acuerde en consulta con el Secretario General de las Naciones Unidas y los Estados Partes interesados.

5. La secretaría prevista en el artículo 36 prestará también servicios a las comisiones que se establezcan en virtud del presente artículo.

6. La información recibida y estudiada por el Comité se facilitará a la Comisión, y ésta podrá pedir a los Estados Partes interesados que faciliten cualquier otra información pertinente.

7. Cuando la Comisión haya examinado el asunto en todos sus aspectos, y en todo caso en un plazo no mayor de doce meses después de haber tomado conocimiento del mismo, presentará al Presidente del Comité un informe para su transmisión a los Estados Partes interesados:

a) Si la Comisión no puede completar su examen del asunto dentro de los doce meses, limitará su informe a una breve exposición de la situación en que se halle su examen del asunto;

b) Si se alcanza una solución amistosa del asunto basada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en el presente Pacto, la Comisión limitará su informe a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada;

c) Si no se alcanza una solución en el sentido del inciso b, el informe de la Comisión incluirá sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho pertinentes al asunto planteado entre los Estados Partes interesados, y sus observaciones acerca de las posibilidades de solución amistosa del asunto; dicho informe contendrá también las exposiciones escritas y una reseña de las exposiciones orales hechas por los Estados Partes interesados;

d) Si el informe de la Comisión se presenta en virtud del inciso c, los Estados Partes interesados notificarán al Presidente del Comité, dentro de los tres meses siguientes a la recepción del informe, si aceptan o no los términos del informe de la Comisión.

8. Las disposiciones de este artículo no afectan a las funciones del Comité previstas en el artículo 41.

9. Los Estados Partes interesados compartirán por igual todos los gastos de los miembros de la Comisión, de acuerdo con el cálculo que haga el Secretario General de las Naciones Unidas.

10. El Secretario General de las Naciones Unidas podrá sufragar, en caso necesario, los gastos de los miembros de la Comisión, antes de que los Estados Partes interesados reembolsen esos gastos conforme al párrafo 9 del presente artículo.

Artículo 43 Los miembros del Comité y los miembros de las comisiones especiales de conciliación designados conforme al artículo 42 tendrán derecho a las facilidades, privilegios e inmunidades que se conceden a los expertos que desempeñen misiones para las Naciones Unidas, con arreglo a lo dispuesto en las secciones pertinentes de la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas.

Artículo 44 Las disposiciones de la aplicación del presente Pacto se aplicarán sin perjuicio de los procedimientos previstos en materia de derechos humanos por los instrumentos constitutivos y las convenciones de las Naciones Unidas y de los organismos especializados o en virtud de los mismos, y no impedirán que los Estados Partes recurran a otros procedimientos para resolver una controversia, de conformidad con convenios internacionales generales o especiales vigentes entre ellos.

Artículo 45 El Comité presentará a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, un informe anual sobre sus actividades.

Parte V

Artículo 46 Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el presente Pacto.

Artículo 47 Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

Parte VI



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Artículo 48 1. El presente Pacto estará abierto a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en el presente Pacto.

2. El presente Pacto está sujeto a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Pacto quedará abierto a la adhesión de cualquiera de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.

4. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

5. El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Pacto, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

Artículo 49 1. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 50 Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

Artículo 51 1. Todo Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Pacto, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque a una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara en favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.

3. Cuando tales enmiendas entren en vigor, serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Pacto y por toda enmienda anterior que hayan aceptado.

Artículo 52 Independientemente de las notificaciones previstas en el párrafo 5 del artículo 48, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicará todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del mismo artículo:

a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conformes con lo dispuesto en el artículo 48;

b) La fecha en que entre en vigor el presente Pacto conforme a lo dispuesto en el artículo 49, y la fecha en que entren en vigor las enmiendas a que hace referencia el artículo 51.

Artículo 53 1. El presente Pacto, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Pacto a todos los

EL PACTO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27

Preámbulo Los Estados partes en el presente Pacto,

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas,

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto,

Convienen en los artículos siguientes:

Parte I

Artículo 1 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Parte II



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Artículo 2 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en

particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. [▶▶▶ Observación general sobre su aplicación](#)

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

Artículo 3 Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

Artículo 4 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Artículo 5 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Parte III

Artículo 6 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Artículo 7 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de todas las personas al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

b) La seguridad y la higiene en el trabajo;

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Artículo 11 [Observación general sobre su aplicación](#)

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.



Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Observación general sobre su aplicación

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

- a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;
- b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

Artículo 12 Observación general sobre su aplicación

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Artículo 13 Observación general sobre su aplicación

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
 - b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
 - e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 14 Observación general sobre su aplicación

Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.

Artículo 15 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

Parte IV

Artículo 16 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar, en conformidad con esta parte del Pacto, informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo.

2. a) Todos los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social para que las examine conforme a lo dispuesto en el presente Pacto;

b) El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá también a los organismos especializados copias de los informes, o de las partes pertinentes de éstos, enviados por los Estados Partes en el presente Pacto que además sean miembros de estos organismos especializados, en la medida en que tales informes o partes de ellos tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos conforme a sus instrumentos constitutivos.

Artículo 17 Observación general sobre su aplicación

1. Los Estados Partes en el presente Pacto presentarán sus informes por etapas, con arreglo al programa que establecerá el Consejo Económico y Social en el plazo de un año desde la entrada en vigor del presente Pacto, previa consulta con los Estados Partes y con los organismos especializados interesados.

2. Los informes podrán señalar las circunstancias y dificultades que afecten el grado de cumplimiento de las obligaciones previstas en este Pacto.

3. Cuando la información pertinente hubiera sido ya proporcionada a las Naciones Unidas o a algún organismo especializado por un Estado Parte, no será necesario repetir dicha información, sino que bastará hacer referencia concreta a la misma.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Artículo 18 En virtud de las atribuciones que la Carta de las Naciones Unidas le confiere en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, el Consejo Económico y Social podrá concluir acuerdos con los organismos especializados sobre la presentación por tales organismos de informes relativos al cumplimiento de las disposiciones de este Pacto que corresponden a su campo de actividades. Estos informes podrán contener detalles sobre las decisiones y recomendaciones que en relación con ese cumplimiento hayan aprobado los órganos competentes de dichos organismos.

Artículo 19 El Consejo Económico y Social podrá transmitir a la Comisión de Derechos Humanos, para su estudio y recomendación de carácter general, o para información, según proceda, los informes sobre derechos humanos que presenten a los Estados conforme a los artículos 16 y 17, y los informes relativos a los derechos humanos que presenten los organismos especializados conforme al artículo 18.

Artículo 20 Los Estados Partes en el presente Pacto y los organismos especializados interesados podrán presentar al Consejo Económico y Social observaciones sobre toda recomendación de carácter general hecha en virtud del artículo 19 o toda referencia a tal recomendación general que conste en un informe de la Comisión de Derechos Humanos o en un documento allí mencionado.

Artículo 21 El Consejo Económico y Social podrá presentar de vez en cuando a la Asamblea General informes que contengan recomendaciones de carácter general, así como un resumen de la información recibida de los Estados Partes en el presente Pacto y de los organismos especializados acerca de las medidas adoptadas y los progresos realizados para lograr el respeto general de los derechos reconocidos en el presente Pacto.

Artículo 22 Observación general sobre su aplicación

El Consejo Económico y Social podrá señalar a la atención de otros órganos de las Naciones Unidas, sus órganos subsidiarios y los organismos especializados interesados que se ocupen de prestar asistencia técnica, toda cuestión surgida de los informes a que se refiere esta parte del Pacto que pueda servir para que dichas entidades se pronuncien, cada una dentro de su esfera de competencia, sobre la conveniencia de las medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva del presente Pacto.

Artículo 23 Los Estados Partes en el presente Pacto convienen en que las medidas de orden internacional destinadas a asegurar el respeto de los derechos que se reconocen en el presente Pacto comprenden procedimientos tales como la conclusión de convenciones, la aprobación de recomendaciones, la prestación de asistencia técnica y la celebración de reuniones regionales y técnicas, para efectuar consultas y realizar estudios, organizadas en cooperación con los gobiernos interesados.

Artículo 24 Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el Pacto.

Artículo 25 Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

Parte V

Artículo 26 1. El presente Pacto estará abierto a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en el presente Pacto.

2. El presente Pacto está sujeto a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Pacto quedará abierto a la adhesión de cualquiera de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.

4. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

5. El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Pacto, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

Artículo 27 1. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 28 Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

Artículo 29 1. Todo Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Pacto, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara en favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.

3. Cuando tales enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Pacto y por toda enmienda anterior que hayan aceptado.

Artículo 30 Independientemente de las notificaciones previstas en el párrafo 5 del artículo 26, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del mismo artículo:

a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conformes con lo dispuesto en el artículo 26; b) La fecha en que entre en vigor el presente Pacto conforme a lo dispuesto en el artículo 27, y la fecha en que entren en vigor las enmiendas a que hace referencia el artículo 29.

Artículo 31 1. El presente Pacto, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Pacto a todos los Estados mencionados en el artículo 26.

EL PROTOCOLO FACULTATIVO

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 59, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 302, *entrada en vigor* 23 de marzo de 1976.

Los Estados Partes en el presente Protocolo,



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Considerando que para asegurar el mejor logro de los propósitos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante denominado el Pacto) y la aplicación de sus disposiciones sería conveniente facultar al Comité de Derechos Humanos establecido en la parte IV del Pacto (en adelante denominado el Comité) para recibir y considerar, tal como se prevé en el presente Protocolo, comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto,
Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1 Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo.

Artículo 2 Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita.

Artículo 3 El Comité considerará inadmisibles toda comunicación presentada de acuerdo con el presente Protocolo que sea anónima o que, a su juicio, constituya un abuso del derecho a presentar tales comunicaciones o sea incompatible con las disposiciones del Pacto.

Artículo 4 1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 3, el Comité pondrá toda comunicación que le sea sometida en virtud del presente Protocolo en conocimiento del Estado Parte del que se afirma que ha violado cualquiera de las disposiciones del Pacto.

2. En un plazo de seis meses, ese Estado deberá presentar al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare el asunto y se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto.

Artículo 5 1. El Comité examinará las comunicaciones recibidas de acuerdo con el presente Protocolo tomando en cuenta toda la información escrita que le hayan facilitado el individuo y el Estado Parte interesado.

2. El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que:

a) El mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales;
b) El individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente.

3. El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente Protocolo.

4. El Comité presentará sus observaciones al Estado Parte interesado y al individuo.

Artículo 6 El Comité incluirá en el informe anual que ha de presentar con arreglo al artículo 45 del Pacto un resumen de sus actividades en virtud del presente Protocolo.

Artículo 7 En tanto no se logren los objetivos de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1960, relativa a la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, las disposiciones del presente Protocolo no limitarán de manera alguna el derecho de petición concedido a esos pueblos por la Carta de las Naciones Unidas y por otros instrumentos y convenciones internacionales que se hayan concertado bajo los auspicios de las Naciones Unidas o de sus organismos especializados.

Artículo 8 1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado el Pacto.

2. El presente Protocolo está sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido al mismo. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido al mismo.

4. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

5. El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Protocolo, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

Artículo 9 1. A reserva de la entrada en vigor del Pacto, el presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 10 Las disposiciones del presente Protocolo serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

Artículo 11 1. Todo Estado Parte en el presente Protocolo podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Protocolo, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque a una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara en favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará a una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Protocolo, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.

3. Cuando tales enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Protocolo y por toda enmienda anterior que hubiesen aceptado.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Artículo 12 1. Todo Estado Parte podrá denunciar el presente Protocolo en cualquier momento mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto tres meses después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

2. La denuncia se hará sin perjuicio de que las disposiciones del presente Protocolo sigan aplicándose a cualquier comunicación presentada, en virtud del artículo 2, antes de la fecha de efectividad de la denuncia.

Artículo 13 Independientemente de las notificaciones formuladas conforme al párrafo 5 del artículo 8 del presente Protocolo, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 48 del Pacto:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conformes con lo dispuesto en el artículo 8;
- b) La fecha en que entre en vigor el presente Protocolo conforme a lo dispuesto en el artículo 9, y la fecha en que entren en vigor las enmiendas a que hace referencia el artículo 11;
- c) Las denuncias recibidas en virtud del artículo 12.

Artículo 14 1. El presente Protocolo, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Protocolo a todos los Estados mencionados en el artículo 48 del Pacto.

Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A.G. res. 44/128, annex, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 207, ONU Doc. A/44/49 (1989), entrada en vigor 11 de julio de 1991.

Los Estados Partes en el presente Protocolo,

Considerando que la abolición de la pena de muerte contribuye a elevar la dignidad humana y desarrollar progresivamente los derechos humanos,

Recordando el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, y el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado el 16 de diciembre de 1966,

Observando que el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a la abolición de la pena de muerte en términos que indican claramente que dicha abolición es deseable,

Convencidos de que todas las medidas de abolición de la pena de muerte deberían ser consideradas un adelanto en el goce del derecho a la vida,

Deseosos de contraer por el presente Protocolo un compromiso internacional para abolir la pena de muerte,

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1 1. No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo.
2. Cada uno de los Estados Partes adoptará todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción.

Artículo 2 1. No se admitirá ninguna reserva al presente Protocolo, con excepción de una reserva formulada en el momento de la ratificación o la adhesión en la que se prevea la aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra como consecuencia de una condena por un delito sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra.
2. El Estado Parte que formule esa reserva deberá comunicar al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de la ratificación o la adhesión, las disposiciones pertinentes de su legislación nacional aplicables en tiempo de guerra.
3. El Estado Parte que haya formulado esa reserva notificará al Secretario General de las Naciones Unidas de todo comienzo o fin de un estado de guerra aplicable a su territorio.

Artículo 3 Los Estados Partes en el presente Protocolo deberán incluir en los informes que presenten al Comité de Derechos Humanos, en virtud del artículo 40 del Pacto, información sobre las medidas que han adoptado para poner en vigor el presente Protocolo.

Artículo 4 Respecto de los Estados Partes en el Pacto que hayan hecho una declaración en virtud del artículo 41, la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple con sus obligaciones se hará extensiva a las disposiciones del presente Protocolo, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una declaración en sentido contrario en el momento de la ratificación o la adhesión.

Artículo 5 Respecto de los Estados Partes en el primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado el 16 de diciembre de 1966, la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de personas que estén sujetas a su jurisdicción se hará extensiva a las disposiciones del presente Protocolo, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una declaración en sentido contrario en el momento de la ratificación o la adhesión.

Artículo 6 1. Las disposiciones del presente Protocolo serán aplicables en carácter de disposiciones adicionales del Pacto.

2. Sin perjuicio de la posibilidad de formular una reserva con arreglo al artículo 2 del presente Protocolo, el derecho garantizado en el párrafo 1 del artículo 1 del presente Protocolo no estará sometido a ninguna suspensión en virtud del artículo 4 del Pacto.

Artículo 7 1. El presente Protocolo está abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado el Pacto.

2. El presente Protocolo está sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él.

4. La adhesión se efectuará mediante el depósito del instrumento correspondiente en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

5. El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Protocolo, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.



Artículo 8 1. El presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
2. Respecto de cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor una vez transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 9 Las disposiciones del presente Protocolo serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

Artículo 10 El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 48 del Pacto:

- a) Las reservas, comunicaciones y notificaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del presente Protocolo;
- b) Las declaraciones hechas conforme a lo dispuesto en los artículos 4 ó 5 del presente Protocolo;
- c) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conformes a lo dispuesto en el artículo 7 del presente Protocolo;
- d) La fecha en que entre en vigor el presente Protocolo conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del mismo.

Artículo 11 1. El presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Protocolo a todos los Estados mencionados en el artículo 48 del Pacto.

EL ORDEN JURÍDICO SUPRANACIONAL: LA CUARTA INSTANCIA

El Paraguay admite un orden jurídico supranacional, en la constitución nacional de 1992, en su art. 145, en condiciones de igualdad con otros estados, admiten un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación, y del desarrollo en lo político, económico, social y cultural, con mayoría absoluta de ambas cámaras: Federico Callizo dijo: el orden jurídico supranacional es un progreso dentro del concepto de solidaridad del hombre para que los derechos humanos tengan carácter internacional.

LA CUARTA INSTANCIA. LA FORMULA DE LA " CUARTA INSTANCIA "

- La protección internacional que otorgan los órganos de supervisión de la Convención es de carácter subsidiario. El Preámbulo de la Convención es claro a ese respecto cuando se refiere al carácter de mecanismo de refuerzo o complementario que tiene la protección prevista por el derecho interno de los Estados americanos. (Marzióni v Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).-
- La regla del agotamiento previo de los recursos internos se basa en el principio de que un Estado demandado debe estar en condiciones de brindar una reparación por sí mismo y dentro del marco de su sistema jurídico interno. El efecto de esa norma es asignar a la competencia de la Comisión un carácter esencialmente subsidiario. (Marzióni v Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).-
- El carácter de esa función constituye también la base de la denominada "fórmula de la cuarta instancia" aplicada por la Comisión, que es congruente con la práctica del sistema europeo de derechos humanos. La premisa básica de esa fórmula es que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención. (Marzióni v Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).-
- La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia. (Marzióni v Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).-
- La "fórmula de la cuarta instancia" fue elaborada por la Comisión en el caso de Clifton Wright, ciudadano jamaicano, que adujo un error judicial que dio lugar a una sentencia de muerte en su contra. El sistema nacional no preveía un trámite de impugnación de sentencias determinadas por errores judiciales, lo que dejó al Sr. Wright desprovisto de recursos. En ese caso, la Comisión estableció que no podía actuar como "una cuarta instancia cuasi-judicial" con facultades para revisar las sentencias de los tribunales de los Estados miembros de la OEA. No obstante, la Comisión declaró fundados los hechos aducidos por el peticionario y determinó que el mismo no pudo haber cometido el crimen. En consecuencia, la Comisión llegó a la conclusión de que el Gobierno de Jamaica había violado el derecho del peticionario a la protección judicial, lo que constituye una violación a sus derechos fundamentales, porque el procedimiento judicial interno no permitía corregir el error judicial. (Marzióni v Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).-
- La Comisión emitió la Resolución No. 29/88, del 14 de septiembre de 1988, en el caso Wright. En ella se expusieron las siguientes consideraciones, que son pertinentes para el caso de autos:
5. ...La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene la función de dar trámite a las peticiones que le sean presentadas conforme a los artículos 44 a 51 de la Convención Americana en cuanto se refieran a Estados que sean parte de la Convención.
6. ...El papel de la Comisión consiste en investigar si un acto de un Gobierno ha violado un derecho del peticionario protegido por la Convención. (Marzióni v Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).-
- Otro precedente fue establecido en el Informe No. 74/90 del 4 de abril de 1990. El denunciante, Sr. López-Aurelli, era un trabajador argentino que fue privado ilegalmente de su libertad, imputado de delitos políticamente motivados en noviembre de 1975. El peticionario sostuvo que el juicio se realizó sin las mínimas garantías legales, y que los jueces del proceso no habían sido imparciales ni independientes de la dictadura militar que gobernó a Argentina de 1976 a 1983. (Marzióni v Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).- (ver Pág.....) □ En ese caso, la Comisión falló declarándose incompetente para determinar si los tribunales nacionales habían aplicado correctamente el derecho interno. [13] No obstante, concluyó que el Poder Judicial argentino no había revisado los procedimientos tras el advenimiento de un gobierno democrático que ratificó la Convención. La Comisión llegó a la conclusión de que una denegación del debido proceso de ese tipo constituyó una violación de derechos de López-Aurelli conforme a los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención. (Marzióni v Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).- (Marzióni v Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).-
- Estas sentencias brindan ejemplos del alcance de la competencia de la Comisión con respecto a la revisión de los fallos nacionales. Los casos Wright y López-Aurelli constituyen excepciones a la fórmula "de la cuarta instancia", e ilustran los requisitos que debe cumplir una petición para que la Comisión pueda considerar sus fundamentos y pronunciarse al respecto. (Marzióni v Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).-
- La jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos es congruente con esa fórmula, como surge de la decisión de admisibilidad dictada en el caso de Álvaro Baragiola contra Suiza:



- La Comisión recuerda que corresponde, en primera instancia, a las autoridades nacionales, y en especial a los tribunales, interpretar y aplicar el derecho interno.
- La Comisión recuerda que lo decisivo no es el temor subjetivo de la persona interesada con respecto a imparcialidad que debe tener el tribunal que se ocupa del juicio, por comprensible que sea, sino el hecho de que en las circunstancias pueda sostenerse que sus temores se justifican objetivamente. (Marzioni v Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).-
- La Comisión Europea sostuvo un punto de vista similar cuando rechazó peticiones basadas en la aplicación supuestamente incorrecta del derecho interno, o una errónea evaluación de hechos o pruebas. En repetidos casos afirmó que era incompetente para revisar decisiones de los tribunales internos a menos que se tratara de una violación de la Convención Europea. (Marzioni v Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).-
- Resulta especialmente pertinente para la petición de autos el precedente establecido en el caso de Gudmundur Gudmunds son. El Sr. Gudmunds es, ciudadano islandés, presentó una petición ante la Comisión Europea, sosteniendo que un impuesto especial sobre la propiedad establecida por la ley violaba su derecho a la propiedad y a igual protección de la ley. En este caso, la Comisión Europea concluyó que el texto de la ley cuestionada era compatible con las "interferencias permisibles" mencionadas en el artículo 1 del Protocolo de la Convención Europea, y que la supuesta discriminación consistía simplemente en un tratamiento diferencial con respecto a las sociedades cooperativas y a las compañías conjuntas. Finalmente concluyó que la petición era manifiestamente infundada y volvió a mencionar la "fórmula de la cuarta instancia" del modo siguiente:
"...por cuanto los errores de derecho o de hecho, incluidos los referentes a la cuestión de la constitucionalidad de las leyes sancionadas por un parlamento nacional, cometidos por los tribunales nacionales, sólo interesan a la Comisión, en consecuencia, durante el examen que la misma realiza sobre la admisibilidad de la petición, en la medida en que al parecer supongan una posible violación de cualquiera de los derechos y libertades establecidos a texto expreso en la Convención." (Marzioni v Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).-
- ...el examen del caso tal como ha sido planteado, incluido un análisis efectuado de oficio, no revela ninguna aparente violación de los derechos y libertades enunciados en la Convención. (Marzioni v Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).-
- En las sociedades democráticas, en que los tribunales funcionan en el marco de un sistema de organización de los poderes públicos establecido por la Constitución y la legislación interna, corresponde a los tribunales competentes considerar los asuntos que ante ellos se plantean. Cuando es evidente que ha existido la violación de uno de los derechos protegidos por la Convención, la Comisión tiene competencia para entender en el caso. (Marzioni v Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).-
- La Comisión está plenamente facultada para fallar con respecto a supuestas irregularidades de los procedimientos judiciales internos que den lugar a manifiestas violaciones del debido proceso o de cualquiera de los derechos protegidos por la Convención. (Marzioni v Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).-

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR EL PARAGUAY- CITA LAS PRINCIPALES **Implementación de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en el Paraguay.**

1.- Situación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la Constitución paraguaya.

La jerarquía de las leyes determinada en el artículo 137 de la Constitución determina que *"la ley Suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional, en el orden de prelación enunciado"*.

Los tratados están entonces, por encima de los códigos y leyes aprobados por el Congreso. Los términos utilizados: tratados, convenios y acuerdos, permiten inferir que no sólo son los tratados los que están por encima de las leyes nacionales, sino también otros instrumentos internacionales.

En virtud de este orden, se dan entre otras las siguientes consecuencias: en virtud del principio de unidad, a través del cual se asegura la compatibilidad vertical y horizontal de las normas dentro del ordenamiento, las normas inferiores a los tratados deberán adecuarse a ellos. Estas deben ser instrumentos o medios adecuados para cumplir con los fines establecidos por las normas superiores. Su ubicación por encima de las leyes nacionales implica también que cuando un tratado, aprobado por ley, contradice una ley nacional anterior, la deroga, incluso si no lo prevé expresamente. Cuando es una nueva ley la que contradice un tratado anterior, el Estado está infringiendo el derecho internacional. Los tribunales de este Estado deben subsanar el asunto aplicando el tratado por encima de la nueva ley.

Por otra parte, la Constitución de 1992 equiparó a su propia jerarquía, en cuanto a estabilidad se refiere, en el artículo 142, a los tratados relativos a derechos humanos, ya que éstos *"no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de la Constitución"*. [11](#)

Hay que analizar en este punto detenidamente el artículo 45, que establece que *"la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución no debe entenderse como negación de otros, que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella"*. Este permite colegir que los derechos inherentes a la persona humana que no se enumeran en la Constitución son igualmente objeto de protección y garantía por el Estado. Cuáles serían estos derechos aquí no enumerados? Los que estuvieran citados en los instrumentos de derechos humanos, no sólo en las convenciones internacionales, sino por ejemplo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Agrega el artículo 45 que la falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar o menoscabar ningún derecho o garantía. Con lo cual los derechos inherentes a la persona humana son directamente exigibles. Tienen entonces los derechos humanos no establecidos expresamente en la Constitución, en el orden jurídico nacional, el rango de los derechos constitucionales. Esta conclusión es independiente de la posición que pueda adoptarse en relación con la jerarquía de los otros tratados frente a las leyes internas, porque el rango constitucional no nace que tales derechos sean objeto de una convención internacional, sino de haber sido reconocidos como inherentes a la persona humana.

Nuestra Constitución agrega un elemento más a ser tomado en cuenta: un principio relativo a la conducción de la política exterior del Estado, que *"la República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a (...) la protección internacional de los derechos humanos"*. Esto no se puede considerar como una mera enunciación; representa una dirección de política, una decisión fundamental que debería determinar la actuación del Estado en sus relaciones internacionales. Refuerza esta pauta de relacionamiento internacional el artículo 145, que establece que el Paraguay admite un orden jurídico supranacional siempre y cuando, entre otras condiciones, se garantice la vigencia de los derechos humanos.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

No cabe duda de que los tratados de derechos humanos son derecho positivo y por tanto, leyes internas, cuyo contenido es la mayoría de las veces ignorado en nuestra práctica jurídica.

La tendencia constitucional iberoamericana apunta hacia la jerarquización cada vez mayor de los tratados de derechos humanos. Sin duda la triste experiencia histórica de las recientes dictaduras empuja a este proceso. Dado lo que éstas significaron en cuanto a violaciones de derechos humanos, violaciones que muchas veces pretendieron fundarse en leyes internas -que en verdad no eran leyes, sino un mandato arbitrario carente de legitimidad-, la experiencia aconseja que se le de una verdadera "súper-legalidad" a los tratados de derechos humanos, como elemento indispensable para asegurar la pervivencia y desarrollo de la democracia. [\[2\]](#)

LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION

Preámbulo

LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS,

CONVENCIDOS de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;

CONSIDERANDO que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio;

PERSUADIDOS de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social;

RECONOCIENDO que, a menudo, la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos;

CONVENCIDOS de la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción;

RECONOCIENDO que la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente; CONVENCIDOS de la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio; así como respecto de los bienes producto de estos actos;

PROFUNDAMENTE PREOCUPADOS por los vínculos cada vez más estrechos entre la corrupción y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes, que socavan y atentan contra las actividades comerciales y financieras legítimas y la sociedad, en todos los niveles;

TENIENDO PRESENTE que para combatir la corrupción es responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad y que la cooperación entre ellos es necesaria para que su acción en este campo sea efectiva; y

DECIDIDOS a hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio,

HAN CONVENIDO en suscribir la siguiente

CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION

Artículo I **Definiciones**

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

"**Función pública**", toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

"**Funcionario público**", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

"**Bienes**", los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

Artículo II **Propósitos**

Los propósitos de la presente Convención son:

1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Artículo III **Medidas preventivas**

A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública.

2. Mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta.

3. Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades.

4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda.

5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.

6. Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción.

7. Leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los Estados Partes.

8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.

9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.

10. Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción.

11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

12. El estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público.

Artículo IV **Ámbito**

La presente Convención es aplicable siempre que el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado Parte.

Artículo V **Jurisdicción**

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito se cometa en su territorio.

2. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona que tenga residencia habitual en su territorio.

3. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro país por motivo de la nacionalidad del presunto delincuente.

4. La presente Convención no excluye la aplicación de cualquier otra regla de jurisdicción penal establecida por una Parte en virtud de su legislación nacional.

Artículo VI **Actos de corrupción**

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.

Artículo VII **Legislación interna**

Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo VI.1. y para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención.

Artículo VIII **Soborno transnacional**

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Artículo IX **Enriquecimiento ilícito**

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Artículo X **Notificación**

Cuando un Estado Parte adopte la legislación a la que se refieren los párrafos 1 de los artículos VIII y IX, lo notificará al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, quien lo notificará a su vez a los demás Estados Partes. Los delitos de soborno transnacional y de enriquecimiento ilícito serán considerados para ese Estado Parte acto de corrupción para los propósitos de esta Convención, transcurridos treinta días contados a partir de la fecha de esa notificación.

Artículo XI **Desarrollo progresivo**

1. A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas:

a. El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

b. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada.

c. Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado.

d. La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa.

2. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado estos delitos, éstos serán considerados actos de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

3. Aquellos Estados Partes que no hayan tipificado los delitos descritos en este artículo brindarán la asistencia y cooperación previstas en esta Convención en relación con ellos, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Artículo XII

Efectos sobre el patrimonio del Estado

Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado.

Artículo XIII

Extradición

1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por los Estados Partes de conformidad con esta Convención.

2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concierten entre sí.

3. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte, con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

4. Los Estados Partes que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos.

5. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación del Estado Parte requerido o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que se puede denegar la extradición.

6. Si la extradición solicitada por un delito al que se aplica el presente artículo se deniega en razón únicamente de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud, o porque el Estado Parte requerido se considere competente, éste presentará el caso ante sus autoridades competentes para su enjuiciamiento, a menos que se haya convenido otra cosa con el Estado Parte requirente, e informará oportunamente a éste de su resultado final.

7. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona cuya extradición se solicite y que se encuentre en su territorio o adoptar otras medidas adecuadas para asegurar su comparecencia en los trámites de extradición.

Artículo XIV

Asistencia y cooperación

1. Los Estados Partes se prestarán la más amplia asistencia recíproca, de conformidad con sus leyes y los tratados aplicables, dando curso a las solicitudes emanadas de las autoridades que, de acuerdo con su derecho interno, tengan facultades para la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción descritos en la presente Convención, a los fines de la obtención de pruebas y la realización de otros actos necesarios para facilitar los procesos y actuaciones referentes a la investigación o juzgamiento de actos de corrupción.

2. Asimismo, los Estados Partes se prestarán la más amplia cooperación técnica mutua sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción. Con tal propósito, propiciarán el intercambio de experiencias por medio de acuerdos y reuniones entre los órganos e instituciones competentes y otorgarán especial atención a las formas y métodos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción.

Artículo XV

Medidas sobre bienes

1. De acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes.

2. El Estado Parte que aplique sus propias sentencias de decomiso, o las de otro Estado Parte, con respecto a los bienes o productos descritos en el párrafo anterior, de este artículo, dispondrá de tales bienes o productos de acuerdo con su propia legislación. En la medida en que lo permitan sus leyes y en las condiciones que considere apropiadas, ese



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Estado Parte podrá transferir total o parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado Parte que haya asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas.

Artículo XVI **Secreto bancario**

1. El Estado Parte requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado Parte requirente amparándose en el secreto bancario. Este artículo será aplicado por el Estado Parte requerido, de conformidad con su derecho interno, sus disposiciones de procedimiento o con los acuerdos bilaterales o multilaterales que lo vinculen con el Estado Parte requirente.

2. El Estado Parte requirente se obliga a no utilizar las informaciones protegidas por el secreto bancario que reciba, para ningún fin distinto del proceso para el cual hayan sido solicitadas, salvo autorización del Estado Parte requerido.

Artículo XVII **Naturaleza del acto**

A los fines previstos en los artículos XIII, XIV, XV y XVI de la presente Convención, el hecho de que los bienes obtenidos o derivados de un acto de corrupción hubiesen sido destinados a fines políticos o el hecho de que se alegue que un acto de corrupción ha sido cometido por motivaciones o con finalidades políticas, no bastarán por sí solos para considerar dicho acto como un delito político o como un delito común conexo con un delito político.

Artículo XVIII **Autoridades centrales**

1. Para los propósitos de la asistencia y cooperación internacional previstas en el marco de esta Convención, cada Estado Parte podrá designar una autoridad central o podrá utilizar las autoridades centrales contempladas en los tratados pertinentes u otros acuerdos.

2. Las autoridades centrales se encargarán de formular y recibir las solicitudes de asistencia y cooperación a que se refiere la presente Convención.

3. Las autoridades centrales se comunicarán en forma directa para los efectos de la presente Convención.

Artículo XIX **Aplicación en el tiempo**

Con sujeción a los principios constitucionales, al ordenamiento interno de cada Estado y a los tratados vigentes entre los Estados Partes, el hecho de que el presunto acto de corrupción se hubiese cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención, no impedirá la cooperación procesal penal internacional entre los Estados Partes. La presente disposición en ningún caso afectará el principio de la irretroactividad de la ley penal ni su aplicación interrumpirá los plazos de prescripción en curso relativos a los delitos anteriores a la fecha de la entrada en vigor de esta Convención.

Artículo XX **Otros acuerdos o prácticas**

Ninguna de las normas de la presente Convención será interpretada en el sentido de impedir que los Estados Partes se presten recíprocamente cooperación al amparo de lo previsto en otros acuerdos internacionales, bilaterales o multilaterales, vigentes o que se celebren en el futuro entre ellos, o de cualquier otro acuerdo o práctica aplicable.

Artículo XXI **Firma**

La presente Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XXII **Ratificación**

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XXIII **Adhesión**

La presente Convención queda abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XXIV **Reservas**

Los Estados Partes podrán formular reservas a la presente Convención al momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherir a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósitos de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas.

Artículo XXV **Entrada en vigor**



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo XXVI **Denuncia**

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante y permanecerá en vigor para los demás Estados Partes.

Artículo XXVII **Protocolos adicionales**

Cualquier Estado Parte podrá someter a la consideración de los otros Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención con el objeto de contribuir al logro de los propósitos enunciados en su Artículo II.

Cada protocolo adicional fijará las modalidades de su entrada en vigor y se aplicará sólo entre los Estados Partes en dicho protocolo.

Artículo XXVIII **Depósito del instrumento original**

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia certificada de su texto para su registro de publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere.

ESTADO DE FIRMAS Y RATIFICACIONES

B-58: CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION

Adoptado En: Caracas, Venezuela

Fecha: 03/29/96

Entrada En Vigor: 03/06/97 Conforme Al Artículo XXV De La Convención

Interamericana Contra La Corrupción

Depositario: Secretaria General De La OEA (Instrumento Original Y Ratificaciones)

Texto:

Registro ONU: / / No. Vol.

OBSERVACIONES: Artículo XXV.-Entrada en vigor.-La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION

1.-**PARAGUAY.**-Informa: Designa como Autoridad Central encargada de formular y recibir las solicitudes de asistencia y cooperación que se refiere la Convención, de conformidad con el artículo XVIII de la misma a la Fiscalía General del Estado.

(Asunción, 20 de marzo de 1997. Nota 46/97 recibida el 21 de abril de 1997).

UNIDAD XXVI

DERECHO CONSTITUCIONAL

CONSTITUCIONALISMO- ESTRUCTURA DE LA CONSTITUCION- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS INSTITUCIONES CONSTITUCIONALES

En la edad media que iba perdiendo fuerza la constitución general feudal consuetudinaria, fueron estableciéndose diversos derechos o privilegios particulares, que si bien no tenía como objetivo específico la estructuración del estado, significaban, sin embargo, la limitación de la autoridad del príncipe, y en ese sentido, pueden figurar como antecedente histórico del constitucionalismo moderno. Entre estos establecimientos merecen citarse, los fueros o cartas concedidas por el rey de España a diversas ciudades: el fuero de León, del Año 1020, el de Najare, de 1076; de Burgos; de 1073; el ordenamiento de León, de 1188. etc.

En Inglaterra, la carta magna, que los barones ingleses impusieron, espada en manos al rey, Juan sin Tierra, constituye en el año 1215 una manifestación de dichas cartas o capitulaciones, que entronca directamente con el movimiento constitucional moderno. Así como en el continente el paso del estado feudal, estructurados en brazos o estamentos- al estado democrático contemporáneo conoció la etapa intermedia de la monarquía absoluta, Inglaterra, en cambio, transformo, directamente los antiguos estamentos en una presentación popular. De aquí que en Inglaterra se haya pasado de una forma paulatina y por etapas sucesivas sin solución de continuidad a un estado, que si bien mantiene, aun supervivencia del estado medieval, ha sido el primero en acercarse al ideal del moderno estado de derecho, constitucional y democrático. Por eso es menester arrancar el constitucionalismo inglés de la carta magna de 1215 y asentarlo principalmente en la observancia de la costumbre. Pueden señalarse algunas etapas importantes del proceso: la petición del derecho (1628), el acta de habeas corpus (1673), el bill de derechos (1689), y el acta de establecimientos (1701).

El origen del constitucionalismo moderno propiamente dicho lo encontramos, en las colonias inglesas que constituirían mas tarde los estados unidos de América del norte. Gran parte de los migrantes eran puritanos, cuya organización religiosa descansaba en la idea de un pacto o contrato, en cuya virtud cada miembro de la iglesia adquiría derechos y deberes frente a sus correligionarios. Las colonias organizadas sobre un pacto semejante, obtenían el reconocimiento de status y apareció en primer plano el origen contractual del estado.

El primer estado que se dio una constitución en el sentido estrictamente moderno, fue el estado de VIRGINIA, que lo hizo el 29 de junio de 1776, pocos días antes de la declaración de la independencia de los ESTADOS UNIDOS DE



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

AMERICA DEL NORTE. Esta constitución contenía una declaración de derechos que ejerció influencias en Francia a partir de Franklin y Adams.

La revolución francesa, no solo sancionó diversas constituciones, sino que difundió el movimiento constitucionalista en todo el mundo.

Después de la guerra de 1914 se produjo un nuevo movimiento de constitucionalización, con la intervención de juristas técnicos y sentidos socializante del proceso, en contraste con el individualismo imperante hasta entonces.

Terminada la segunda guerra mundial se puede observar un tercer movimiento de constitucionalismo, caracterizado por acentuar más la tendencia social, buscando un mejor equilibrio entre el individuo y la sociedad. A este carácter puede integrarse en internacionalidad, en el sentido de que muchos conceptos fundamentales del derecho constitucional tienden a adquirir jerarquía internacional, al ser formulados por convenios y organismos internacionales como la declaración universal de derechos, aprobado por la asamblea general de naciones unidas.

LA CONSTITUCION NACIONAL DE 1992: INSTITUTOS CONSTITUCIONALES:

LA INICIATIVA POPULAR: Art. 123. Se reconoce a los electores el derecho a la iniciativa popular para proponer al congreso, proyectos de leyes. La forma de las propuestas, así como el número de los electores que deban suscribirlas, serán establecidos en la ley.

De la libertad de organización en partidos o en movimientos políticos: art.125: todos los ciudadanos tienen derechos a asociarse libremente en partidos o en movimientos políticos para concurrir, por métodos democráticos, a la elección de las autoridades previstas en la legislación y las leyes, así como en la orientación de la política nacional. La ley reglamentará la constitución y el funcionamiento de los partidos y movimientos políticos a fin de asegurar el carácter democrático de los mismos. Solo podrá cancelarse la personalidad jurídica de los partidos y movimientos políticos en virtud de sentencia judicial.

LA ACCIÓN POPULAR: de la soberanía- Art. 2: en la república del Paraguay la soberanía reside en el pueblo, que la ejerce conforme con esta constitución.

Del poder público: - art.3 el pueblo ejerce el poder público por medio del sufragio. El gobierno es ejercido por los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales en un sistema de separación, equilibrio, control y recíproca coordinación. Ninguno de estos poderes podrán atribuirse ni otorgar a otros ni a personas algunas, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del poder público. La dictadura está fuera de la ley.

De los derechos y de los deberes políticos: art. 117. Los ciudadanos sin distinción de sexo, tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directa o por medio de sus representantes, en la forma que determinen esta constitución y las leyes. Se promoverá el acceso de la mujer a las funciones públicas

Del sufragio: art. 118. El sufragio es derecho, deber y función pública del elector. Constituye la base del régimen democrático y representativo. Se funda en el voto universal, libre, directo, igual y secreto; en el escrutinio público y fiscalizado, y en el sistema de representación proporcional.

Del sufragio en las organizaciones intermedias: para las elecciones en las organizaciones intermedias políticas, sindicales y sociales se aplicarán los mismos principios y normas del sufragio.

De los electores: art. 120. Son electores los ciudadanos paraguayos radicados en el territorio nacional, sin distinción que haya cumplido diez y ocho años. Los ciudadanos son electores y elegibles, sin más restricciones que las establecidas en esta constitución y las leyes. Los extranjeros con radicación definitiva tendrán los mismos derechos en las elecciones municipales.

Del referéndum: art. 121. El referéndum legislativo, decidido por ley, podrá o no ser vinculante. Esta institución será reglamentada por ley.

De la materia que no podrán ser objetos de referéndum: art. 122. no podrán ser objetos de referéndum; las relaciones internacionales, tratados, convenios o acuerdos internacionales- las expropiaciones – la defensa nacional- la limitación de la propiedad inmobiliaria- las cuestiones relativas a los sistemas tributarios, monetarios y bancarios, la contratación de empréstitos, etc.

NUUESTRO SISTEMA DE GOBIERNO: preámbulo. El pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en convención nacional constituyente, invocando a dios, reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional, sanciona y promulga esta constitución.

Art. 1 de la forma del estado y de gobierno: la república del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en estado social de derecho, unitario, indivisible y descentralizado en la forma que establecen esta constitución y las leyes.

La república del Paraguay adopta para su sistema de gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana

PLURALISMO IDEOLÓGICO: de la libertad religiosa y de las ideologías: art. 24. Queda reconocida la libertad religiosa, sin más limitaciones que las establecidas en esta constitución y en la ley. Ninguna confesión tendrá carácter judicial.

Las relaciones del estado con la iglesia católica se basan en la independencia, cooperación y autonomía. Se garantiza la independencia y la autonomía de la iglesia y confesiones religiosas, sin más limitaciones que las impuestas en esta constitución y en las leyes.

Nadie puede ser molestado, indagado, u obligado a declarar a causa de sus creencias o de sus ideologías.

EL JUICIO POLÍTICO: sección IV. Del juicio político

Del procedimiento: art. 225. el presidente de la república, el vicepresidente, los ministros del poder ejecutivo, los ministros de la corte suprema de justicia, el fiscal general del estado, el defensor del pueblo, el contralor general de la república, el subcontralor, y los integrantes del tribunal superior de justicia electoral, solo podrán ser sometidos a juicios políticos por mal desempeño de sus funciones por comisión de delitos en su cargo o por delitos comunes.

La acusación será formulada por la cámara de diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la cámara de senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la cámara de diputados y en su caso declararlos culpables, al solo efecto de separarlos de sus cargos. En los casos de supuesta comisión de delitos se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria.

INTERESES DIFUSOS: del derecho a la defensa de los intereses difusos (art. 38) toda persona tiene derecho, individual o colectivamente a reclamar a las autoridades públicas, medidas para la defensa del ambiente, de la integridad de hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida. Este último se mencionan en el capítulo I "de la vida y del ambiente"

- del derecho a la vida: 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 síquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo solo con fines científicos o médicos.

- de la tortura y de otros delitos: nadie será sometido a torturas, ni a penas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes. El genocidio, la tortura así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles.

- de la calidad de vida: el estado fomentará las investigaciones sobre los factores de la población y sus vínculos con el desarrollo económico social, con la preservación del ambiente y con la calidad de vida de todos los habitantes.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

- **del derecho a un ambiente saludable:** toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Constituyen objetos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y al política gubernamental pertinente.

- **De la protección ambiental:** las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por ley. Asimismo, esta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas.

Se prohíbe la fabricación, el montaje, la importación, comercialización, la posesión, o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas, así como la introducción al país de residuos tóxicos. La ley podrá extender esta prohibición a otros elementos peligrosos, asimismo regulará el tráfico de recursos genéticos, y de su tecnología, precautelando los intereses nacionales. El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar.

LA IGUALDAD ANTE LA LEY: de la igualdad de las personas. Art. 46. Todos los habitantes de la república son iguales en dignidad y derechos, no se admiten discriminaciones, el estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien.

Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios, sino igualitarios.

De las garantías de la igualdad: art. 47. El estado garantizará a todos los habitantes de la república:

- la igualdad para el acceso a la justicia a cuyo efecto allanará los obstáculos que las impidiesen,
- la igualdad ante las leyes
- la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad
- la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales, etc.

Art. 48. La igualdad de derecho del hombre y la mujer: el hombre y la mujer tienen igualdad de derechos civiles, políticos, sociales, económicos, y culturales. El estado promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facilitando su la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional.

INSTITUCIONES JURÍDICAS INCORPORADAS A LA CONSTITUCION NACIONAL DE 1992

1. **EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: estado social de derecho es aquel en el que tanto los gobernantes como los gobernados están sometidos a la ley.**

2. **HABEAS DATA: C.N. ART 135(HABEAS DATA):** toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer los usos que se haga de los mismos y de su finalidad.

Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fueren erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos.

3. **VICEPRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. FUNCIÓN CONSTITUCIONAL: C.N. ART. 227.(DEL VICEPRESIDENTE)**

Habrá un vicepresidente de la república, que en caso de impedimento o ausencia temporal del presidente o vacancia definitiva de dicho cargo, lo sustituirá de inmediato, con todas sus atribuciones.

Para ser vicepresidente de la república se necesita: - haber cumplido treinta y cinco años de edad. Nacionalidad paraguaya natural- estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos.

Durará cinco años improrrogables en sus funciones. No podrá ser reelecto en ningún caso. El vicepresidente solo podrá ser electo presidente para el periodo posterior si hubiese cesado a su cargo seis meses antes de los comicios generales. Toma posesión de su cargo, ante el congreso.

Deberes y atribuciones del vicepresidente de la república:- sustituir de inmediato al presidente de la república, en los casos previstos en la constitución (el vicepresidente electo asumirá la presidencia si esta quedase vacante antes o después de la proclamación del presidente, y la ejercerá hasta la finalización del periodo constitucional, si se produjera la vacancia definitiva de la vicepresidencia durante los tres primeros años del periodo constitucional, se convocará a elecciones para cubrirlos. Si la misma tuviese lugar durante los dos últimos años, el congreso por mayoría absoluta de sus miembros, designará a quien debe desempeñar el cargo durante el resto del periodo.

- representar al presidente de la república, nacional e internacionalmente, con designación del mismo con todas las prerrogativas que le correspondan a aquel
- participar de las deliberaciones del consejo de ministros y coordinar las relaciones entre el poder ejecutivo y el legislativo.
- No pueden ejercer cargos públicos o privados remunerados o no, mientras duren en sus funciones. Tampoco pueden ejercer el comercio, la industria u otra actividad profesional alguna debiendo dedicarse con exclusividad a sus funciones.

4. **EL DEFENSOR DEL PUEBLO: art. 276.** el defensor del pueblo es un comisionado parlamentario cuyas funciones son la defensa de los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios. En ningún caso tendrán función judicial ni competencia ejecutiva.

De la autonomía, del nombramiento y de la remoción: art. 277. El defensor del pueblo gozará de autonomía e inmovilidad. Es nombrado por mayoría de dos tercios de la cámara de diputados, de una terna propuesta por el senado, y durará cinco años en sus funciones, coincidentes con el periodo del congreso. Podrá ser reelecto, además podrá ser removido de su puesto por mal desempeño de sus funciones, con el procedimiento del juicio político establecido en la constitución.

De los requisitos, incompatibilidades e inmunidades: art. 278. Deberá reunir los mismos requisitos exigidos para los diputados y tienen las mismas incompatibilidades e inmunidades que las de los magistrados judiciales. Durante sus mandatos no podrá formar parte de ningún poder del estado, ni ejercer actividad política partidaria alguna.

De los deberes y de las atribuciones: art. 279. Son deberes y atribuciones del defensor del pueblo

- recibir e investigar denuncias, quejas y reclamos contra violaciones de los derechos humanos y otros hechos que establezcan la constitución
- requerir de las autoridades en sus diversos niveles, incluyendo lo de los órganos policiales y los de seguridad en general, información para el mejor ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponerse reservas algunas. Podrá acceder a los sitios donde se denuncien la comisión de tales hechos. Es también de su competencia actuar de oficio.
- Emitir censura pública por actos o comportamientos contrarios a los derechos humanos
- Informar anualmente de sus gestiones a las cámaras del congreso
- Elaborar y divulgar informes sobre la situación de los derechos humanos que requieren pronta atención pública.

De la regulación de sus funciones: art. 280. Sus funciones serán reguladas por la ley a fin de asegurar su eficacia, pudiendo nombrarse defensores municipales y departamentales.

5. **CONSEJO DE LA MAGISTRATURA: art. 262. de la composición:** se compone de un miembro de la corte suprema de justicia designado por esta- un representante del poder ejecutivo- un senador y un diputado ambos nominados por su cámara respectiva- dos abogados de la matrícula, nombrados por sus pares en elección directa- un profesor de la facultad de derecho de la universidad nacional de Asunción- un profesor de las facultades de derecho de universidades privadas, elegido por sus pares. Le ley reglamentará el sistema de elección de sus pares.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

De los requisitos y de la duración: art. 263. Deben reunir los siguientes requisitos:

- ser de nacionalidad paraguaya- haber cumplido treinta y cinco años- poseer título universitario de abogado y durante el término de 10 años cuanto menos, haber ejercido efectivamente la profesión, o desempeñado funciones en la magistratura judicial, o ejercido la cátedra universitaria en materia jurídica, conjunta, separada o alternativamente. Durarán durante tres años en sus funciones y gozarán de las inmunidades que los ministros de la corte suprema de justicia. Tendrán las incompatibilidades que establezcan la ley.

De los deberes y de las atribuciones: art. 264.

- proponer las ternas de candidatos para integrar la corte suprema de justicia, previa selección basada en la idoneidad, con consideración de méritos y aptitudes y elevarlas a la cámara de senadores para que los designe, con acuerdo del poder ejecutivo.
- Proponer en ternas a la corte suprema de justicia, con igual criterio de selección y examen, los nombres de candidatos para los cargos de miembros de los tribunales inferiores, los de los jueces y de los agentes fiscales.
- Elaborar su propio reglamento

Del tribunal de cuentas y otras magistraturas y organismos auxiliares: se establece el tribunal de cuentas. La ley determinará su composición y su competencia

Las estructuras y las funciones de las demás magistraturas judiciales y de organismos auxiliares, así como las de la escuela judicial, serán determinadas por la ley.

6. EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS: del enjuiciamiento y de la remoción de los magistrados: los magistrados judiciales solo podrán ser enjuiciados y removidos por la comisión de delitos, o mal desempeño de sus funciones definidos en la ley, por decisión de un jurado de enjuiciamiento de magistrados. Este estará integrado por dos ministros de la corte suprema de justicia- dos miembros del consejo de la magistratura,- dos senadores y dos diputados, estos cuatro últimos deberán ser abogados. La ley regulará el funcionamiento del jurado de enjuiciamiento de magistrados.

UNIDAD XXVII

DERECHOS REALES

DERECHOS SOBRE LAS COSAS Y LOS BIENES

Derechos Reales

Concepto:

Derecho real es la relación jurídica, en virtud de la cual el sujeto activo ejerce directamente poderes sobre las cosas y puede oponerse a que éstas sean utilizadas por otros, sin su consentimiento.

Caracteres:

- a) En el derecho real, el sujeto activo o titular está siempre determinando; el sujeto pasivo u obligado sólo se determina por la violación del derecho de aquel al uso, goce y libre disposición de las cosas.
- b) La relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo es de abstención, y significa el estado de impenetrabilidad de las actividades individuales.
- c) Los derechos reales sólo pueden versar sobre las cosas, lo que no sea cosa, no puede ser objeto de ellos. Dicho objeto debe estar determinado desde el comienzo.
- d) La prescripción adquisitiva, sólo opera respecto de los derechos reales
- e) Conceden la persecución de la cosa, el *jus persecuendi*. Como el titular de un derecho real no ejerce respecto de una persona determinada, sino contra todos, *erga omnes*, puede exigir a cualquiera la cosa que le pertenece. Así, el propietario de un terreno, tiene la acción reivindicatoria contra quien lo posee indebidamente.
- f) El titular de un derecho real, tiene prelación sobre el titular de fecha posterior de ese mismo derecho real.
- g) Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyere otros derechos reales a modificarse los que la ley establece, valdrá como constitución de derechos personales, si como tal pudiera valer.

Clasificación:

Los derechos reales pueden clasificarse en tres grupos, denominados así:

1. *Sobre la cosa propia*, comprenden el dominio y el condominio
2. *Sobre la cosa ajena*, incluye las distintas desmembraciones del dominio cuyos atributos en vez de estar reunidos en una persona, se distribuyen entre titulares distintos. Tales derechos reales son: el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres activas.
3. *De Garantía*, Dentro de los derechos reales sobre la cosa ajena, existen algunos que no constituyen desmembraciones del dominio. Mediante ellos, el dueño de la cosa garantiza el cumplimiento de las obligaciones asumidas respecto del acreedor. Pertenecen a este grupo, la hipoteca, la prenda y la anticresis, que son accesorios de un derecho obligacional o de crédito. El titular del dominio se desprende de la cosa, objeto del gravamen.

DERECHOS REALES SOBRE LA COSA PROPIA.

El derecho real de propiedad o dominio

El derecho real más completo que una persona puede ejercer sobre la cosa, se llama dominio. Según el Código Civil es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad de una persona.

El derecho de dominio, confiere al sujeto activo o titular, la facultad de usar, gozar y disponer de la cosa de modo amplio y exclusivo, pero dentro de las limitaciones establecidas por la ley.

Así la Constitución Nacional garantiza la propiedad privada, pero su contenido y límites serán fijados por la ley, atendiendo a su función económica y social.

Dominio Pleno o Perfecto y Menos Pleno o Imperfecto.

De acuerdo con lo establecido por el Código Civil, el derecho real de dominio perfecto se divide en dos categorías denominadas: dominio pleno o perfecto y dominio menos pleno o imperfecto.

Según el Código Civil: El dominio se llama pleno o perfecto cuando es perpetuo, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otra persona. Se llama Menos pleno o imperfecto cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición o si la cosa que forma su objeto es un inmueble gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbres o usufructo.

Por tanto el dominio es pleno o perfecto cuando no tiene desmembraciones en cuanto a su plenitud, ni está subordinado a limitación relativamente al tiempo.

Si el propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título, se trata de un dominio revocable e imperfecto, por que pierde su carácter de perpetuidad.

Un inmueble gravado con el derecho real de usufructo, constituye en dominio desmembrado, por cuanto el propietario de aquél sólo conserva la nuda propiedad y está privado del *jus fruendi*.

En el caso de un terreno hipotecado, el deudor propietario tiene sobre aquél, un dominio menos pleno o imperfecto.

Mientras no sea cancelada la hipoteca, se halla privado del derecho de disponer de su terreno.

CARACTERES

La doctrina tradicional señala tres caracteres que ostenta la propiedad privada individualista: es un derecho absoluto; exclusivo; y perpetuo e irrevocable

El carácter absoluto: se relaciona con la mayor amplitud de las facultades, que la ley confiere al propietario para cesar, gozar y disponer de las cosas que le pertenecen. En la dogmática del código civil resplandece dicho carácter cuando afirma con nitidez lo que sigue” es inherente a la propiedad el derecho de poseer las cosas, de disponer o servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. Este puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla; tiene el



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

derecho de accesión, de reivindicación, de construir sobre ella derechos reales, de percibir todos sus frutos, prohibir que otros se sirva de ella o perciba su fruto y de disponer de ella por actos entre vivos.”

El carácter exclusivo del dominio: significa que dos derechos iguales no pueden recaer sobre toda la cosa, pero no impide que esta sea propiedad común de varias personas, por partes indivisas. En efecto percibe el código civil lo que sigue “ el dominio es exclusivo. Dos o mas personas no pueden tener cada una del todo el dominio de cosa; mas pueden ser propietarias en común de la de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener.”

El carácter perpetuo del dominio: implica que este derecho subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de el. El propietario no deja de serlo, estatuye el código civil, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque este en la posibilidad de hacerlo, y aunque un tercero lo ejerza contra su voluntad o contra ello, a no ser que deje poseer la cosa por otro durante el tiempo requerido para que este pueda adquirir la propiedad por la prescripción.

La persona que adquiere el dominio de una cosa, lo conserva por la sola fuerza de ese derecho, con prescendencia de su ejercicio. Si un propietario deja de cultivar su tierra de labrantío o la abandona, no pierde el derecho d e dominio sobre la misma, ese derecho subsiste independientemente de su ejercicio, el cual no da ni quita ningún derecho al titular del dominio.

LA COPROPIEDAD DERECHOS REALES SOBRE LA COSA AJENA

El Condominio o Copropiedad

Por efecto de la pluralidad de sus titulares, el dominio se convierte en un nuevo derecho real llamado condominio o copropiedad.

Según el Código Civil, el condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas por una parte indivisa, sobre una cosa mueble o inmueble.

Los condominios unidos son dueños exclusivos, pero separados no son sino por una parte indivisa de la misma.

El condominio puede recaer sobre cosas materiales muebles o inmuebles, pero no sobre las inmateriales como los bienes y créditos. En este caso habrá comunidad o mancomunidad.

El condominio puede constituirse por contrato o en los casos que la ley designa.

DERECHO LIMITADO DE USO Y DISFRUTE

Usufructo

De acuerdo al Código Civil *usufructo* es el derecho real de usar y gozar de una cosa cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia.

Conservar la sustancia de la cosa, es la consecuencia necesaria del principio que separa el derecho al uso y goce del derecho de disponer. Este incumbe exclusivamente al propietario.

Especies: hay dos especies de usufructo denominados perfectos e imperfectos;

Según el código civil; usufructo perfecto es el de las cosas que el usufructuario puede gozar, sin cambiar la sustancia de ella, aunque pueda destruir por el tiempo o por el uso que se haga.

Conforme a dicha definición el usufructo perfecto recae sobre las cosas que no han de consumirse

El usufructo imperfecto o cuasiusufructo: es el de las cosas que serian inútiles del usufructuario si no las consumiese o cambiase su sustancia, como los granos o cereales, el dinero. Por lo tanto recae sobre las cosas que necesariamente deben consumirse.

El usufructo perfecto: no da al usufructuario la propiedad de las cosas sobre que recae y debe conservarla para devolverla a su propietario.

Uso y Habitación

El derecho real de uso consiste en la facultad de servirse de la cosa de otro no fungible, independientemente de la posición de heredad alguna, con el cargo de conservar la sustancia, o de tomar sobre los frutos de un fundo ajeno, lo que sea preciso para las necesidades del usuario y su familia.

Si se refiere a una casa y a ala utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación.

Ambas se constituyen del mismo modo que el usufructo, con la excepción de no haber uso legal o establecido por las leyes.

Caracteres: los dos derechos de uso y habitación tienen las notas características siguientes:

1. se constituye del mismo modo que el usufructo, con la excepción de no haber uso legal o establecido por las leyes.
2. el derecho de uso existe para utilidad de aquel a cuyo favor se ha constituido y no se transmite a los herederos del usuario, pues implica derechos y obligaciones con inherencia a la persona.
3. el uso es un derecho real de la misma naturaleza que el usufructo pero de menor extensión. De los derecho que comprenden el usufructo: usar y percibir los frutos, pues, el usuario no puede disponer del excedente de los mismos, aplicados a la subsistencia familiar.
4. el uso y la habitación están limitados a las necesidades personales del usuario o habitador o de su familia, según su condición social.
5. no quedan comprendidas en las necesidades del usuario, las que solo fuesen relativas a las industrias que ejercen o al comercio de que se ocupa.

Servidumbres

En la acepción jurídica, se aplica el término *servidumbre* a las cosas corporales, denota que la propiedad de las mismas, está sometida a ciertas restricciones, cuyo efecto es disminuir la libertad de uso, goce y disposición que tiene el propietario.

Toda desmembración del derecho real de dominio, constituye una *servidumbre*. Esta se refiere tanto, a los derechos reales, sobre la cosa ajena, con exclusión de la garantía.

Según el Código Civil *servidumbre* es el derecho real perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él, ejercer ciertos derechos de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad.

Clases:

Servidumbres Prediales o Reales

La *servidumbre real* es el derecho establecido al poseedor de una herencia sobre otra heredad ajena, para utilidad de la primera.

Puede consistir tanto en la pérdida de una parte del derecho de disponer, usar o gozar, como en la tolerancia de soportar un acto de parte del dueño de otro fundo. Pero nunca la *servidumbre real* consiste en un acto positivo.

La *servidumbre real* siempre requiere de dos fundos o dos heredades: el inmueble dominante y el inmueble sirviente que pertenecen a propietarios distintos.

Servidumbre Personal

Servidumbre personal —dice el Código Civil— es la que se constituye en utilidad de alguna persona determinada, sin dependencia de la posesión de un inmueble y que acaba con ella.

En la *servidumbre personal* se hace referencia al servicio de un inmueble a favor de una persona determinada. Respecto de la misma el codificador reconoce que, hablando con exactitud, tales *servidumbres* no son verdaderamente *servidumbres*.

LOS DERECHOS REALES LIMITADOS DE GARANTIA

Hipoteca

La *hipoteca*, derecho real de garantía e importante institución de crédito tiene aplicación muy amplia por responder a las necesidades de la vida jurídica nacional.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

De acuerdo con las normas del Derecho Paraguayo legislado, la hipoteca puede constituirse sobre bienes inmuebles, sobre buques con una capacidad mínima de 6 toneladas y sobre aeronaves.

Está legislada en el Código Civil, la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito en dinero, sobre un bien inmueble que continúa en poder del deudor.

UNIDAD XXVIII

DERECHOS OBLIGACIONALES O DE CREDITO

DEFINICION: Las relaciones de derecho en virtud de las cuales ejercemos dominio sobre un acto determinado de otra persona, se llaman obligaciones.

Derechos obligacionales o de crédito es la relación jurídica en virtud de la cual el sujeto activo o acreedor, tiene la facultad de compeler al sujeto pasivo o deudor para que dé, haga o deje de hacer algo en su beneficio.

Elementos constitutivos: cinco elementos integran el concepto de obligación, de los cuales cuatro son intrínsecos y el quinto extrínseco, saber, 1º) el sujeto activo o acreedor, 2º) el sujeto pasivo o deudor, 3º) la relación de derecho o *vinculum juris* entre ambos; 4º) el objeto o la prestación, y 5º) la forma que pone de manifiesto la existencia de la obligación.

FUENTES: De Las Obligaciones En General

Denominase fuente o causa el hecho generador de la obligación.

La tradición jurídica de todos los pueblos, mantiene incólume el principio según el cual no hay obligación sin causa.

Nuestro Código Civil estatuye lo que sigue: No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos o de uno de los actos lícitos o ilícitos de las relaciones de familia o de las relaciones civiles.

La teoría tradicional inspirada en el derecho romano y seguida con el Código Civil que nos rige, sintetiza las fuentes de las obligaciones en cinco grupos, a saber

Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos.

Es el acto jurídico bilateral en virtud del cual una de las partes se constituye deudora y la otra acreedora.

El cuasicontrato es el acto lícito realizado por una persona que obliga a otra hacia ella, sin que ambas exista ningún convenio.

Los cuasicontratos sin ser contratos, generan obligaciones como estos.

Delito es el acto ilícito cometido a sabiendas y con la intención de dañar la persona o los derechos de otro.

Ejemplos la injuria, la compra conciente de una cosa robada. El cuasidelito es el acto ilícito realizado sin intención dolosa, pero con negligencia o culpa imputable.

La ley: finalmente, en virtud de la ley una persona puede resultar acreedora o deudora. Así derivan de la ley: la obligación alimentaria entre padres e hijos, entre cónyuges; las obligaciones de los representantes necesarios (padres, tutores, educadores) hacia sus representados, las de los mandatarios comunes, albaceas etc.

Clasificación según el código civil:

a) Por su naturaleza y origen:

Civiles y naturales: los civiles donde ha de exigirse su cumplimiento. Los naturales son fundados en el derecho natural y equidad. No confieren acción para exigir su cumplimiento pero que cumplido el deudor autorizan a retener lo pagado.

- **Principales y Accesorias:** de 2 obligaciones 1 es la principal y la otra accesoria, la 1 es causa de otra.

- **Puras y Condicionales:** las puras, su cumplimiento no depende de cláusulas. Las condicionales son las que dependen de las cláusulas.

- **Con cargo:** el acreedor obtiene un derecho si cumple con las obligaciones impuestas.

- **A plazo:** cuando un derecho queda postergado para un momento posterior determinado.

b) Con relación a las personas o al sujeto:

- **Simplemente mancomunadas:** el crédito o la deuda se divide en tantas partes como acreedores o deudores haya.

- **Solidarias:** cuando la totalidad de la prestación puede ser demandada por cualquier acreedor o deudor.

c) Por el objeto o prestación:

- **De dar cosas o dinero:** tiene por objeto la entrega de muebles o inmuebles para constituir sobre ellas derechos reales o transferir el uso a su dinero.

- **De hacer y no hacer:** hacer, la obligación consiste en realizar un hecho. No hacer abstenerse de hacer un hecho.

- **Facultativas:** cuando hay 2, obligación y deudor, eligió una como principal y otra como accesoria.

- **Alternativas:** el deudor puede elegir una de las obligaciones prometidas.

- **Divisibles o indivisibles:** indivisible, cuando se trata de cosas y divisibles, cuando se trata de dinero.

- **Con cláusula penal:** cuando el deudor se sujeta a una multa o pena si no cumple la obligación.

EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES.

Extinción de las obligaciones. Diversos medios y la doctrina científica

Desde los ángulos científicos y filosóficos, de acuerdo con el consenso general de los juristas las causas de extinción de las obligaciones son: El cumplimiento efectivo de la prestación. El acuerdo liberatorio entre las partes y La imposibilidad de incumplimiento por un acontecimiento cualquiera que disuelve el vínculo y destruye el derecho del acreedor.

Medios Extintivos Previstos En El Código Civil.

Art. 547. C.C. De la extinción de las obligaciones

La obligación se extingue por el cumplimiento de la prestación.

Pueden hacer el pago:

- El deudor capaz de administrar sus bienes
- Toda persona interesada en el cumplimiento de la obligación
- Y el tercero no interesado, con asentimiento del deudor.

La obligación puede ser cumplida por un tercero, aun contra la voluntad del acreedor, si este no tiene interés en que el deudor ejecute personalmente la prestación. Sin embargo el acreedor puede rechazar el cumplimiento que se le ofrece por el tercero, si el deudor ha manifestado su posición.

El pago debe hacerse:

- Al acreedor que tuviere la libre administración de sus bienes o a su representante facultado al efecto.

- Al que representare el título del crédito, si fuere al portador o tuviere recibo del acreedor, salvo fundada sospecha de no pertenecerle el documento, o de no estar autorizado para el cobro.

- El tercero indicado para recibir el pago, aunque lo resistiere el acreedor y aunque a este se le hubiere satisfecho una parte de la deuda, y

- Al que estuviere en posesión del crédito, el pago será válido aunque después dicho poseedor fuere vencido en juicio sobre el derecho que invoca

Cuando por el pago debe transferirse el dominio de la cosa, es preciso para su validez, que el que lo hace sea propietario de ella y tenga capacidad para enajenarla. Si el pago fuere por una suma de dinero o de cosa que se consume por el uso, no puede ser repetido contra el acreedor.

LECCION XXIX.

DERECHOS INTELECTUALES

LOS DERECHOS INTELECTUALES:

1. Origen y desarrollo histórico:



a) Los juristas romanos no llegaron a concebir la extensión del derecho de propiedad individual, ejercidos sobre las cosas corporales, a las creaciones de la inteligencia y del espíritu. En Roma, se difundían las obras intelectuales, mediante copias hechas a mano, porque no era conocida la estampación mecánica.

b) En el siglo XV de nuestra era, año 1440, don Juan Gutenberg perfeccionó la invención de la imprenta. Dicho progreso técnico, determinó el surgimiento del libro u obra impresa, medio propicio y eficaz para la difusión amplia de la cultura intelectual y el renacimiento de las letras.

c) La protección de las obras impresas en todas las naciones de Europa, fue asumida por el Estado, pero orientada en beneficio de los editores. Para ello, se instituyó el sistema del privilegio y la licencia, que autorizaba la explotación exclusiva de la obra por tiempo determinado.

La licencia llevaba implícita la censura previa, para autorizar la publicación de la obra impresa. Los falsificadores estaban sancionados con penas rigurosas, entre ellas, la confiscación de los libros falsificados

Inglaterra por la ley promulgada el día 2 de enero de 1709, reconoció a favor del editor, el derecho de reproducir la obra del autor o de sus cesionarios con carácter temporal predeterminado. La ley mencionada era incompleta por cuanto no protegía al autor sino a los editores.

d) La revolución francesa de 1789 consecuente con los principios filosóficos y jurídicos preconizados, abolió el sistema de los privilegios. Para la protección de las creaciones de la inteligencia y el espíritu, concibió la doctrina de asimilar el derecho real de dominio, la relación jurídica existe entre el autor y su obra.

La concepción revolucionaria francesa proclamaba que el derecho a las producciones del espíritu, no constituía mera concesión de la ley, sino un derecho natural que podía ser limitado en su ejercicio. Decía Sieyès el la convención parisiense que: "no es en virtud de la ley, sino de un derecho preexistente por los que los ciudadanos piensan, hablan y escriben sus pensamientos".

La constitución o ley fundamental del Estado Paraguayo, promulgada en el año 1870, atribuyó a los derechos intelectuales el carácter de propiedad.

Decía el art. 19 de la misma: "Todo autor o inventor es propietario exclusiva de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerda la ley".

e) En la docta Alemana, el reconocimiento legal de los derechos de autor, se debió a las ideas del filósofo eminente Manuel Kant. Con suma clarividencia afirmó lo que sigue: "En el libro considerado como un escrito, el autor habla a sus lectores, y quien los ha impreso, habla no en nombre propio, sino en el del autor. El editor es así un mero intermediario que transmite los discursos de otro".

Esta concepción doctrinaria, según la cual el libro es el medio de que el autor se vale para hablar con el público, inspiró la ley alemana que reguló el contrato de edición, en garantía de los derechos del autor.

f) La terminología y conceptualización de los derechos intelectuales, como categoría moderna, diferenciada de los derechos subjetivos tradicionales de contenido patrimonial, denominados personales o creditarios y reales, se deben al jurista belga Edmond Picard. En la conferencia que pronunció el año 1873 ante el colegio de abogados de Bruselas, expuso su teoría.

Instituyó la nueva categoría de los derechos subjetivos de carácter privado denominados derechos intelectuales que ocupan la misma zona ontológica. En ellas quedan comprendidos 1º) los derechos sobre las obras literarias y artística; 2º) sobre los inventos; 3º) sobre los dibujos y modelos industriales; 4º) sobre marcas de fábrica y 5º) sobre enseñas comerciales.

La teoría de Picard ha sido parcialmente admitida, por el consenso general de los autores modernos, pero reduciendo los derechos intelectuales a los dos primeros grupos de su clasificación. En afecto, afirman que corresponde al Derecho administrativo y al Derecho Industrial la disciplina de los grupos restantes, ajenos a la creación intelectual propiamente dicha.

g) La evolución histórica, progresiva y convergente, diseñada a grandes rasgos permite distinguir actualmente dos categorías de instituciones jurídicas que protegen la creación intelectual propiamente dicha. Ambas instituciones que ocupan la misma zona ontológica, siguen desenvolvimiento paralelo en su estructura y normación para disciplinar el derecho de autor, inventor e investigador científico, sobre su obra de creación personal.

Concepto:

Derecho intelectual es el poder reconocido a un autor, para beneficiarse exclusivamente con su obra de creación personal e impedir que otro la copie, imite o reproduzca sin su consentimiento.

En dicha relación jurídica, el sujeto activo o titular del derecho es el autor. Este tiene la facultad de usar, gozar y disponer a cualquier título de modo exclusivo su obra de creación intelectual, conforme a las disposiciones normativas de la ley.

El sujeto pasivo está constituido por todas las demás personas, sobre quienes pesa una obligación electiva de respeto. Por consiguiente, los derechos intelectuales no existen contra un sujeto pasivo particular y directo.

ELEMENTOS DE LA CREACIÓN INTELECTUAL

Los elementos substanciales de la creación intelectual, son el autor y la obra. La creación intelectual conlleva la originalidad por mínima que sea. El régimen jurídico de las obras literarias y artísticas, protege la forma representativa de una creación original del genio o ingenio del autor.

En materia de inversiones lo que se protege jurídicamente, es la idea novedosa y objetivada de la cual resulta un progreso técnico o bien una utilidad industrial.

NATURALEZA ESPECÍFICA; aspecto moral y patrimonial

El derecho de autor pone de manifiesto dos aspectos: uno moral, y el otro económico. Las facultades pertenecientes al titular son de dos categorías distintas, no solo por su naturaleza sino también en razón de su origen.

FACULTADES EXCLUSIVAS Y CONCURRENTES DERIVADAS DEL DERECHO DE AUTOR EN SU ASPECTO MORAL

Las facultades derivadas del derecho del autor en el aspecto indicado, se clasifica en exclusiva y concurrente.

Exclusivas; solo pueden ser ejercidas por el creador y comprenden: la de iniciar, continuar, y terminar la obra y publicarla bajo su nombre propio, o seudónimo o en forma anónima, retirarla del comercio, modificar o destruir su obra inédita.

Concurrentes; son las ejercidas por el autor y en defecto de este por sus herederos universales, derecho- habientes, albaceas o ejecutores testamentarios. En virtud de ella se puede exigir el mantenimiento de la creación intelectual en su integridad e impida la reproducción imperfecta de la obra.

ASPECTO PATRIMONIAL DEL DERECHO DEL AUTOR

Consiste en la posibilidad de disfrute que tienen los autores sobre sus obras científicas, literarias y artísticas; los inventores e investigadores sobre el producto material de su ingenio, cuando dichas producciones del espíritu han sido publicadas por el autor.

DERECHO DEL AUTOR: FUNDAMENTOS. TEORÍAS DIVERSAS

Entre los juristas modernos existen discrepancias respecto de la verdadera naturaleza de los derechos intelectuales, es decir, sobre su fundamento.

El estudio del tema ha originado diversas teorías, que las examinaremos a continuación.

- En el siglo XVIII varios filósofos idearon la teoría de la propiedad literaria, que extendió la concepción romanista al dominio sobre cosas materiales, a las cosas incorporales. Dicha teoría fue vivamente criticada, para desvirtuarla, Kant sostuvo que el derecho del autor es un derecho de la personalidad, por que el libro es un discurso del autor con su público. Solo al autor le corresponde decir de que modo y mediante quien debe ser representado su discurso al público. El jurista alemán Pierke objeto la teoría de la propiedad literaria. No considera las facultades reservadas del autor para el respeto de su personalidad, como son la de reproducir y de vender su obra, publicarla como y cuando quiera, impedir



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

que se publique un resumen o pasaje de la obra sin indicar su fuente, de no publicarla o sacarla del comercio, cuando no ha cedido sus derechos.

Para el jurista suizo Roguin el contenido de los monopolios de los derechos privados, es la obligación de no hacer como otros; el de los derechos reales es el no atentar contra la cosa del otro. El monopolio no es un derecho de usos, goce y libre disposición de un bien determinado sino que importa la facultad de producir de una forma exclusiva e impedir que los demás reproduzcan.

- Se han elaborado numerosas teorías, con el intento de modificar o sustituir el de la propiedad que ha sido impugnada desde los ángulos jurídicos y filosóficos.

Las mismas han recibido denominaciones muy variadas tales como; teoría de los bienes jurídicos inmateriales, teoría de la cuasipropiedad, teoría de la propiedad sui generis, teoría de usufructo del autor, teoría del derecho patrimonial, teoría de la personalidad pensante.

Las nuevas posiciones doctrinarias afirman que para determinar la esencia de los derechos intelectuales no debe prescindirse de su contenido moral, poniendo énfasis al aspecto económico del mismo.

LA DOCTRINA DEL DERECHO PARAGUAYO. BASE CONSTITUCIONAL

La constitución nacional vigente promulgada el año 1967 atribuye a los derechos intelectuales el carácter de propiedad. Todo autor, investigador o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento científico por el plazo que le acuerda la ley. Nuestra ley fundamental acepta la teoría ya expuesta y que ha sido vivamente criticada, según la cual el derecho intelectual queda asimilado a la concepción romanista del dominio extendido a las cosas inmateriales.

LEGISLACION PARAGUAYA VIGENTE SOBRE EL DERECHO DEL AUTOR (código civil Pyo- ley 1582/00)

El Tratado De La Organización Mundial De La Propiedad Intelectual (OMPI) Sobre El Derecho Del Autor.

EL CONGRESO DE LA NACION PARAGUAYA SANCIONA CON FUERZA DE LEY:

ART: apruébese el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho del autor, adoptado en la conferencia diplomática realizado en Ginebra, Suiza, el 20 de diciembre de 1996.

Han convenido lo siguiente:

Art. 1. Relación con el convenio de Berna; el presente tratado es un arreglo particular el senado del art. 20 del convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, en lo que respecta a las partes contratantes que son países de la unión establecida por dicho convenio. El presente tratado no tendrá conexión con tratados distintos del convenio de Berna ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de ningún otro tratado

Ningún contenido del presente tratado derogará las obligaciones existentes entre las partes contratantes en virtud del convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.

En adelante se entenderá por convenio de Berna "El Actas de Paris, de 24 de julio de 1971, del convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.

Art.2. ámbito de la protección del derecho del autor; la protección del derecho del autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en si.

Art.3. aplicación de los art. 2 a 6 del convenio de Berna: las partes contratantes aplicarán mutatis mutandi, las disposiciones del art. 2 a 6 del convenio de Berna, respecto de la protección contemplada en el presente tratado.

Art.4. programas de ordenador; los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el art. 2 del convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su forma o modo de expresión.

Art. 5. Compilaciones de datos (base de datos); las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en si mismos y se entiende sin prejuicios de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación.

Art. 6. Derecho de distribución: los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de la obra mediante venta o transferencia de propiedad. Nada del presente tratado afectará la facultad de las partes contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho de párrafo. Después de la primera venta o transferencia de la propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor.

Art. 7. Derecho de alquiler; 1-) autores de programas de ordenador; obras cinematográficas y obras incorporadas en fonogramas, tal como establezca la legislación nacional de las partes contratantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público, del original o de los ejemplares de su obra.

2-) el párrafo: 1-) no será aplicable en el caso de un programa de ordenador, cuando el programa propiamente dicho no sea objetivo esencial del alquiler. Y en el caso de una cinematográfica, a menos que ese alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de dicha obra que menoscabe considerablemente el derecho exclusivo de reproducción.

Art.8: derecho de comunicación al publico: los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al publico de sus obras por medios alambritos e inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del publico de sus obras, de tal forma que los miembros del publico puedan acceder a estas obras desde el lugar y el momento que cada uno de ellos elijan.

LEY 1583/ 00

DERECHO DE LOS ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES.

Art. 5. derechos morales de los artistas, interpretes o ejecutantes: con independencia de los derechos patrimoniales del artista, interprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista, interprete o ejecutante conservará en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, el derecho a reivindicar ser identificado como el artista, interprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación.

Los derechos reconocidos al artista, interprete o ejecutante de conformidad con el párrafo precedente serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales y ejercidos por las personas e instituciones autorizadas por la legislación y la parte contratante en que se reivindique la protección. Sin embargo las partes contratantes cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación del presente tratado o la adhesión al mismo, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del artistas, interprete o ejecutante de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo precedente, podrán prever que algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del artista, interprete o ejecutante.

Los medios procesales para la salvaguardia de esos derechos concedidos en virtud del presente artículo estarán regidos por la legislación de las partes contratantes en la que se reivindique la protección.

Art. 6: derechos patrimoniales de los artistas, intérpretes o ejecutores por sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas. Los artistas, intérpretes, o ejecutantes gozarán del derecho de autorizar en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones:

La radiodifusión y comunicación al publico de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la ejecución o interpretación constituya por si misma una ejecución o interpretación radiodifundida, y; la fijación de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas.

Art. 7; derecho de reproducción: gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma.

Art. 17. De la duración de la protección; la duración de la protección concedida a los intérpretes, ejecutores y artistas en virtud del presente tratado no podrá ser inferior a 50 años contado a partir del final de año en el que la interpretación o ejecución fue fijada en un fonograma.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

La duración de la protección que concederá a los productores del fonograma en virtud del presente tratado, no podrá ser inferior a 50 años, contados a partir del final del año en el que se haya publicado el fonograma, o cuando tal publicación no haya tenido lugar dentro de los cincuenta años desde la fijación de fonogramas, 50 años desde el final del año en el que se haya realizado la fijación.

LOS DERECHOS INTELECTUALES SOBRE INVENCIONES Y DESCUBRIMIENTOS CIENTIFICOS

En materia de invenciones lo que se tutela es toda idea novedosa susceptible de alcanzar un progreso técnico o resultado industrial

El trabajo intelectual da origen al derecho de inventor o descubridor sobre su invento o descubrimiento científico. Derecho que no es conferido por ningún poder público que nace del invento mismo

Su fundamento: el estado solo confiere al titular del invento o descubrimiento científico la acción protectora que le permitirá durante un tiempo limitado el goce exclusivo del mismo. Los autores señalan que el producto del ingenio es la aplicación perfeccionada del conocimiento que el inventor ha recibido de la colectividad. De la consideración del origen y la base mediata del invento, surge un conflicto entre los derechos del inventor y los intereses generales de la nación. La solución justa del mismo estriba en la conciliación de los términos contrapuestos. De este modo la generalidad de las legislaciones sobre la materia reconocen con carácter temporario los derechos del inventor. Lo cual permite que transcurrido el plazo legal en que el inventor ha podido disfrutar del beneficio económico derivado de su invento, este queda traspasado al dominio común de la colectividad.

Reconocimiento o tutela constitucional;

Legislación paraguaya vigente sobre inventos y descubrimientos (Art. 110 de la constitución nacional)

El art. 110 de CN estatuye lo siguiente: todo inventor o investigador, es propietario exclusivo de su descubrimiento o invento científico dentro de los límites que establece ley.

La declaración predicha no es nueva, pues estaba inmersa en constituciones o leyes fundamentales que han regido la vida nacional.

Ella reconoce a los fines de su garantía los derechos intelectuales sobre inventos y descubrimientos científicos asignándoles el carácter de propiedad. Posee las siguientes notas características.

Es un derecho común del que pueden gozar todos los habitantes de la república que hayan cumplido los requisitos legales.

Es derecho exclusivo por constituir una propiedad sobre los bienes inmateriales. Y

Es un derecho limitado en el tiempo, para que el invento pueda pasar al dominio de la colectividad nacional y enriquecer su cultura.

UNIDAD XXX

DERECHOS MARCARIOS

DERECHOS SOBRE LAS MARCAS COMERCIALES. NOCIÓN

El derecho sobre las marcas comerciales como aspecto de la propiedad intelectual, esta relacionado con la individualización de los productos destinados al consumo o a nuevas transformaciones.

Los productos son cosas muebles, transferidas directamente del industrial al consumidor o por la intromisión del comerciante, cuya misión económica es hacer coincidir la oferta y la demanda. El interés de todo industrial es conservar la reputación adquirida por la buena elaboración de sus productos que determina la mayor venta en volumen y valor.

El modo de hacer efectiva la distinción origina el instituto jurídico de las marcas de fábrica o de comercio denominadas marcas comerciales. De ahí las facultades de o poder jurídico reconocidos a determinadas personas o entidades para el uso y goce exclusivo de las marcas comerciales en la forma que la ley autoriza.

DIFERENCIA ENTRE DERECHO MARCARIO Y DERECHO INTELECTUAL

No debe confundirse derecho marcario con derecho intelectual. Este protege las creaciones intelectuales, espirituales y obras de ingenios. El derecho marcario se refiere a la individualización de los productos y su fin es evitar la confusión entre los que sean similares pero de procedencia u origen distintos. Aunque la protección del derecho marcario recae sobre un bien inmaterial, el valor económico de la marca, difiere por naturaleza de una creación intelectual.

LEGISLACION PARAGUAYA SOBRE MARCAS DE PRODUCTOS Y SERVICIOS

La ley promulgada con fecha 6 de julio de 1889 establece las garantías, limitaciones y todo lo relacionado con el derecho de propiedad de las marcas de fábrica o de comercio. Distribuye su normativa del modo siguiente: el título I comprende dos capítulos; el primero de estos legisla sobre el derecho de propiedad de las marcas y el segundo establece las formalidades para adquirir la propiedad de las marcas. El título II concierne a los nombres de fábricas y de comercio. El título III a las disposiciones penales y el título IV a las disposiciones transitorias.

Dicha ley ha sido reglamentada por sucesivos decretos del poder ejecutivo. Por resolución de fecha 16 de febrero de 1962 el director de departamentos de marcas y patentes que integra el ministerio de industria y comercios dispuso la registrabilidad de los lemas comerciales, consistentes en frases u oraciones gramaticales que acompañan una marca ya registrada.

LEY 1294/98 Y SUS MODIFICACIONES- de las marcas

De las marcas de productos y servicios

Art.1 son marcas todos los signos que sirvan para distinguir productos o servicios. Las marcas podrán consistir en una o mas palabras, lemas emblemas, monogramas, sellos, viñetas, relieves, los nombres, vocablos de fantasía, las letras y números con combinaciones distintas; las combinaciones y disposiciones de colores, etiquetas, envases y envoltorios. Podrán consistir también en la forma, presentación o acondicionamiento de los productos o de sus envases o envolturas, o de los medios o lugar de expendio de los productos o servicios correspondientes.

Art. 2 no podrán registrarse como marcas;

Los signos o medios distintivos contrarios a la ley, al orden público a la moral y las buenas costumbres y aquellos que puedan inducir a engaños o confusiones respecto a la procedencia, el modo de fabricación, las características o las aptitudes o finalidades, del empleo de los productos o servicios de que se trate.

Los escudos distintivos, emblemas, nombres cuyo uso corresponde al estado, las demás personas jurídicas del derecho público o las organizaciones internacionales, salvo que sean solicitados por ellas mismas.

Las formas usuales de un producto o de su envase, las formas necesarias del producto o del servicio de que se trate, o que den una ventaja funcional o técnica del producto o al servicio al cual se apliquen. Un color aislado.

Los que consistan enteramente en un signo que sea el nombre genérico o designación del producto o servicio de que se trate o que pueda servir en el comercio para calificar o describir algunas características del producto o servicio.

Los signos idénticos o similares a una marca registrada o solicitada con anterioridad por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios diferentes cuando pudieran causar riesgo de confusión o de asociación con esa marca

Los signos que constituyan una reproducción, limitación, traducción, transliteración, o transcripción total o parcial de un signo distintivo idéntico o similar, notoriamente conocido en el sector pertinente del público, que pertenece a un tercero, cualesquiera que sean los productos o servicios a los que se apliquen los signos, cuando su uso y registro causen confusión o un riesgo de asociación con un tercero, o signifiquen un aprovechamiento de la notoriedad del signo o la dilución de la fuerza distintiva cualquiera sea la manera o medio por el cual se hubiese hecho conocido el signo.

Los signos que infrinjan un derecho de autor un derecho de propiedad intelectual de un tercero.

Los nombres, sobrenombres, seudónimos o fotografías que puedan relacionarse con personas vivas, sin su consentimiento o muertas sin el de sus herederos, hasta el cuarto grado de consanguinidad o cualquier signo que afectara el derecho de la personalidad de un tercero, salvo con su consentimiento y,

O los que consistan o contengan una indicación geográfica, conforme se define en la presente ley.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Art., 3. La naturaleza del producto o servicio al que ha de aplicarse una marca en ningún caso será obstáculo de su registro.

DEL REGISTRO DE SUS FORMALIDADES Y DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE LAS MARCAS

Art. 4. La solicitud para el registro de una marca deberá ser presentada ante la dirección de la propiedad industrial, la que expedirá el correspondiente recibo.

Art.5 la solicitud a los efectos del registro se formulara por escrito e incluirá lo siguiente:

Nombre, domicilio, y firma del solicitante y de su patrocinante o de su apoderado, según corresponda.

Denominación de la marca o su reproducción cuando se trate de marcas figurativas, mixtas o tridimensionales, tratándose de cualquier otro signo, la representación grafica del mismo.

Especificación de los productos o servicios que distinguirá la marca con indicación de la clase, y

Carta poder o poder especial o general cuando el interesado no concurriese personalmente. El solicitante o apoderado deberá constituir domicilio en la capital de la republica. Las personas jurídicas solo podrán concurrir mediante un apoderado que debe ser un agente de la propiedad industrial matriculado.

Art. 6 la dirección de la propiedad industrial en interés del publico, podrá denegar el registro de una marca idéntica o muy semejante a otra registrada para el mismo producto o servicio, con notificación al solicitante, aun mediando consentimiento del titular de la marca registrada. El registro solicitado podrá concederse solo para algunos de los productos o servicios indicados en la solicitud, o concederse con una limitación para determinados productos o servicios, cuando no se justifica una denegación total.

Art. 7. El registro de una marca se concederá para una sola clase de la nomenclatura oficial. Para registrar una marca en varias clases se requiere una solicitud independiente para cada una de ellas.

Art. 8. la especificación de los productos no será necesaria cuando se solicite el registro de la marca para todo lo comprendido en una de las clases de la nomenclatura oficial. Cuando se solicite una marca de servicio, tal especificación será obligatoria.

Art. 9. el titular de un registro podrá pedir en cualquier momento que se reduzca o se limite la lista de productos o servicios amparados por el registro de la marca, o que se corrija un error materiales el registro otorgado.

Art.10. cuando en la denominación una etiqueta o dibujo cuyo registro se solicita, se expresa el nombre de un producto o servicio, la marca será valida solo para el producto o servicio que en ella se indica.

Art.11. la dirección de la propiedad industrial asignara fecha de presentación a la solicitud, que contenga al menos la identificación y al dirección del solicitante y los requisitos previstos en los incisos b) y c) del art.5, que distinguirá la marca.

Art. 12. La prelación en el derecho a obtener el registro de una marca se determinara por la fecha y hora presentada ante la dirección de la propiedad industrial. En la solicitud de registros se podrá invocar la prioridad basada en una solicitud de registro anterior, para la misma marca y los mismos productos o servicios que resulte de algún deposito realizado en algún estado obligado con un tratado o convenio al cual `paraguay estuviese vinculado

Art. 13. Cumplidos los requisitos legales y vencidos los plazos establecidos, si la marca no estuviera comprendida en ninguno de los impedimentos previstos en esta ley, la dirección de la propiedad industrial dispondrá la inscripción de la marca previo pago de los impuestos y tasas correspondientes. En caso de denegación la resolución será fundada

Art.14. la dirección de la propiedad industrial expedirá un certificado de registros de la marca que producirá los datos correspondientes y los establecidos por las disposiciones reglamentarias.

Art. 15. El registro de una marca hecho de acuerdo con esta ley, concede a su titular el derecho al uso exclusivo de la misma y a ejercer ante los órganos jurisdiccionales las acciones y medidas que correspondan contra quien lesione sus derechos. Asimismo concede el derecho a oponerse al registro y al uso de cualquier otro signo que pueda inducir directa o indirectamente a confusiones o a asociación de productos o servicios cualquiera sea la clase en al que figuren, siempre que tenga relación entre ellos.

Art.16. cuando la marca consista en una etiqueta u otro signo compuesto por un conjunto de elementos, la protección de exclusividad no se extenderá a los elementos contenidos en ella que fuesen de uso común o necesario en el comercio.

Art. 17. no podrá impedirse la libre circulación de los productos marcados, introducidos legítimamente en el comercio de cualquier país por el titular o con la autorización del mismo, fundándose en el registro de la marca, siempre que dichos productos, así como sus envases o embalajes no hayan sufrido alteraciones, modificaciones o deterioros.

Art.18. el propietario de una marca de productos o servicios inscripta en el extranjero, gozara de las garantías que esta ley le otorga, una vez registrada en el país. El propietario o sus agentes debidamente autorizados son los únicos que pueden solicitar el registro.

Art.19. el registro de una marca tiene validez por diez años y podrá ser prorrogado indefinidamente por periodos de igual duración, siempre que su renovación se solicite dentro del último año antes de su expiración y que se observen las mismas formalidades que para su registro. El nuevo plazo se computara desde la fecha de vencimiento del registro anterior. Podrá solicitarse la renovación dentro de un plazo de gracia de seis meses posteriores a la fecha de vencimiento, debiendo en tal caso pagarse el recargo establecido además de la tasa de renovación correspondiente.

DE LA PUBLICIDAD DE LAS SOLICITUDES DE REGISTROS Y RENOVACION DE LAS MARCAS

Art. 20. Efectuada la presentación de la solicitud y con posterioridad al examen de formas, se dispondrá inmediatamente la publicación de la misma. El examen de fondo será efectuado una vez vencido el plazo para la presentación de las oposiciones. Las solicitudes de renovación asimismo se renovaran.

Art. 21. Los plazos previstos en esta ley que se refieran a la publicación se computaran desde el día hábil siguiente al de la última publicación. El reglamento determinara la forma en que se efectuaran la publicación y el contenido del aviso correspondiente.

DEL ABANDONO DE LAS SOLICITUDES DE REGISTRO Y LA PERDIDA DEL DERECHO DE PRELACION

Art.22. el abandono por 90 días de toda solicitud de registro de marcas causara la perdida de la prelación en el derecho, el que pasara por orden sucesivo a los posteriores solicitantes.

Art.23 el plazo de 90 días se computara desde la fecha de la última actuación. Si se hubiere promovido oposición contra la solicitud de registro y hubiere recaído resolución definitiva, este plazo correrá desde la fecha que quede ejecutoriada la misma.

Art.24. el abandono se determinara a los efectos de su declaración, por el solo transcurso del tiempo establecido, si el interesado no hubiese impulsado el procedimiento de la inscripción de la marca.

Art. 25. El desistimiento expreso de la solicitud del registro importara la perdida de la prelación en el derecho.

Art. 26. Tratándose de una solicitud de renovación de marca, el plazo del abandono será de 180 días computados desde la fecha de vencimientos del registro o de la ultima actuación posterior a esta, y se procederá conforme a lo que dispone en este capitulo en lo que fuere aplicable.

DEL USO DE LA MARCA REGISTRADA

Art. 27. El uso de la marca es obligatorio. En caso contrario, a pedido de parte, s cancelara el registro de una marca:

Cuando no se haya iniciado su uso dentro de los 5 años inmediatamente posteriores a la concesión de su registro. Cuando su uso haya sido interrumpido por mas de 5 años consecutivos. Cuando su uso dentro del plazo estipulado en los dos ítems precedentes, haya tenido lugar con alteraciones sustanciales de carácter distintivo, tal como constaba en el certificado de registro pertinente. La cancelación no será procedente si el uso de la marca o en su caso su no uso, hubiera sido ya justificado por sentencia judicial firme y ejecutoriada en un proceso anterior dentro del mismo plazo de 5 años estipulados en los ítems a) y b). No procederá la cancelación cuando la falta de uso pudiese justificarse por razones de fuerza mayor.

No se cancelara la marca registrada y no utilizada en una clase si la misma marca fue utilizada en la comercialización de un producto o en la prestación de un servicio incluido en otras clases.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

La acción de cancelación por falta de uso se debe promover ante la jurisdicción judicial, civil y comercial. La persona que obtenga una resolución de cancelación favorable, tendrá derecho preferente al registro, si lo solicita dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que quede firme la resolución en cuestión.

Art.28. la prueba del uso de la marca corresponde al titular del registro. El uso de la marca se acreditará por cualquier método de prueba admitido por la ley que demuestre que la marca se ha usado pública y efectivamente.

Art. 29. La marca registrada se encuentra en uso cuando los productos o servicios que con ella se distinguen han sido puestos en el comercio o se encuentran disponibles en el mercado con dicha denominación, en la cantidad en el modo que corresponde por la naturaleza de los productos o servicios, las modalidades de su comercialización y teniendo en cuenta la dimensión del mercado. La publicidad para la introducción de los productos o servicios en el comercio para el mercado se considerará también como uso de la marca, siempre que tal uso se realice efectivamente dentro de los cuatro meses siguientes al inicio de la campaña publicitaria.

Art.30. El uso de la marca registrada debe realizarse tal como aparece en el registro, pero si este uso difiere en detalles o elementos secundarios no será motivo para la cancelación de registros. El uso realizado en la relación a uno o alguno de los productos o servicios incluidos en una clase implicará la justificación del uso para todos los productos o servicios de la clase.

DE LA LICENCIA DE USO DE MARCAS

Art.31. el propietario de una marca registrada podrá otorgar por contrato escrito licencia del uso de ella, por la totalidad o parte de los productos o servicios que comprenden.

Art. 32. la licencia de uso de marcas deberá inscribirse en la dirección de la propiedad industrial para que tenga efectos legales frente a terceros desde su inscripción. A la solicitud de inscripción acompañará copia del contrato de licencia de uso o un extracto del mismo, que deberá estar redactado en castellano o traducido en este idioma. Se publicará un resumen de las partes substanciales conforme lo disponga el reglamento. Al efecto de validez de la prueba del uso, el registro de la licencia de uso no es relevante.

Art. 33. La inscripción de la licencia de usos podrá ser solicitada por el licenciataria, sin perjuicio de lo previsto en el contrato.

Art. 34. Para efectos de su inscripción, el contrato de licencia de usos deberá contener necesariamente disposiciones que aseguren el control por parte del propietario sobre la calidad de los productos o servicios objetos de la licencia, sin perjuicio del que podrá ejercer la autoridad competente en defensa del consumidor.

Art. 35. Serán nulas las cláusulas del contrato de licencia del uso que importen para el licenciataria restricciones que no sean las propias de los derechos emergentes del registro de las marcas.

Art. 36. En caso de incumplimiento de las disposiciones de esta ley, la dirección de la propiedad industrial denegará la inscripción de la licencia de uso por resolución fundada.

Art. 37. El licenciataria tendrá derecho de usar la marca durante la vigencia del contrato de licencia y sus renovaciones, en todo el territorio nacional, salvo disposición en contrario del contrato y deberá indicar sobre los mismos productos o servicios que la marca es licenciada.

Art. 38. en defecto de estipulación en contrario en el contrato de licencia, cuando la misma se hubiese concedido como exclusiva, el licencianta no podrá conceder otras licencias respecto del mismo territorio, la misma marca y los mismos productos, ni podrá usar por sí mismo las marcas en ese territorio respecto a esos productos o servicios. Los contratos de franquicias, en lo que a licencias de marcas se refiere, se regirán por las disposiciones de este capítulo.

DE LAS CESION Y TRANSMISION DE LOS DERECHOS SOBRE LAS MARCAS.

Art. 39. Los derechos sobre una marca registrada, o cuya inscripción se haya solicitado se podrán ceder o transmitir sobre la totalidad o una parte de los productos o servicios para los que se haya depositado la solicitud o se haya registrado la marca.

Art. 40. La transferencia de una marca registrada podrá hacerse independientemente de la empresa titular del derecho. La transferencia de la empresa comprende la transferencia de sus marcas, salvo reserva expresa.

Art. 41. Una marca constituida por el nombre comercial de su titular o por una parte esencial de dicho nombre, solo podrá transferirse con la empresa o establecimiento identificado por el nombre comercial.

Art. 42. La cesión o transmisión será nula si tiene por objeto y consecuencia inducir al público a error, particularmente en cuanto a la naturaleza, procedencia del modo de fabricación, las características o la aptitud para el empleo de los productos o servicios a los que se aplica la marca.

Art. 43. La cesión o transmisión de toda marca registrada, cuando se realice dentro del territorio nacional, deberá efectuarse por escritura pública. La cesión o transmisión de una marca realizada fuera del territorio nacional se realizará mediante documentos válidos en el país de la celebración del acto.

Art. 44. La cesión o transmisión de una marca tendrá efectos legales frente a terceros desde su inscripción en la dirección de la propiedad industrial. La solicitud se publicará conforme sea establecido en el reglamento, cumplido lo cual y abandonado las tasas e impuestos correspondientes se ordenará su inscripción. A pedido del interesado se expedirá un certificado.

Art. 45. Para que surja efectos contra terceros deberá inscribirse en la dirección de la propiedad industrial todo cambio de nombre, domicilio, modificación de forma jurídica, fusión u otra alteración sobre el titular de la marca.

DE LA OPOSICION AL REGISTRO

Art. 46. La oposición al registro de una marca deberá deducirse por escrito, fundado ante la dirección de la propiedad industrial hasta el vencimiento del plazo de 60 días hábiles, computado a partir del primer día hábil siguiente al de la última publicación.

Art. 47.- de la oposición deducida se correrá traslado, notificando por cedula al solicitante o a su apoderado por un plazo de 18 días hábiles para contestarla. Si hubiera hechos que probar se abrirá la causa a prueba por 40 días hábiles, plazo que empezará a correr a partir de la notificación por cedula a las partes. Las pruebas instrumentales podrán ser ofrecidas y agregadas en cualquier momento del periodo probatorio. Una vez cumplida la contestación o en su caso cerrado el periodo de pruebas, sin otros tramites el expediente quedará en estado de autos para resolver, aun cuando no se hubiese contestado la oposición. Si se hubiesen presentado una o más oposiciones, ellas se resolverán en un solo acto, mediante resolución fundada.

Art. 48. Cuando a quien no tiene registrada una marca se le reconozca en una oposición o anulación al mejor derecho para su registro, esta obligado a solicitarla dentro de los 90 días de ejecutoriada la resolución definitiva, en caso de no ser así perderá el derecho de prelación,

Art. 49. Los jefes de las secciones respectivas resolverán en primera instancia todos los asuntos no litigiosos de su competencia. El jefe de la sección de asuntos no litigiosos resolverá en primera instancia las controversias que sean de la competencia de la dirección de la propiedad industrial. En todos los casos las resoluciones deben ser fundadas.

Art. 50. Transcurrido 40 días hábiles sin que el jefe de la sección respectiva, dicte resolución, cualquiera de los interesados podrá interponer directamente recursos de apelación y elevar los autos al superior jerárquico.

Art. 51. Contra toda resolución de los jefes de sección podrá interponerse recurso de apelación dentro de los cinco días hábiles. Una vez concedido el recurso el recurrente expresará agravios ante el director de la dirección de la propiedad industrial quien previo traslado a la otra parte dictará resolución fundada, con la cual se agotará la instancia administrativa.

Art. 52. Cuando en un procedimiento de oposición, por la vía reconvencional se alegare la cancelación por el no uso de una marca, el expediente se deberá remitir inmediatamente a la jurisdicción judicial civil y comercial del turno de modo a posibilitar la ulterior tramitación de tal expediente ante tal jurisdicción, ya conforme a las reglas del juicio ordinario.

EXTINCION DEL DERECHO

Art. 53. El derecho de propiedad de una marca se extingue:



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Por renuncia del titular- por vencimiento del termino de vigencia sin que se renueve el registro y por la declaración judicial de nulidad, o de caducidad por el no uso del registro.

Art. 54. La autoridad judicial será competente para atender en una acción de nulidad de un registro obtenido:

En contravención a lo dispuesto en esta ley y por medios fraudulentos o por quien no tenía derecho a obtenerlo, o en perjuicio de quien tuviera mejor derecho.

Art. 55. La acción de nulidad procederá aunque no se haya deducido oposición y prescribirá a los cinco años contados a partir de la fecha de concesión del registro pertinente. La acción de nulidad no prescribirá cuando se haya actuado de mala fe o el registro obtenido constituya un acto nulo.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA

Art. 56. En todos los asuntos litigiosos se producirá de pleno derecho la caducidad de la instancia administrativa, si no se hubiese efectuado ningún acto de procedimiento a partir de los seis meses de la última actuación.

DE LA INDICACION GEOGRAFICA

Art. 57. Se entiende por indicación geográfica el signo que identifique un producto como originario de un país, región, localidad, u otro lugar, cuando determinada característica del producto o su reputación fuese atribuible fundamentalmente a esa región geográfica.

Art. 58. Solo los productores, fabricantes o artesanos que desempeñan su actividad en el lugar designado por la indicación geográfica podrán usar en el comercio esa indicación respecto al producto que ella identifica. Ellos tendrán acción para impedir que la indicación geográfica se utilice para identificar productos del mismo género que no sean originarios del lugar designado por la indicación.

Art. 59. Constituye uso de una indicación geográfica en el comercio el que se hiciera en la publicidad y en cualquier documentación comercial relativa a la venta, exposición u oferta de productos o servicios.

Art. 60. cualquier persona interesada tendrá acción judicial para impedir la utilización de cualquier medio que, en la designación o presentación de algún producto, indique o sugiera que este proviene de una región geográfica distinta del verdadero lugar de origen, o cualquier otra utilización que constituya un acto de competencia desleal.

DE LA MARCA COLECTIVA

Art. 61. Constituye marca colectiva todo signo que sirva para distinguir el origen o cualquier otra característica común de productos o servicios de empresas diferentes que utilizan la marca bajo control del titular.

Art. 62. Las sociedades legalmente autorizadas podrán registrar marcas colectivas para el uso de sus miembros.

Art. 63. El registro de una marca colectiva deberá ser solicitado por el titular con expresa indicación del carácter de la marca y acompañando el reglamento de uso de la misma.

Art. 64. La publicación de la solicitud de registros de las marcas colectivas contendrá, además, un extracto del reglamento del uso, incluyendo las condiciones esenciales del uso.

Art. 65. El titular de la marca colectiva comunicara a la dirección de la propiedad industrial toda modificación introducida en el reglamento de uso de la marca. Estas modificaciones surtirán efectos contra terceros luego de su inscripción y publicación.

Art. 66. Las marcas colectivas están sometidas a las demás disposiciones de esta ley relativas a las marcas.

DE LA MARCA DE CERTIFICACION

Art. 67 constituye marcas de certificación un signo aplicado a productos o servicios cuyas características o calidad han sido certificadas por el titular de la marca.

Art. 68. Podrá ser titular de una marca de certificación una empresa o institución nacional o extranjera de derecho privado o público, o un organismo estatal, nacional e internacional.

Art.69. cuando el titular del registro de las marcas de certificación fuese un organismo estatal, el registro tendrá duración indefinida, extinguiéndose con la disolución o desaparición del titular.

Art. 70. una marca de certificación solo podrá ser transferida con la entidad titular del registro.

Art. 71. las marcas de certificación están sometidas a las demás disposiciones de esta ley relativa a las marcas.

DEL NOMBRE COMERCIAL

Art.72. el nombre comercial podrá estar constituido por la designación, el nombre del comerciante, la razón social o denominación social adoptada, la enseña o la sigla utilizada legalmente en relación a una determinada actividad comercial y constituye una propiedad a los efectos de esta ley.

Art. 73. El nombre comercial deberá diferenciarse suficientemente de cualquier otro nombre adoptado o usado precedentemente por otra persona que desarrolle la misma o similar actividad económica.

Art. 74. No podrá constituir nombre comercial un signo que por su índole o por el uso que pudiera hacerse de el sea contrario a la moral o al orden publico, o que pueda conducir a engaños o confusión a los medios comerciales y a los consumidores, sobre la identidad o la naturaleza de la empresa designada con ese nombre.

Art. 75. El derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquiere por su primer uso público en el comercio. No es necesario el registro de nombre comercial para ejercer los derechos acordados por esta ley.

Art. 76. El titular de un nombre comercial tendrá el derecho de impedir el uso en el comercio de un signo idéntico al nombre comercial protegido, o un signo semejante cuando ello fuese susceptible de causar confusión o un riesgo de asociación con la empresa del titular o con sus productos o servicios, o pudiera causar al titular un daño económico o comercial injusto por razón de un aprovechamiento indebido del prestigio del nombre o de la empresa del titular.

Art. 77. El derecho sobre el nombre comercial se extingue con la disolución de la sociedad o por el cese de actividad del establecimiento que lo emplee.

Art. 78. La venta de un establecimiento comprende la transferencia comercial salvo estipulación en contrario.

Art. 79. El nombre comercial se podrá ceder o transferir únicamente con la empresa o la parte de ella designada con ese nombre.

DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Art. 80. Constituye competencia desleal todo acto contrario a la buena practica y al uso honrado en materia industrial o comercial.

Art. 81. Constituye entre otros, actos de competencia desleal:

Los actos susceptibles de causar confusión o un riesgo de asociación con respecto a los productos, los servicios, las empresas o los establecimientos ajenos.

Las falsas descripciones de los productos o servicios por el empleo de palabras, símbolos y otros medios que tiendan a inducir a engaños al público con respecto de la naturaleza, calidad o utilidad de los mismos.

Las falsas indicaciones geográficas de los productos o servicios por medio de palabras, símbolos de cualquier otro medio que tienda a inducir a engaños al publico, y

La utilización directa o indirecta o la imitación de una indicación geográfica, aun cuando se indique el verdadero origen del producto, o la indicación este traducida o vaya acompañada de expresiones tales como genero, tipo, manera, imitación o similares.

El uso o propagación de indicaciones o alegaciones falsas, capaces de denigrar o desacreditar a los productos, servicios o a las empresas ajenas.

El uso o propagación de indicaciones o alegaciones susceptible de causar error o confusión con respecto a la procedencia, fabricación, aptitud para su empleo o consumo u otras características de productos o servicios propios o ajenos.

La utilización de un producto comercializado por un tercero para moldear, calcar o reproducir servilmente ese producto con fines comerciales, el esfuerzo o prestigio ajeno y el uso indebido de una marca.



Art. 82. el productor, industrial o comerciante que pueda ser perjudicado por actos de competencia desleal tiene acción judicial ante el fuero civil y comercial para hacerlos cesar o impedir su repetición y para obtener la reparación de los daños y perjuicios.

Art. 83. la acción de competencia desleal prescribirá a los dos años de haberse tenido conocimiento fehaciente de dichos actos o las cuatro años contados desde que se cometió por ultima vez el acto, aplicando el plazo que expire antes.

DE LAS ACCIONES CIVILES Y PENALES POR INFRACCIÓN

Art. 84 el titular de un derecho de uso exclusivo de una marca registrada o de un nombre comercial podrá entablar una acción ante la autoridad judicial contra cualquier persona que cometiera infracción de ese derecho. Constituirá infracción al derecho del titular de una marca registrada cualquiera de los siguientes actos:

- a. Aplicar o colocar la marca o un signo distintivo, semejante sobre un producto para los cuales se ha registrado la marca, o sobre los productos vinculados a los servicios para los cuales se ha registrado la marca, o sobre productos vinculados a los servicios para los cuales se ha registrado la marca, o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos.
- b. Suprimir o modificar la marca con fines comerciales después de que se hubiese aplicado o colocado sobre los productos, y
- c. Fabricar etiquetas, envases, envolturas, embalajes y otros materiales que reproduzcan o contengan las marcas o el nombre comercial, así como comercializar o detener tales materiales.
- d. Rellenar o reutilizar con fines con fines comerciales envases, envolturas o emblemas que llevan la marca o el nombre comercial.
- e. Usar el comercio un signo idéntico o similar a la marca o al nombre comercial para cualesquiera productos o servicios cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro.
- f. Usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca o nombre comercial para cualesquiera productos, servicios o actividades cuando ello pudiese causar al titular un daño económico o comercial injusto por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario del signo, o de un aprovechamiento injusto del prestigio del signo o de su titular.
- g. Usar públicamente un signo idéntico o similar a la marca o nombre comercial, aun para fines no comerciales cuando ello pudiese causar dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario del signo o un aprovechamiento injusto de su prestigio.

Art. 85. En la sentencia definitiva de una acción por infracción podrán ordenarse las siguientes medidas, entre otras:

- a) La cesación de los actos que constituyen la infracción
- b) El pago de las costas y costos del juicio y de la indemnización de los daños y perjuicios
- c) El embargo o el secuestro de los productos e infracción, incluyendo los envases los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad y otros materiales resultantes de la infracción y de los materiales y medios que sirvieran principalmente para cometer la infracción.
- d) La prohibición de la importación o la exportación de los productos, materiales o medios de infracción
- e) Las medidas necesarias para evitar la continuación o la repetición de la infracción, incluyendo la destrucción de los productos, materiales o medios utilizados para ese fin y una multa de 500 a 2000 jornales mínimos a ser pagada a la Dirección de la propiedad industrial.

Art. 86. Tratándose de productos con marcas falsas, no bastara la simple supresión de la marca para permitir que se introduzcan esos productos en el comercio

Art. 87. La autoridad judicial competente podrá, en cualquier momento del proceso, ordenar al demandado que proporcione las informaciones que tuviera sobre las personas que hubiesen participado en la producción o comercialización de los productos o servicios materias de la infracción.

Art. 88. la acción por infracción a los dos años contados desde que el titular tuvo conocimiento fehaciente de la infracción o los cuatro años contados desde que se cometió por ultima vez la infracción

Art. 89 se impondrá la pena de uno a tres años de penitenciaría no eximirles y multas de 1000 a 3000 jornales mínimos:

- 1) A los que falsifiquen o adulteren una marca registrada
- 2) A los que imiten fraudulentamente una marca registrada
- 3) A los que a sabiendas, tengan en depósito, tengan en venta, vendan o se presten a vender o hacer circular productos o servicios con marcas falsificadas, fraudulentamente imitada o ilícitamente aplicada.
- 4) A los que con intención fraudulenta apliquen o hagan aplicar al respecto a un producto o a un servicio una enunciación o cualquier designación falsa con relación a la naturaleza, calidad, cantidad, numero, peso, o medida, el nombre del fabricante o el lugar o el país en el cual haya sido fabricado o expedido
- 5) A los que a sabiendas pongan en venta, vendan o se presten a vender productos o servicios con cualquiera de las enunciaciones falsas mencionadas en el inciso anterior.

Art. 90. La misma pena del artículo anterior se aplicara a los que hicieren uso doloso de un nombre comercial.

Art. 91. Para que se configure el delito no es necesario que la falsificación, imitación o aplicación fraudulenta de la marca comprenda el todo de una mercancía, bastando la aplicación a un solo objeto de la especie

Art. 92. la misma pena del artículo 89 se aplicara a los que por maquinación fraudulenta o malévolas o cualquier otro medio desleal tratasen de desviar en derecho propio o de tercero la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

Art. 93. Los delitos enumerados en los artículos 89 y 90 son de acción penal publica.

Art. 94. La acción penal prescribirá a los dos años. Se aplicaran supletoriamente las disposiciones del código penal en lo que no este expresamente establecido en esta ley.

DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS

Art. 95. En la acción por infracción de un derecho previsto en esta ley el propietario de la marca podrá pedir al juez que ordene medidas precautorias inmediatas con el objeto de impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas, o asegurar la efectividad de la acción o el resarcimiento de los daños y perjuicios. Las medidas precautorias podrán pedirse ante de iniciar la acción, conjuntamente con ella o con posterioridad a su inicio.

Art. 96. Las medidas precautorias consisten en:

- a) La cesación inmediata de los actos que constituyen la infracción
- b) El embargo o el secuestro de los productos, embalajes, etiquetas y otros materiales que ostente el signo objeto de la infracción y de las maquinarias y demás medios que sirvieran para cometer la infracción. En sede penal, estos serán destruidos si en un peritaje dentro de la acción judicial dentro de la cual va relacionada la medida cautelar, confirman que están en infracción, lo cual será posible sin necesidad de aguardarse la sentencia definitiva.
- c) La suspensión de la importación o de la exportación de los productos, materiales o medios referidos en el inciso b), y
- d) La suspensión de los efectos de los registros y de uso de la marca interin se sustancia a la acción judicial.

Art. 97. La medida precautoria se ordenara cuando se acredite la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de la demora. El juez podrá requerir caución o garantía suficiente.

Art. 98. Toda medida precautoria quedara sin efecto de pleno derecho si la acción pertinente no se iniciara dentro de los quince días hábiles contados desde la ejecución de la medida.

Art. 99. Las medidas precautorias u otras que deban aplicarse en la frontera se ejecutaran por las autoridades de aduana al momento de la importación, exportación o transito de los productos en infracción y de los materiales o medios que sirvieran principalmente para cometer la infracción.

DE LAS MEDIDAS EN LAS FRONTERAS



Art. 100. el propietario de una marca registrada que tuviera motivos fundados para suponer que se preparara la importación o la exportación de productos que infringen ese derecho, podrá solicitar a la autoridad de aduanas suspender esa importación o exportación al momento de su despacho. Son aplicables a esa solicitud y a la orden que dicte esa autoridad las condiciones y garantías aplicables a las medidas precautorias.

Art. 101 quien pida que se tomen medidas en las fronteras deberá dar a las autoridades de aduanas las informaciones necesarias y una descripción precisa de las mercancías para que puedan ser reconocidas.

Art. 102. Cumplidas las condiciones y garantías aplicables, la autoridad de aduanas ordenara o denegara la suspensión y lo comunicara al solicitante. La decisión de la autoridad de aduanas no causara ejecutoria.

Art. 103 ejecutada la suspensión las autoridades de aduanas la notificaran inmediatamente al importador o al exportador de las mercancías y al solicitante de la medida.

Art. 104. Si transcurrieran diez días hábiles contados desde que la suspensión se notifico al solicitante de la medida sin que este hubiese comunicado a las autoridades de aduanas que se ha iniciado la acción judicial de infracción, o que el juez ha ordenado medidas precautorias para prolongar la suspensión, esta será levantada y se despacharan las mercancías retenidas.

Art.105. iniciada la acción judicial de infracción la parte afectada podrá recurrir al juez para que reconsidere la suspensión ordenada y se le dará audiencia a esos efectos. El juez podrá modificar, revocar, o confirmar la suspensión.

Art. 106. A efectos de justificar la prolongación de la suspensión de las mercancías retenidas por las autoridades de aduanas o para sustentar una acción de infracción, el juez permitirá al titular del derecho inspeccionar esas mercancías. Igual derecho corresponderá al importador y al exportador de las mercancías. Al permitir la inspección, el juez podrá disponer lo necesario para proteger cualquier información confidencial, cuando fuese pertinente.

Art. 107. Comprobada la existencia de una infracción, se comunicara al demandante el nombre y la dirección del consignador, de importador o exportador o del consignatario de las mercancías y la cantidad de la mercancía, objeto de la suspensión.

Art. 108. Tratándose de productos con marcas falsas, que se hubieran incautado por las autoridades de aduanas, no se permitirá que esos productos sean reexportados en el mismo estado, ni que sean sometidos a un procedimiento aduanero diferente.

Art. 109. El titular de un registro de marcas concedido podrá registrar la marca en la dirección general de aduanas a los efectos de que esta institución compruebe la legitimidad de los productos cuyo despacho se solicite. El registro de la dirección general de aduanas será reglamentado por el poder ejecutivo.

Art. 110. Una vez efectuado el registro en la dirección general de aduanas, el titular podrá solicitar que se le comunique las solicitudes de despacho de los productos que lleven la marca registrada y cuyo fabricante no sea el titular. También podrá el titular exigir que se suspenda el despacho de tales productos hasta que se compruebe su legitimidad.

Art. 111 el registro en la dirección general de aduanas no es obligatorio para ejercer ninguno de los derechos que acuerda esta ley.

DE LOS AGENTES DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Art. 112. Reconocese la profesión de agente de la propiedad industrial para las gestiones relativas a la competencia de la dirección de la propiedad industrial.

Art. 113. Para ejercer la profesión se requerirá el título de abogado y la inscripción en la matrícula de agentes de la dirección de la propiedad industrial.

Art. 114. Las personas que sin tener título de abogado están matriculadas como agente de la propiedad industrial antes de promulgarse esta ley, podrán seguir ejerciendo la profesión. No obstante, en asuntos litigiosos deberán actuar bajo patrocinio de abogados.

Art. 115. El testimonio de poder para actuar en la instancia administrativa en asuntos de competencia de la propiedad industrial, independientemente del lugar de su otorgamiento, deberá inscribirse necesariamente en el registro para el efecto habilitara la Dirección de la propiedad industrial. La legalización consular de los poderes otorgados en el extranjero a los agentes para las actuaciones ante la dirección de la propiedad industrial, no será necesaria, bastando la sola notificación notarial.

Art. 116. El poder otorgado por carta, telegrama, fax, telex o correo electrónico, a un agente de la propiedad industrial, le habilita para actuar de acuerdo con su mandato siempre que el testimonio del poder sea presentado dentro de los sesenta días hábiles.

Art. 117. Para todas las actuaciones ante la dirección de la propiedad industrial se requerirá la intervención de un agente de la propiedad industrial como patrocinante o apoderado, y se observaran las mismas formalidades establecidas para la solicitud de registros para todos los que fueren aplicables.

DE LAS TASAS

Art. 118. El ministerio de industria y comercio por medio de la dirección de la propiedad industrial, percibirá tasas calculadas en base a jornal del salario mínimo para trabajadores no calificados en la capital, en los siguientes conceptos y montos:

- Solicitud de registro o de renovación de marcas: un jornal
- Recargo por renovación en plazo de gracia: medio jornal
- Tasa anual por manutención del registro: cinco jornales
- Cada inscripción del poder en el registro: un jornal
- Cada informe oficial sobre marca: medio jornal
- Cada escrito de oposición: medio jornal
- Inscripción de cambio de domicilio del titular por cada marca: medio jornal
- Inscripción de cambio del nombre del titular por cada marca: medio jornal
- Inscripción de licencia de uso de cada marca: un jornal
- Inscripción de transferencia de cada marca: medio jornal
- Expedición de un duplicado de un certificado de registro: medio jornal
- Inscripción o renovación de la matrícula de agentes: medio jornal

Art. 119 los ingresos provenientes de la percepción de las tasas establecidas en el artículo anterior y de las multas estipuladas en esta ley serán depositadas en una cuenta especial abierta en el banco central del Paraguay, y a la orden del ministerio de industria y comercio, fiscalizada por el ministerio de hacienda. Estos ingresos se incluirán en el presupuesto general de la nación desde el año siguiente al de la promulgación de esta ley, y su Dirección será programada por la Dirección de la propiedad industrial.

DE LA DIRECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Art. 120. La dirección de la propiedad industrial dependiente del ministerio de industria y comercio, es la entidad competente en cuanto a la jurisdicción administrativa marcaria, la que se regirá por esta ley, las demás disposiciones legales pertinentes y los reglamentos que dicte el poder ejecutivo.

Art. 121. La dirección de la propiedad industrial estará a cargo de un director designado por el poder ejecutivo a propuesta del ministerio de industria y comercio.

Art. 122. la dirección de la propiedad industrial editara un órgano de publicidad oficial en que se publicaran los actos jurídicos requeridos por esta ley, los registros concedidos y sus renovaciones, así como las resoluciones y las sentencias judiciales firmas, relativas a la renovación, anulación, o cancelación de cualquier registro. Esta publicación solo tendrá efecto informativo, no implicara ninguna notificación y se efectuara sin perjuicio de cualquier otra publicación denominada por el reglamento.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Art. 123 para ser director de la dirección de la propiedad industrial se requiere la ciudadanía paraguaya, haber cumplido treinta años de edad, ser de profesión abogado y tiene una reconocida solvencia moral. No puede realizar otra actividad remunerada, salvo la docencia.

DE LOS RECURSOS Y DISPOSICIONES GENERALES

Art.124. contra toda resolución sea interlocutoria o definitiva procederán los siguientes recursos:

- Reconsideración o reposición ante la autoridad que dictó la resolución
- Apelación ante la autoridad jerárquica superior

La interposición de cada recurso será optativa para el interesado, pero no se podrá anteponer el de apelación al de reconsideración o reposición.

Art. 125. Contra el rechazo de una solicitud de registro o renovación que dicte un jefe de sección dentro de algún procedimiento no litigioso, se podrá interponer recurso de reconsideración en escrito fundado dentro de los cinco días hábiles de la notificación y su resolución no causará ejecutoria. Transcurridos 15 días hábiles sin que el jefe de sección dicte resolución, los interesados podrán interponer el recurso de apelación ante el director de la dirección de la propiedad industrial. Se entenderá que la resolución de rechazo la consideración y la resolución del director deberá confirmar o revocar el rechazo.

Art. 126. Contra las providencias de meros trámites que no causen gravamen irreparable que dicte un jefe de sección dentro de un procedimiento litigioso, se podrá interponer recurso de reposición en escrito fundado dentro de los cinco días hábiles contados desde la notificación de la providencia y su ejecución causará ejecutoria.

Art. 127. Las resoluciones de los jefes de sección serán apelables ante el director de la propiedad industrial. El recurso será interpuesto ante el jefe de sección dentro de cinco días hábiles de la notificación.

Art. 128. Los fundamentos de la apelación deberán presentarse ante el director de la propiedad industrial, durante el plazo de 18 días hábiles contados desde la notificación. De la fundamentación se correrá traslado a la otra parte, por el mismo término para su contestación.

Art. 129. La resolución del director de la dirección de la propiedad industrial agotará la instancia administrativa. Contra la resolución del director de la propiedad industrial se podrá promover demanda contencioso-administrativa ante el poder judicial, dentro de los diez días hábiles.

Art. 130. Transcurridos cuarenta días hábiles sin que el director de la dirección de la propiedad industrial dicte resolución, los interesados podrán recurrir directamente a la vía contencioso-administrativa. Se entenderá que la resolución de rechazo las pretensiones de la parte que promueve la demanda contencioso-administrativa y la sentencia judicial deberá confirmar o revocar la resolución ficta.

Art. 131. Todos los plazos procesales previstos en esta ley son perentorios e improrrogables. Todas las notificaciones deberán ser efectuadas por cédula.

Art. 132. Los expedientes referentes a marcas quedarán archivados en la dirección de la propiedad industrial. Los que hayan sido remitidos a los tribunales deberán ser devueltos una vez finalizada la cuestión judicial.

Art. 133. Las solicitudes de registros o renovación de marcas que se encuentran en trámite en la fecha de entrada en vigor de esta ley continuarán tramitándose de acuerdo con el régimen anterior, pero los registros y renovaciones que se concedan quedarán sujetos a las disposiciones de esta ley.

Art. 134. Las marcas y otros signos distintivos registrados de conformidad con el régimen anterior se registrarán por las disposiciones de esta ley y con las disposiciones reglamentarias correspondientes, que serán aplicables a partir de la fecha de entrada en vigor de la ley.

Art. 135. Esta ley será aplicable a todas las acciones litigiosas que se iniciaren con posterioridad a su entrada en vigencia, como así también a las acciones litigiosas que se encontraren pendientes con excepción de los trámites, diligencias y plazos que hubieren tenido principio de ejecución y empezado su curso los cuales se registrarán por las normas hasta entonces vigentes.

Art. 136. Las disposiciones de los códigos de fondo y forma en materia civil y penal se aplicarán en forma supletoria.

Art. 137. El poder ejecutivo reglamentará esta ley.

Art. 138. derógase la ley n° 751/79 "de marcas", la ley n° 1258 de fecha 13 de octubre de 1987, que modifica la ley n° 751/79, "de marcas", la ley n° 259 de fecha 16 de noviembre de 1993 que modifica y amplía el art. 77 de la ley n° 751/79 "de marcas", los arts. 262 inciso XII y 356 de la ley n° 879 de fecha 2 de diciembre de 1981 "código de organización judicial" y todas las disposiciones contrarias a la presente ley.

Art. 139. Comuníquese al poder ejecutivo.

Aprobado el proyecto de ley por la honorable cámara de senadores del 28 de mayo del año un mil novecientos noventa y ocho, quedando sancionado el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 207, numeral 1) de la constitución nacional

ACTOS VIOLATORIOS DEL DERECHO AL USO EXCLUSIVO DE LAS MARCAS

La doctrina de los autores ha establecido las diversas maneras por las que el uso de una marca, puesta sobre una mercancía puede ser violatorio de un derecho ajeno.

De acuerdo con la doctrina científica, pueden enunciarse de la siguiente manera:

a) Un industrial produce artículos de consumos a los que coloca una marca legítima ajena, o emplean los empaques ajenos que hayan contenido productos para colocar en ellos los similares de su propia fabricación. Ambas maniobras violatorias consisten en la utilización en que el industrial o comerciante hace del signo marcario perteneciente a otros para sus propios productos, se distinguen con el nombre de usurpación de la marca.

b) Un industrial reproduce en forma idéntica, la marca o signo distintivo legítimo de otro industrial, para distinguir artículos que no proceden de la fábrica de este. Dicho acto ilícito constituye la falsificación de la marca, caracterizada por la reproducción íntegra de la marca ajena que el industrial hace *pro domo sua*.

c) el industrial utiliza una marca parecida, análoga o que de algún modo se preste a confusiones con la que otro industrial tiene y registra legalmente para productos similares. Este acto ilícito es llamado imitación de la marca y se caracteriza por la adopción del signo distintivo que se confunde con la marca legítima.

d) Un industrial coloca una marca de su legítima propiedad y registrada para sí, sobre artículos producidos por otros fabricantes. Es decir, el industrial adquiere jurídicamente la mercancía de otro y sin someterla a ninguna transformación lo aplica la marca para ponerla de nuevo en circulación del comercio. Este acto ilícito constituye el fraude, por la falta de veracidad.

DERECHO AL NOMBRE INDUSTRIAL- SU NATURALEZA JURÍDICA

Otro aspecto de la propiedad industrial es el derecho al uso exclusivo de la denominación que adopta una empresa industrial para distinguirse de otras. El nombre industrial difiere del nombre civil que individualiza a la persona, en cuanto el primero constituye una propiedad sobre bien inmateriales.

La función diferenciadora del nombre industrial tiene carácter patrimonial y se pone de manifiesto en la esfera de las actividades económicas.

Naturaleza jurídica del derecho al nombre industrial

Los tratadistas han elaborado varias teorías:

- a. Clasifica las cosas en corporales e incorpóreas. Las primeras dotadas de una existencia real y las últimas tienen una existencia intelectual o jurídica. Incluye el nombre industrial en la categoría de las cosas.
- b. El nombre industrial como elemento que integra el patrimonio, posee un valor estimable en dinero. Representa la clientela de la empresa que tiene valor de cambio.
- c. La teoría de la personalidad del nombre comercial, se fundamenta en la semejanza funcional con el nombre civil. Destaca las distintas esferas en que unos y otros campean.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

- d. Otro sector ponderable de la doctrina, para determinar la naturaleza jurídica del derecho al nombre industrial, se inclina hacia el concepto de propiedad, *sui generis*, que no es la regida por el código civil.

EL EMBLEMA- DERECHO QUE CONFIERE SU USO.

En los términos técnicos del derecho industrial, el termino emblema tiene un significado mas restringido que el correspondiente a su sentido gramatical. Según el léxico castellano, emblema es al figura simbólica, acompañada de siglas o inscripciones ilustrativas de lo que se quiere significar.

En la esfera del derecho industrial, el emblema es un signo característico destinado a indicar gramaticalmente el titular o dueño de un establecimiento industrial o comercial. El derecho al uso exclusivo de un emblema, como aspecto de la propiedad industria, existen sin formalidad alguna, es decir, aunque no se lo registre.

Por ello, y a falta de una declaración explícita de propiedad contenida en la ley especial pueden aducirse idénticas razones doctrinarias que las esgrimidas para instituir el derecho al nombre industrial.

Será de justicia y equidad el impedir que se confundan dos establecimientos industriales por el uso abusivo del mismo emblema que haga uno de ellos con posterioridad y en desmedro del originario existente.

DERECHO AL USO EXCLUSIVO DE LA RAZÓN SOCIAL

La razón social o la denominación de una sociedad que debería ser claramente distinguida de la de cualquiera otra, constituyen una propiedad suya, y no puede ser adoptada por ninguna otra.

La razón social es el nombre den todos los socios ya de varios o de uno solo de ellos con la adición en los dos últimos casos de la palabra compañía que una sociedad adopta para conducir sus negocios. La razón social es un elemento que integra el fondo de comercio y con ella se hace la inscripción de una sociedad comercial en el registro público de comercio.

No debe confundirse la razón social con el nombre del establecimiento industrial. Las sociedades anónimas carecen de razón social pero no de nombres.

El nombre comercial constituye un accesorio del establecimiento y puede ser cedido con este, los propietarios sucesivos pueden utilizarlo sin necesidad de modificar nada.

Mediante la razón social, la sociedad se hace conocer al público, celebra contratos y demás actos jurídicos y comparece ante los juzgados y tribunales como actora o demandada. La ley del comerciante estatuye que la razón social equivale plenamente a la firma de cada uno de los socios. Los socios no pueden estipular que no quedaran solidariamente obligados. Los obliga a todos como si todos hubiesen efectivamente firmado.

DERECHO AL USO EXCLUSIVO DE LOS DIBUJOS Y MODELOS INDUSTRIALES

Los dibujos y modelos industriales constituyen manifestaciones de la propiedad industrial relacionadas con la forma, el aspecto externo u ornamental de los productos.

Las legislaciones modernas reconocen para los dibujos y modelos industriales el derecho a la exclusividad de su uso.

NOCIÓN

Los dibujos destinados a la ornamentación de productos manufacturados, denominados dibujos industriales o dibujos de fábrica. Ellos consisten en una combinación de líneas y de colores representativa de una nueva configuración aplicada a fines industriales. Cuando dichos dibujos se destacan en relieve, reciben el nombre de modelos industriales o de fábricas. El trabajo en relieve a cuya semejanza se obtienen otros productos industriales o partes de estos constituye el modelo de fábrica. Así, han fabricado relojes en forma y tamaño de botones para trajes de vestir.

CONSTITUCION NACIONAL- ART. 110

De los derechos del autor y la propiedad intelectual

Todo autor, inventor, productor o comerciante gozara de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial con arreglo a la ley.

Se fundamenta en que el estado protege al titular del invento o descubrimiento científico por el tiempo establecido en la ley.

UNIDAD XXXI

DERECHO SUCESORIO

DEL DERECHO HEREDITARIO

TRANSMISION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y DE LAS OBLIGACIONES CORRELATIVAS. NOCIÓN

Los derechos subjetivos privados y las obligaciones correlativas son transmisibles, siempre que no sean inherentes a las personas. Dicha transmisión puede acontecer por actos entre vivos como en los contratos o por muerte de las personas a quienes corresponden cual ocurre en la sucesión hereditaria que puede ser legítima o testamentaria. Esta segunda forma de transmisión, en la tecnología jurídica se llama sucesión.

Cuando de los derechos y obligaciones se realiza por actos entre vivos, decimos con exactitud que el comprador sucede al vendedor, el cesionario al cedente, el subrogado al subrogante.

La transmisión por muerte de las personas a quienes correspondían los derechos y las obligaciones correlativas es el ejemplo clásico de sucesión universal por la que se adquiere el patrimonio o conjunto de bienes en su fase activa y pasiva.

EL DERECHO HEREDITARIO SUBJETIVAMENTE CONSIDERADO.

El derecho subjetivo hereditario, de naturaleza patrimonial es el que tiene una persona sobre los bienes de otra por el hecho de la muerte de esta en virtud del titulo legal, llamamiento testamentario o de ambas cosas.

DE LAS SUCESIONES

CONCEPTO: la sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta a la persona que sobrevive, a la cual la ley o le testador llama para recibirla.

Para que se produzca una sucesión mortis causa se requiere:

- La muerte de una persona o su desaparición con presunción de fallecimiento
- Que otra u otras personas en virtud del llamamiento a la sucesión por titulo valido, asuman la titularidad del patrimonio que correspondía al difunto.

La persona muerta es llamada autor o causante de la sucesión; la que recibe la herencia, es el causa habiente, heredero o legatario y el patrimonio transmitido se denomina herencia.

El heredero es un sucesor universal que continua la persona del causante; el legatario es un sucesor singular en los bienes y no en la persona del difunto.

ESPECIES LEGISLADAS EN EL CÓDIGO CIVIL

El código civil regula la sucesión legítima y testamentaria. Cuando la sucesión solo es definido por la voluntad de la ley a los parientes del extinto, se llama legítima o intestada.

Cuando la transmisión se hace por voluntad del hombre, manifestado en un testamento valido, la sucesión es llamada testamentaria. Esta sucesión solo es posible en ausencia de herederos forzosos y legitimarios y si los hubiere en la medida de la porción disponible originada por la ley al testador. Este puede instituirse heredero a un pariente o extraño. También puede diferirse la herencia de una misma persona por voluntad de la ley por una parte y por voluntad del hombre por otra parte.

La sucesión mortis causa puede ser a titulo universal o a titulo singular o expresado en otros términos, a titulo de herencia o a titulo del legado.

En la terminología de nuestro código, sucesor universal es quien pasa todo o una parte alícuota del patrimonio de una persona. Sucesor singular es aquel a quien se transmite un objeto particular que sale de los bienes de otra persona.

Los sucesores universales son al mismo tiempo sucesores particulares como acontece con el heredero al respecto de todo u cada uno de los elementos integrantes del patrimonio transmitido. La sucesión a titulo universal tiene por objeto un todo ideal sin consideración a su contenido especial ni a los objetos de ese derecho.



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

SUCESIONES MORTIS, CAUSAS DERIVADAS DEL PARENTESCO

Debemos conocer las personas a quienes la ley denomina pariente del extinto y en cuyo beneficio se opera la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta en la sucesión legítima o intestada, es decir, cuando no hay testamento.

CONCEPTO DEL PARENTESCO

Es la institución del derecho civil que determina la posición de las personas en el seno de la familia por causa de consanguinidad, afinidad o adopción.

Especies: existen tres especies de parentesco: consanguíneo o natural- de afinidad o por asimilación- y artificial o por adopción.

PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD

CONCEPTO Y ESPECIES

El parentesco por consanguinidad es el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos que descienden de un mismo tronco sea por matrimonio o unión de hecho no prohibida.

El vocablo consanguinidad significa comunidad de sangre.

Existen dos especies: - es legítimo cuando el vínculo procede de matrimonio válido o pactativo según las disposiciones de la ley.- es ilegítimo si el vínculo de la sangre proviene de uniones irregulares constituidas fuera del matrimonio.

LÍNEA, GRADO Y TRONCO

¿Como se mide el vínculo que une a dos parientes? La proximidad del parentesco se establece por líneas y grados. Llámese grados al vínculo existente entre dos individuos formados por la generación, es decir, que entre ellos haya la relación entre padres e hijos... Línea es la serie no interrumpida de grados o series de personas que desciendan las una de las otras.

Denominase tronco al grado de donde parten dos o más líneas las cuales por relación a su origen se llaman ramas.

Existen tres líneas: las líneas ascendentes- las descendentes y las colaterales.

Línea descendente; es la serie de grados o generaciones que unen el tronco común con sus hijos, nietos y demás descendientes. En la línea descendente hay tantos grados como generaciones. Así el hijo está en el primer grado, el nieto en el segundo, el bisnieto en el tercero y el tataranieto en el cuarto.

Línea ascendente; es la serie de grados o generaciones que ligan al tronco común con sus padres, abuelos y otros ascendientes. Hay tantos grados como generaciones. El padre está en el primer grado, el abuelo en el segundo, el bisabuelo en el tercero y así sucesivamente.

Línea colateral; determina la posición de los parientes que se encuentran en distintas líneas directas a uno y otro lado del tronco común. Estas líneas o ramas se llaman laterales porque forman los lados de un ángulo cuyo vértice está en el tronco. Consideradas las mismas con relación entre sí, se llaman líneas o ramas colaterales o transocales. El padre es el tronco del cual parten dos líneas; una formada por su hijo A, nieto B, bisnieto C, tataranieto D y la otra por su hijo A', nieto B', bisnieto C' y tataranieto D'. Cada una de estas líneas es una rama.

PARIENTES A QUIENES CORRESPONDEN LAS SUCESIONES INTESADAS

Las sucesiones intestadas corresponden a las personas llamadas a heredar en el orden y según las reglas establecidas en este código. El pariente más cercano en grado excluye al más remoto. Los llamados a la sucesión intestada no solo suceden por derecho propio, sino también por derecho de representación.

Los descendientes de un muerto antes del causante, entran en lugar a recoger su parte en la herencia. Puede representarse al denunciante. El representante tiene vocación exclusivamente por la ley y no de la voluntad del representado.

Para que la representación tenga lugar es menester que el representante mismo sea hábil para suceder a aquel de cuya sucesión se trate. No se puede representar a aquel que fue excluido de una sucesión por indigno o que fue desheredado.

Se puede representar a aquel a cuya sucesión se ha renunciado. Puede también representarse al desaparecido con presunción de fallecimiento.

No se puede representar si no a los que tienen derechos hereditarios si hubiesen sobrevivido al causante o no hubiesen sido excluidos de la sucesión. El derecho de representación tiene lugar sin límite en la línea recta descendente. En la línea colateral solo tendrá lugar a favor de los hijos de los hermanos, sean de padres y de madres o de un solo vínculo, hasta el cuarto grado. La representación no existe a favor de los ascendientes.

Puede representarse a varias personas en la misma sucesión sabiendo todos los grados intermedios que separan del causante, siempre que los herederos no fueren excluidos por otro heredero más próximo.

En todos los casos en que la representación es admitida, la participación se hace por estirpe, sean del mismo o de diferentes grados los herederos. Si una estirpe produce varias ramas la subdivisión se hace también por estirpe en cada rama y los miembros de la misma rama se dividen entre ellos por cabezas.

El derecho de representación en la familia extramatrimonial se limita al cuarto grado en la línea descendente y en la colateral.

HEREDEROS FORZOSOS O LEGITIMARIOS

Los descendientes, ascendientes y cónyuge sobreviviente, son herederos forzosos y tienen asignado por ley una porción legítima en los bienes del causante.

De la legítima; código civil: la legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada parte de la herencia de la que no puede disponer el causante. La legítima de los descendientes es cuatro quintas partes de la herencia.

- la de los ascendientes es de dos tercios
- la del cónyuge, cuando no existen ascendientes ni descendientes, es la mitad.
- La legítima del adoptante y del adoptado será la mitad de la herencia.

Para la determinación de la legítima cuando ocurren varios herederos forzosos prevalecerá la legítima mayor. Las disposiciones testamentarias y las donaciones entrevivos que menguaren la legítima se reducirán a la cuota disponible, a solicitud del heredero perjudicado, una vez abierta la sucesión.

Para fijar la legítima se atenderá al valor actualizado al tiempo de practicarse el inventario judicial de los bienes del autor, con deducción de las deudas y cargas sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones del causante, cuyo valor se establecerá de acuerdo con lo dispuesto en la primera parte de este artículo.

Para determinar el valor de las masas hereditarias no se computarán los derechos y obligaciones dudosos ni los litigiosos o los subordinados a una condición suspensiva. Los sujetos a condición resolutoria se considerarán puros y simples. Para el cálculo de la legítima no será tenido en cuenta el renunciante, ni el indigno a menos de existir descendientes de estos que concurren por derecho de representación o por derecho propio. Cuando la disposición testamentaria consistiere en un usufructo o en un derecho de uso o habitación o renta vitalicia los herederos forzosos tendrán opción a ejecutar la disposición o entregar al beneficiario en plena propiedad la parte disponible.

Cuando haya que completar la legítima de los herederos forzosos, la acción de reducción podrá ser promovida contra los beneficiarios a fin de que integren el valor que están obligados a restituir según las reglas precedentes. Esta acción podrá ser intentada en la misma medida contra el poseedor del inmueble donado, si lo hubo a título gratuito del donatario. En este caso el demandado podrá liberarse haciendo abandono del inmueble.

Solo de la porción disponible podrá el testador hacer legados que estime conveniente o mejorar con ellas sus herederos forzosos.

SUCESION MORTIS, CAUSA DERIVADAS DEL TESTAMENTO



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

Se ha dicho en su lugar que la sucesión es testamentaria, cuando la transmisión de los bienes se hace por voluntad del hombre manifestada en un testamento válido.

Según el C.C. toda persona capaz de tener voluntad y de manifestarla tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento con arreglo a las disposiciones del mismo, sea bajo el título de institución del heredero o bajo el título de legados o bajo cualquiera otra denominación propia para expresar su voluntad.

CONCEPTOS Y CARACTERES DEL TESTAMENTO

El testamento es un acto escrito celebrado con las solemnidades de la ley por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte.

Caracteres; tiene las notas características siguientes;

Es un acto jurídico voluntario, lícito y unilateral, vasto para constituirlo la voluntad de una sola persona.

Es una disposición de última voluntad por que debe producir efectos después del fallecimiento del otorgante.

Es un acto escrito, formalidad que confiere mayor certeza y veracidad a las disposiciones del testador.

Es un acto solemne, por cuanto a las formalidades testamentarias no están prescriptas como pruebas sino que constituyen un elemento esencial. La inobservancia de las mismas produce la nulidad del testamento.

Es un acto individual y personalísimo, en el sentido de que ha de celebrarse por el otorgante mismo, sin que pueda hacerlo por mandato o fideicomiso.

Es eminentemente revocable, por que mientras el testador tenga capacidad puede dejarlo sin efecto.

CLASES DE TESTAMENTOS LEGISLADAS EN EL CÓDIGO CIVIL

Las formas ordinarias de testar son el testamento ológrafo- el testamento por acto público- y el testamento cerrado, los cuales están sometidos a las mismas reglas en lo que conciernen a la naturaleza y extensión de las disposiciones que contengan y tienen la misma eficacia jurídica.

Del testamento ológrafo; el testamento ológrafo debe ser totalmente escrito, fechado y firmado de puño y letra del testador en todas sus hojas. Si por mandato del otorgante, una parte del instrumento fuere de mano extraña el acto será nulo.

Puede ser escrito en cualquier idioma empleando los caracteres que le son propios. Las cantidades y fechas pueden ser escritas con cifras.

Las disposiciones del testador escritas después de su firma deben ser fechadas y firmadas por el para que puedan valer como disposiciones testamentarias. Cuando varias disposiciones están firmadas sin ser fechadas y una última disposición tenga la firma y la fecha esta hace valer las disposiciones anteriormente escritas cualquiera que sea el tiempo.

Del testamento por instrumento público; deben ser otorgados por un escribano público y tres testigos residentes en el lugar. No podrá autorizarlo el notario que fuere pariente del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad o de afinidad inclusive o cuyo consorte se hallare en el mismo caso.

El ciego podrá testar por acto público, no le será permitido al sordo, al mudo ni al sordomudo que no sepan darse a entender por escrito. Si lo supieren deberán ajustarse a lo que determina este código.

El testador deberá manifestar verbalmente sus disposiciones al escribano en presencia de los testigos del acto, en su defecto le entregara un escrito firmado por él y declarando verbalmente, o si no hablare, bajo su firma, en presencia de los testigos del acto, que dicho escrito contiene su última voluntad.

El testamento cerrado; puede ser escrito en papel común por el testador u otra persona a mano o a máquina y deberá ser rubricado en todas sus hojas y firmado por el otorgante. Si el testador no pudiere firmar deberá expresarse la causa y firmara una persona a ruego suyo. Son aplicables en lo pertinente a esta forma de testar las disposiciones relativas al testamento ológrafo.

El testador presentara y entregara al escribano su testamento en un sobre o cubierta cerrada en presencia de 5 testigos domiciliados en el lugar, manifestando que dicho pliego contiene su testamento. El escribano dará fe de la presentación y la entrega extendiendo el acta en la cubierta del testamento que firmaran con él, el testador y todos los testigos que puedan hacerlo.

Por los que no lo hagan, firmaran a ruego los otros testigos. No deberán menos de tres los que sepan firmar por si mismos. Si el testador no podrá hacerlo por algún impedimento sobreviviente firmara por él otra persona.

LEER C.C. art. 2443 al 2814

UNIDAD XXXII

FUNCION JURISDICCIONAL DEL ESTADO

FUNCION JURISDICCIONAL DEL ESTADO ATRIBUIDO AL PODER JUDICIAL.

Una de las funciones del estado moderno, atribuida por el derecho político al poder judicial es la denominada jurisdiccional que consiste en mantener el orden jurídico restableciéndolo cuando fuese alterado. Para cumplir eficazmente su función jurisdiccional, el estado debe organizar la administración de justicia, determinar las competencias de los jueces y tribunales que la integran y establecer las normas del procedimiento a que han de ceñirse los jueces y litigantes en el desarrollo progresivo y preclusivo de la relación jurídica procesal.

La constitución nacional vigente establece en su art. 4. Del derecho a la vida. Que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, se protege desde la concepción. Toda persona tiene derecho a ser protegida por el estado en su vida, integridad física, libertad, seguridad, propiedad, honor, reputación. Nadie puede hacerse justicia por si misma ni reclamar su derecho por la violencia. Pero se garantiza la legítima defensa de la propiedad y el honor de la reputación.

EL DERECHO DE ACCIÓN: concepto y naturaleza

Derecho de acción es la voluntad que tiene toda persona, para solicitar del modo legal la intervención de los órganos jurisdiccionales del estado, a efecto de proteger una situación jurídica material.

Esa facultad o poder jurídico atribuido a todo sujeto de derecho, es consecuencia de la prohibición impuesta a todos los habitantes de la republica de hacer justicia por mano propia, salvo caso de legítima defensa y de haber asumido el estado el ejercicio de la función jurisdiccional para mantener el orden jurídico establecido.

Naturaleza jurídica de la acción: las diversas concepciones dogmáticas que han sido elaboradas ostentan divergencias polarizadas en los aspectos primordiales siguientes;

1. establecer el vínculo existente entre la acción procesal y el derecho material, si la primera es un elemento del segundo o tiene autonomía propia
2. determinar la zona ontológica que corresponde a la acción, esto es, si pertenece a la esfera del derecho privado o del derecho público.
3. que papel incumbe al estado representado por el órgano jurisdiccional frente a la acción procesal.

Teoría clásica: tanto para el derecho romano como para la escuela clásica, consideran que la acción es la que pone en movimiento al derecho. No hay derecho sin acción ni acción sin derecho.

Teoría moderna; los juristas clásicos sostiene que ambos (acción y derecho) están vinculadas estrechamente para la acción de un derecho autónomo o de existencia independiente del derecho material y que se diferencian de su origen.

CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES. DIVERSOS CRITERIOS.

Las acciones son los medios técnicos procesales para hacer valer los derechos subjetivos que fuesen perturbados en su ejercicio lícito. Hay diversas clasificaciones, la importancia de ellas consisten en que sirven de base para fijar la competencia del juez que hace entender a la causa.

❖ **según la naturaleza del derecho que protege:**

- **acción personalísimo;** para reclamar un derecho inherente a la persona
- **acción del estado;** para reclamar un derecho de familia
- **acción patrimonial;** para reclamar un derecho económico y se subdivide en:



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

(0982) 626 343

- a. acción personal: se exige que se cumpla una acción
- b. acción real: facultar usar, gozar o disponer de cosa ajena o propia
- c. acción mixta: contiene los dos anteriores y sin posibilidad de separarse

❖ **en razón de las cosas:**

- mobiliarios: por objetos muebles
- inmobiliarios: por los objetos inmuebles

❖ **con relación al tiempo de su ejercicio**

- prescriptible: tienen que ser por un periodo de tiempo determinado y establecido por ley.
- imprescriptible: pueden ser exigidos en cualquier tiempo

❖ **acciones:**

- cesibles: que puede darse o cederse la acción a otra persona
- incesibles: cuando no puede cederse, la acción es ejecutada por el titular.

❖ **Acciones:**

- civiles: indemnización por daño doloso o culposo
- penales: castigan un delito

❖ según las personas que actúan :

- privadas
- publicas

TRANSMISION Y EXTINCION DE LAS ACCIONES

La acción como cualquier otro derecho puede transmitirse por sucesión mortis causa. Son transmisibles las acciones cuando pasan por muerte del titular a sus sucesores universales. Son intransmisibles en casos contrarios, por cuanto protegen derechos inherentes a la persona del causante que se extinguen con la muerte.

Las acciones llamadas patrimoniales por norma general son transmisibles. Respecto de las acciones inherentes el estado de las personas son intransmisibles cuando hayan sido ejercidas por el propio titular, así la acción de desconocimiento por paternidad debe ser ejercida por el supuesto padre que desconoce como suyo al hijo dado a luz por su mujer durante el matrimonio, para que se transmita a sus herederos.

Las acciones se extinguen:

Prescripción: es cuando termina el plazo legal en que tuvo que ser ejercido

Extinción de los derechos: al extinguirse los derechos se extinguen las acciones que lo amparan

Medios procesales: la sentencia del juez o del tribunal por desistimiento del actor.

LAS ACCIONES EN EL DERECHO POSITIVO PARAGUAYO

La dogmática seguida por el código civil y el de procedimientos civiles para legislar en materia de acciones esta inspirada en la doctrina clásica. Se ha dicho en su lugar que ella concibe la acción como un elemento del derecho, puesto en movimiento a consecuencia de la violación de este.

Los códigos citados atribuyen gran importancia a la división de las acciones en personales y reales. No mencionamos las acciones mixtas aceptadas por la doctrina moderna y los códigos contemporáneos.

DE LA EXCEPCIÓN

Concepto amplio y restringido de la excepción;

Llámesse excepción a toda defensa que el demandado opone a la acción. Es la contrapartida de esta. Por ejemplo a una acción personal que el acreedor ha deducido por cobro de la suma de dinero cedida en préstamo al demandado, este opone el pago o cumplimiento de la obligación contraída. Las excepciones de contenido substancial o de defensa legisladas en los códigos de fondo: civil, de comercio, sustantivo del trabajo y otros quedan sometidas a las condiciones de existencia y ejercicios de los derechos protegidos. Tales defensas deben ser opuestas al contestar las demandas y resueltas por el juez en la sentencia definitiva.

La excepción en sentido mas restringido, es la oposición que sin negar el fondo de la demanda puede ser alegada únicamente por el demandado para impedir la prosecución del proceso, paralizando momentáneamente la acción deducida o extinguiéndola del modo definitivo.

CLASIFICACION DE LAS EXCEPCIONES DE CONTENIDO PROCESAL

Dos clases de excepciones reconocen el derecho procesal, denominadas perentorias y dilatorias. Las primeras extinguen definitivamente y la segunda paraliza la acción.

Excepción dilatoria; aquella que sin destruir la acción promovida tiende a postergar la contestación sobre el merito de la demanda en razón de carecer esta de los requisitos procesales necesarios para su admisibilidad.

Excepción perentoria: el adjetivo perentorio deriva de la voz latina *perimere* que significa destruir, extinguir.

Excepción perentoria es la que el demandado opone a la pretensión del actor para extinguir la acción deducida y poner fin al litigio.

LAS EXCEPCIONES EN EL DERECHO POSITIVO PARAGUAYO

Código de procedimientos civiles y comerciales; este código ha legislado las excepciones que puede deducir el demandado, antes de contestar la demanda. A efectos las clasifica en dilatorias y perentorias.

Solo son admisibles como tales: la incompetencia de jurisdicción- la falta de personalidad en el demandante, el demandado o en sus procuradores o apoderados.- la litis pendencia en otros juzgados o tribunal competente – defecto legal en el modo de proponer la demanda.

Código procesal laboral; estatuye que el demandado deberá oponer todas las excepciones que tuviere al contestar la demanda. Que solo son admisibles como excepciones: la incompetencia de la jurisdicción, la falta de personerías de las partes o de sus representantes, la litis pendencia en otros juzgados o tribunal competente, la cosa juzgada, la transacción, y la prescripción. Las mismas deberán oponerse al contestar la demanda y para su tramitación se observara el procedimiento sumario establecido.

Código de procedimientos penales: autoriza al acusado para oponer la defensa que tuviese antes de estudiarse el fondo de la causa principal denominado los artículos de previo y especial pronunciamiento.

Las excepciones que pueden oponerse son: la falta de jurisdicción, falta de personalidad en el acusador o en sus representantes y apoderados, la falta de acción en el mismo, cosa juzgada sobre el mismo hecho que dan origen al procedimiento, amnistía o indulto, condonación o perdón del ofendido en los delitos que no dan lugar a la acción publica, prescripción de la acción o de la pena.

OBSERVACION: LEER;
➤ **EL CÓDIGO CIVIL**



HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016
(0982) 626 343

➤ **LA CONSTITUCION NACIONAL; PARA
DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DERECHOS HUMANOS**