

latindex

REVISTA JURÍDICA

INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
CENTRO DE ENTRENAMIENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

DERECHO PENAL

DERECHO PROCESAL PENAL

DERECHO CONSTITUCIONAL

DERECHO CIVIL

DERECHO AMBIENTAL

Nº 6

Año, 2016

ISSN 2415-5063 Versión impresa
ISSN 2415-5071 Versión en línea
Periodicidad Anual



**Delitos
Informáticos**



**Ministerio Público.
República del Paraguay.**





REVISTA JURÍDICA

Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales

CENTRO DE ENTRENAMIENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Avda. Ygatimi esq. Alberdi
Teléfono: (+595-21) 443693/4
dipág.informaciones@gmail.com
url: <http://www.ministeriopublico.gov.py/revistas-juridicas-i1117>
Asunción, Paraguay

Año, 2016



latindex

Latindex

www.latindex.unam.mx

<http://www.latindex.unam.mx/latindex/ficha?folio=25935>

Sistema de información sobre revistas científicas iberoamericanas compuesto de cuatro bases de datos: Directorio; Catálogo; Revistas en línea; Portal de Portales para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal



MINISTERIO PÚBLICO

FRANCISCO JAVIER DÍAZ VERÓN

FISCAL GENERAL DEL ESTADO

RICARDO MERLO FAELLA

FISCAL ADJUNTO

ENCARGADO DEL CENTRO DE ENTRENAMIENTO

DIRECTOR DE LA REVISTA



CENTRO DE ENTRENAMIENTO

CONSEJO EDITORIAL INTERNO

Mg. Sara Mariel Sosa Villalba

Directora de Análisis y Evaluación Curricular

Abg. Fanny Sybille Abarzúa Cabezas

Jefa del Dpto. de Investigación y Publicación

Abg. Víctor Eduardo Escobar Said

Asistente Fiscal

Mg. José Ángel Dos Santos Melgarejo

Agente Fiscal Penal

PRODUCCIÓN EDITORIAL

Mg. Nancy Ovelar de Gorostiaga

Directora de Enlace

Abg. Claudia Rojas

Jefa de Departamento Promoción y Difusión

EQUIPO DE CORRECCIÓN DE ESTILO

Lic. María Auxiliadora Páez Mongés

Abg. Sonia Zaldívar Amado Cardozo

Abg. Romina Manuela Toro

TRADUCCIONES

Lic. Hugo Guanes. Traducción al Inglés

Lic. Esteban Ortega. Traducción al Guaraní

COLABORADORES

Lic. Ángela Jara Ocampos. Traducción al Inglés

Abg. Arles Mendoza Aliendre

Gráfica MATECO

Tirada 700 ejemplares

ISSN 2415-5063 Versión impresa

ISSN 2415-5071 Versión en línea

Periodicidad Anual

El contenido de la Revista Jurídica es de libre acceso. La reproducción total o parcial de esta publicación podrá ser hecha siempre que se cite la fuente y los ejemplares son gratuitos. Las opiniones contenidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de los autores.



CONSEJO EDITORIAL EXTERNO

Dra. Sheila Raquel Abed Duarte • Consejera de la Entidad Binacional Yacyretá, Paraguay

Dr. Jorge Alejandro Amaya • Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Alberto Martín Binder • Jurista Internacional, Argentina

Dra. Mónica María Bustamante Rúa • Universidad de Medellín, Colombia

Abg. Néstor Alfredo Cafferatta • Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Norberto Javier de la Matta Barranco • Universidad del País Vasco, España

Mg. Gustavo J. Enrique Gorostiaga B. • Universidad Nacional de Asunción, Paraguay

Dr. Diego Manuel Luzón Peña • Universidad de Alcalá, España

Abg. María Cecilia Ocampos Benedetti • Poder Judicial de Paraguay

Abg. Rubén Darío Riquelme Ramírez • Poder Judicial de Paraguay

Dr. Alberto Romero Ania • Universidad Rey Juan Carlos, España

Dr. Miguel Arístides Said Bobadilla • Poder Judicial de Paraguay

Dr. Jesús María Silva Sánchez • Universidad Pompeu Fabra, España





AUTORES

ELENO QUIÑONEZ ACEVEDO
GIOVANNI MICHELLE GRISETTI VALIENTE
MYRIAN GRACIELA NÚÑEZ
JORGE ALEJANDRO AMAYA
LIZ CARLA FRANCISCA ESCOBAR FRANCO
MABEL CAROLINA NÚÑEZ RIVEROS
DIANA MARÍA RAMÍREZ CARVAJAL
MARÍA CAROLINA LLANES OCAMPOS
CYNTHIA CAROLINA ORTÍZ RAMÍREZ
MIGUEL OSCAR BAJAC





INDICE

CONTENIDO / CONTENTS / KUAAPYRÃ

PRESENTACIÓN / PRESENTATION / JEHECHAUKA Pág. 13

La suplantación de identidad en las redes sociales

Identity theft in social networking

Ñande rapicha rekove tee jehekýi rei ramo redes sociales rupive

ELENO QUIÑÓNEZ ACEVEDO

Tema de Actualidad Pág. 15

El hacker y sus conductas

The hacker and its behaviors

Hacker kuéra ha hekovekatu

GIOVANNI MICHELLE GRISETTI VALIENTE

Tema de Actualidad Pág. 49

Pornografía infantil en internet

Child pornography on the internet

Mitã opívo ra'anga jeporu internetpe

MYRIAN GRACIELA NÚÑEZ

Artículo original Pág. 71

Perspectivas y prospectivas de la Jurisdicción Constitucional

Perspectives and prospects of the Constitutional Jurisdiction

Léi Guasu rembiapopy rehegua jehecha pypuku ha jehecha mombyry

JORGE ALEJANDRO AMAYA

Artículo original Pág. 97

Hechos punibles de carácter patrimonial como consecuencia del incumplimiento contractual.

Punishable acts against patrimony as a result of breach of contract

Tembiapo vai opokóva tetäygua mba'ére ndojejapói rupi hekoitépe ojehai va'ekue kuatiáre

LIZ CARLA FRANCISCA ESCOBAR FRANCO

Artículo original Pág. 135



Hechos punibles de violencia familiar en Encarnación **Artículo original**
Descripción del aumento de las denuncias recibidas entre el periodo 2000 a 2012.

Description of the increase in allegations of family violence in Encarnación, between 2000 and 2012. Recidivism

Ñemombe'upy hetahetave denuncia ogapýpe ñeñorairõ rehegua oikóva Encarnaciónpe upe 2000 ha 2012pe. Je'ajey rehegua

MABEL CAROLINA NÚÑEZ RIVEROS

Artículo original Pág. 171

Reflexiones sobre el recurso de casación en Colombia

Considerations about cassation in Colombia

Ñehesa'ýijo Casación rembiporu Colombiape rehegua

DIANA MARÍA RAMÍREZ CARVAJAL

Artículo original Pág. 191

Funciones y disfunciones del Proceso Penal Paraguayo. Etapa Intermedia

Functions and dysfunctions of the Paraguayan Criminal Procedure. Intermediate Stage

Tembiaporãkatu ha tembiaporãkatu'ý Proceso Penal Paraguayo rehegua.

Etapa Intermedia

MARÍA CAROLINA LLANES OCAMPOS

Artículo original Pág. 217

Alcances del principio de publicidad en la etapa preparatoria

The scope of the publicity principle at the preparatory stage of a criminal investigation

Publicidad pyenda rehegua tembiapo ñepyrũmbýpe

CYNTHIA CAROLINA ORTIZ RAMÍREZ

Artículo original Pág. 239

Reflexiones a la Ley n.º 294/93, evaluación de impacto ambiental

Considerations on act 294/93, environmental impact assesement

Ñehesa'ýijo Léi no. 294/93 rehegua. Ñande Rekoháre Ñeñangareko

MIGUEL OSCAR BAJAC

Artículo original Pág. 259

Normas/Instructions /Normas de Publicación/ Instructions to

Authours / JEIKUAAUKA RAPETEE Pág. 283



PRESENTACIÓN

La *alma mater* de la nueva cultura a nivel de investigación no termina en la inclusión de nuevas perspectivas que aborden un solo cuestionamiento, es más, eso ya quedó en el atrás de la historia de la metodología de investigación, ahora la tesis fundamental radica en la producción intelectual de argumentos que sean contruidos a base de experiencia, técnica, dinámica y tecnología. La arquitectura conceptual de la que hoy por hoy nacen las grandes investigaciones hacen alusión al trabajo consensuado y crítico por parte de un investigador y, en este punto de inflexión el Centro de Entrenamiento ha iniciado una reestructuración en materia de investigación y desarrollo (I+D), diseñando un sobrio y comprometido trabajo, una labor que inició años atrás con el encomiable apoyo de la máxima autoridad del Ministerio Público, el Fiscal General del Estado Francisco Javier Díaz Verón.

En ese afán, en la sexta edición de la Revista Jurídica, hemos concentrado nuestro esfuerzo e interés en obtener los criterios de calidad exigidos por los estándares internacionales para la indexación de materiales científicos y académicos, de los que confiamos somos capaces de alcanzar, pues, la voluntad y vocación de nuestros jóvenes investigadores que se inician y otros que logran afianzarse con pasos firmes, son productos de un deseo de superación y retribución desinteresada en pro de la cultura y de la sociedad intelectual.

Las investigaciones versan sobre Derecho Penal, Procesal Penal, Constitucional, Delitos Informáticos y otros, presentados por funcionarios de la institución y destacadas autoridades del ámbito nacional e internacional que aportan un especial realce a este material. También, cuenta con un consejo editorial externo compuesto por profesionales de renombre tanto del contorno local como internacional.

Conscientes de la necesidad de una integración inclusiva, se añade por primera vez la traducción de los abstract al idioma inglés y al idioma guaraní como una manera de representar nuestra multiculturalidad y la importancia de producir documentos escritos que contemplen esa realidad y reconozca el valor



de nuestro bilingüismo guaraní - castellano.

Sin embargo, estaríamos siendo poco realistas en el análisis de la coyuntura social y el análisis sociológico de nuestro país y el mundo entero sino aceptamos el compromiso de seguir avanzado, si bien es cierto que se consiguieron muchos logros, para el nivel de exigencia para un ente del estado tan importante como el Ministerio Público, también es cierto que nos queda un camino de constantes desafíos. No obstante, cada reto tendrá de la mano a equipos de trabajo que están dispuestos a ser el brillo, el sostén y el intelecto de cada instancia laboral.

Las instituciones son parte de la realidad jurídica y son la imagen materializada de la palabra esperanza por parte de la sociedad, nuestro objetivo a tal motivo es y será de seguir alimentando de sólidos argumentos en materia de investigación enfocado en la necesidad de nuestros investigadores y que estos sean el real reflejo de nuestra misión institucional.

Sin duda, el Centro de Entrenamiento en el transcurso de ésta gestión 2016 ha desarrollado, organizado y participado de números eventos de investigación, capacitaciones específicas, seminarios, y conversatorios que responden a una necesidad de interés institucional y público, todo ello con la ayuda y coordinación de las diferentes direcciones que forman parte del CEMP y de otras dependencias que con su apoyo articulan un trabajo consensuado. Funcionarios que están comprometidos con el ser y hacer del alma de un investigador y fiel amigo de la sabiduría. Pues no hay investigador que prodiga lo que en su momento dijo el pensador Descartes: *Cogito ergo sum*, en nuestro castellano, “Pienso, luego existo”.

La Revista Jurídica constituye hoy un aporte del que estamos orgullosos y representa un desafío permanente y la necesidad de producir conocimiento para elevar nuestro desarrollo como sociedad.

RICARDO MERLO FAELLA
Director de la Revista



Artículo de Actualidad

La suplantación de identidad en las redes sociales

Identity theft in social networking

Ñande rapicha rekove tee jehekýi rei ramo redes sociales rupive

*Eleno Quiñónez Acevedo**

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

Recibido: 07.11.16 Aceptado: 08.12.16

Resumen

Esta investigación tiende a graficar el tratamiento legal en Paraguay de la suplantación de la identidad en redes sociales y a partir de ahí determinar si la respuesta jurídico-penal otorgada a este tipo de hecho resulta apropiada o deviene necesaria la previsión penal de esta conducta. El tipo de estudio adoptado en este artículo es descriptivo, pues busca realizar una caracterización del fenómeno a ser estudiado: hechos de suplantación de la identidad informática. Asimismo, el enfoque del presente trabajo es cualitativo, pues se centra en comprender esencialmente la actuación investigativa fiscal ante casos de suplantación de identidad en redes sociales y además trata de explicar las razones de esas formas de actuación. Esto con el objeto de averiguar si la respuesta penal otorgada a este hecho,

* Asistente Fiscal de la Unidad n.º 1 Especializada de Delitos Informáticos, Ministerio Público. Asunción, Paraguay. Email: qaeleno@gmail.com

Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA (2012) con promedio distinguido- cuadro de honor. Egresado de la Escuela Judicial del Paraguay (2016) con promedio distinguido. Especialista en Didáctica de la Educación Superior por el Rectorado UNA (2016). Maestrando en Ciencias Penales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNA (2014). Especialista en Ciencias Penales por la UNA (2013). Curso de Capacitación en Ciencias Penales UNA (2013). Fue becado del programa AUGM, por sus excelentes promedios académicos para cursar un semestre de la carrera de Derecho en la Universidad Nacional del Litoral de la Argentina, (2008). Ha realizado varios diplomados y cursos en materia penal. Desde el año 2015 se desempeña como profesor Auxiliar de la cátedra de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA, sede central, turno tarde, a cargo del Prof. Dr. Adjunto Marcos Köhn Gallardo.



tiene asidero legal en el sistema penal paraguayo. Esta investigación ha arrojado como resultado que la suplantación de la identidad en redes sociales, en el Paraguay, constituye una verdadera problemática, pues representa más del 50 % de las denuncias formuladas en la Unidad Especializada de Delitos Informáticos. Sin embargo, esta conducta no se encuentra prevista en el Código Penal actual. En el epílogo de la investigación se ha llegado a la conclusión que el Estado paraguayo debe atender a través del sistema penal, la vulneración de bienes jurídicos, causadas con la comisión de suplantación de identidad. Como medida primordial urgente se debe proveer al Ministerio Público de herramientas jurídicas para la persecución penal de la conducta, mediante su tipificación en el Código Penal.

Abstract

This research pretends to expose identity theft and its legal treatment in Paraguay, and from that starting point, determine whether the juridical response granted to this offense is the appropriate, or a penal foresight of this type of felony is needed. The method adopted in this article is descriptive, since it seeks to make a characterization of the studied issue: cybernetic identity theft. Also, the approach of the present paper is qualitative, since it is focused on comprehending prosecutors' investigative work in cases of identity theft in social networking, and the arguments of their investigation. All this, with the aim at finding out whether the penal response granted in these cases, has legal foundation in paraguayan penal system. The result of this research is that, identity theft in social networking in Paraguay, represents more than the 50 % of the complaints reported at the Cybercrime Unit of the public prosecution authorities. Nevertheless, this offense is not foreseen in the current Penal Code. The conclusion of this research -see postscript- is that paraguayan State, through its penal system, must address the



violations of the protected legal assets, caused by identity theft. As an urgent measure to face this problem, the Public Ministry must be provided with legal tools to prosecute identity theft, by incorporating it in the Penal Code.

Ñembyapu'a

Ko investigación ohechauka mba'éichapa ojetrata hína ñande léi kuérape, Paraguái, péicha ñande rapicha rekove tee rehe ojejepohýi rei ramo umi redes sociales rupi, kóva rupive ojejeporeka kuaa porãta umi léi apytpépepa oïpa ko'ã mba'e téräpa tekotevêtava peteĩ jehapejoko mbarete ko'ávape guarã. Pe kuaapyrã oñemoañetéva ko tembiapópe ha'e oñemombe'u haguã mba'éichapa oiko umi oikóva: ojejepohýi vaíró tapicha reko teére informática rupive. Upéicha avei ko tembiapópe ojejesareko añete ha omombe'upaite umi jekuaapyrã, oikuaase katucte mba'éichapa ogueraha karai fiscal upe investigación ojuhu jave káso kuéra péicha tapicha rekove tee rehe ojejepohýi reíramo ojeporuhápe redes sociales kuéra ha omombe'u hekoitépe mba'érepa péicha ojejapo. Opa ko'ã mba'e oheka omyesakã porã ko'ã voi kóva ojejhúpa hína ñane sistema penal paraguay ryepýpe. Ko investigación ojuhu pe rapicha rekove tee rehe ojejepohýi rei oikóva hína ko ñane retãme ha'eha peteĩ apañuái guasu, denuncia kuéra oñemoguahêva Unidad Especializada de Delitos Informáticospe apyeté ojeju 50% voi káso kóva rehegua. Ha katu ko tembiapo vai kóva ndaipóri ete voi ñande Código Penal-pe, ko investigación ñe'ẽ ypýpe voi he'i mbykyhápe ñande Estado Paraguay ojesareko va'erã ñane sistema penal rupive ipererĩha ñande léi kuéra kóva rehegua, oikóramo pe tembiapo vai hérava tapicha rekove tee rehe ojejepohýi. Tenonderãite ha py'ae oñeme'ẽ va'erã pu'aka léi rupive Ministerio Público léi ikatúva oporojopy kóvape hembiapo vaívape, ojetipifica va'erã ñande Código Penalpe,



Palabras clave: Redes, identidad, suplantación, sanción, tratamiento.

Keywords: social networking, identity, theft, sanction, violation

Ñe'ẽ tee: redes sociales, tekove tee, jepohýi rei tekovére, sanción, vulneración

Suplantación de identidad en las redes sociales

El uso malicioso de las redes sociales en la sociedad de la información, ha generado la aparición de un nuevo escenario criminal que se ha denominado el mundo virtual, en donde no se aplican los conceptos de tiempo y espacio, al igual que en el mundo real y esto ha ocasionado un sinnúmero de interrogantes y vacíos jurídicos. Uno de esos usos maliciosos de las redes sociales constituye la creación de perfiles falsos, que jurídicamente crea una forma de suplantación de la identidad personal en redes sociales. Son víctimas de este hecho tanto personas físicas como jurídicas y los fines ilícitos son generalmente el perjuicio moral o patrimonial.

La realidad jurídica actual sobre el asunto es la imprevisión legal de esta conducta, lo que ha generado, a parte de la sensación de impunidad en la sociedad, serios problemas al órgano fiscal en cuanto a la imposibilidad de procesar penalmente a los creadores de perfiles falsos en redes sociales, situación que conduce a la desestimación de este tipo de denuncias, en cumplimiento del mandato del principio de legalidad penal.

En ese entendimiento, se tiene como objetivo demostrar la utilidad del procedimiento investigativo actual que se practica en la Unidad Especializada en Delitos Informáticos con relación a dichas denuncias. En ese sentido, se pretende analizar la adecuación al principio de legalidad y procesal penal. Y, a partir de



allí, ensayar una propuesta legalista penal que llene el vacío legal existente.

En esa línea en el Código Penal paraguayo, sancionado por Ley n.º 1.160/97, ya se introdujeron varios tipos penales como: Operaciones fraudulentas por computadora, Alteración de datos, Sabotaje de computadoras, que la doctrina especializada identifica como tipos penales propios de los llamados delitos informáticos.

Sin embargo, el avance de la tecnología y en especial de Internet, ha sobrepasado la capacidad estatal de hacer frente a las conductas maliciosas realizadas con el uso de estos medios. No obstante, con el afán de prever esta situación, se ha aprobado la Ley n.º 4439/2011, que modifica y amplía algunos artículos del Código Penal. Sin embargo, actualmente esta ley resulta nuevamente insuficiente para castigar determinadas conductas realizadas con el uso de la tecnología, en especial el hecho de los perfiles falsos en redes sociales o lo que en la doctrina o legislación penal extranjera como la de Costa Rica, por ej., se denomina suplantación de la identidad.

Por lo tanto, se aborda aquí el tema de la suplantación de la identidad personal que se verifica únicamente en las plataformas de redes sociales, sin analizar todos los otros supuestos de suplantación de la identidad del entorno virtual. Para ello, se ha hecho un estudio de campo en la Unidad Especializada de Delitos Informáticos, con relación a la intervención penal realizada ante este tipo de hechos.

Se adopta primero un concepto de suplantación de la identidad en redes sociales, con el análisis de sus componentes. Luego se estudia los procedimientos



de investigación y finalmente se formula una propuesta legislativa para que la respuesta jurídico-penal sea conforme a los principios penales.

El estudio de campo, se realizó mediante entrevistas con informadores calificados de la citada Unidad Especializada, a cerca de las causas penales ingresadas desde el año 2010, año en el que se crea dicha Unidad, hasta el mes de setiembre de 2016. Esto con el fin de obtener un panorama real sobre el asunto, como ser, la cantidad de denuncias que representa los hechos de suplantación de la identidad en redes sociales.

En ese contexto, se ha formulado una pregunta general: ¿Cuál es la percepción de los representantes de la Unidad Especializada de Delitos Informáticos sobre el tratamiento legislativo en Paraguay de la conducta de la suplantación de la identidad personal en redes sociales?

Finalmente, de esta problemática, surgen como objetivo general, que se tratará de alcanzar: Analizar la percepción de los representantes de la Unidad Especializada de Delitos Informáticos sobre el tratamiento legislativo en Paraguay de la conducta de la suplantación de la identidad personal en redes sociales.

La suplantación de identidad personal en redes sociales y el código penal actual.

Suplantación de la identidad personal en redes sociales, es una conducta que se lleva a cabo en las plataformas virtuales de Internet que ofrecen servicios de redes sociales¹ como Facebook o Twitter, por mencionar las más conocidas.

1 - El estudio de la problemática de la suplantación de la identidad en redes sociales, se aborda desde una visión genérica y no adecuada a una red social en cuestión, ya que existen infinitas de plataformas de redes



Esta conducta ha tomado un verdadero auge por la expansión del uso de las redes sociales, para distintos fines como comunicación, ocio, negocios, etc. Para encauzar ésta problemática, se debe esbozar una definición del fenómeno.

Suplantación de la identidad personal en redes sociales. Concepto.

Es aquella conducta delincuencia² llevada a cabo en una plataforma web de una red social, definida ésta como un sitio o lugar virtual, que se desenvuelve en Internet, en el que las personas intercambian informaciones o intereses sobre cualquier asunto, interactuando mediante cuentas personales denominadas perfiles, donde el suplantador –sujeto activo– se hace pasar por otra persona de existencia real, mediante la creación de un perfil que utiliza el nombre e imagen o cualquier otra información o dato que permita identificar de manera indubitada a una persona del suplantado –sujeto pasivo-víctima del hecho– generando un error o confusión en este ámbito de relaciones.

Suplantación o usurpación³ de la identidad personal, sostiene Toth Sydow (2015)⁴ que es la apropiación de las características y demás identificaciones personales para hacerse pasar por otro, sin permiso alguno.

Una suplantación de identidad en redes sociales puede presentarse de diversas formas, puede ser:

sociales, por lo que encausar el trabajo a una en especial, no se alcanzarían los objetivos fijados en el trabajo.
2 - Aquí la palabra “delincuencia” es utilizada para expresar que de una u otra forma la conducta en cuestión genera lesión a un derecho o una pretensión legítima de una persona, sin que el término utilizado sea entendido desde el punto de vista estrictamente penal.

3 - La doctrina consultada sobre el tema, de manera unánime utiliza los términos usurpación y suplantación, como sinónimos.

4 - Furtos de identidade é apropriação das características e identificação pessoais de outrem para fazer-se passar por este, sem que, contudo, tenha recebido autorização para tanto” (pág. 117)



-Registrar un perfil falso, sin utilizar información personal de la persona suplantada. Por ejemplo, perfiles caricaturizados de personajes públicos, que juegan con la confusión al utilizar nombres de usuarios muy similares al oficial, e incluso imágenes de perfil de la persona suplantada. Ejemplos destacados son los perfiles caricaturizados de personajes políticos.

-Crear un perfil falso, utilizando datos personales de la víctima. Por ejemplo, un periodista italiano creó perfiles falsos de escritores famosos, llegando a publicar informaciones falsas, como la supuesta muerte de Gabriel García Márquez anunciada en el perfil falso de Umberto Eco.

-Acceder de forma no autorizada al perfil de la víctima en un servicio de Internet para hacerse pasar por él (...) (Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, INTECO, 2012, pág. 18).

Desde ya se puede advertir que, la última modalidad mencionada precedentemente, en la legislación penal paraguaya, se podría subsumir en el tipo del art. 146 b, Acceso indebido a datos; o en el supuesto del art. 174 b, Acceso indebido a sistemas informáticos; ambos tipos penales del Código Penal, Ley n.º 1160/1997, ampliado por Ley n.º 4439/2011. Es por ello que, en esta obra, se trata la suplantación de la identidad personal en las dos primeras variaciones, precedentemente citadas.

Breves consideraciones sobre Identidad y Redes Sociales

La suplantación de la identidad personal en redes sociales tiene dos elementos, cuyo estudio merece ser abordado escuetamente, por exigencias meto-



dológicas:

Identidad

Es difícil definirlo por ser complejo y tener muchos significados. El diccionario de la Real Academia Española (2014) la define con distintas acepciones, la que se adopta para este trabajo es la segunda: “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás”.

Se considera acertada y completa la definición brindada por Fernández Sessarego de la siguiente manera:

Entendemos como identidad personal el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de características de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su –mismidad– en lo que ella es en cuanto específico ser humano (...) Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos, pero, traspasado el presente existencial, se proyecta al futuro. (pág. 113).

Por lo tanto, se entiende por identidad personal aquello que hace que una persona sea lo que es y al mismo tiempo lo distingue de los demás, es decir, una persona puede ser idéntico solo a sí mismo y a lo sumo ser semejante a otro; determina a cada ser humano como único e irrepetible. El mismo Fernández Sessarego (1992), divide a la identidad en dos aspectos: una dinámica (identidad propiamente dicha); y la otra estática (identificación), que constituyen aquellos



atributos de la persona, que no puede modificarse, por lo menos a priori, como el nombre, el sexo, la imagen, etc.

Identidad virtual

Es factible hablar en estos tiempos de la existencia de una identidad en el entorno virtual. Así, para Alamillo Domingo (2010) la identidad virtual, desde una óptica simplista, constituye el conjunto de datos (lo que él llama atributos) que diferencia de manera suficiente una persona de otra persona o de otra entidad, en un ámbito determinado, este caso en el entorno virtual.

Por su parte, Toth Sydow (2015) sostiene, que el anonimato en Internet lleva a que cada usuario a que conviva e interactúe con otros cibernautas, sin nunca tener certeza quienes son realmente en la vida real, a pesar de que las redes sociales, exigen ciertas informaciones para la identificación del usuario, pero que queda al libre arbitrio de este poner los datos reales o ficticios, llevando al autor citado, a la conclusión que el usuario termina creando con esto, una identidad virtual, con una interfaz personalizada que puede o no coincidir con la identidad real⁵

Redes sociales

Una red social es una “plataforma web que permiten a los usuarios construir una red de conexiones con personas con las cuales desean compartir la información de perfil, novedades, actualizaciones de estado, comentarios, fotos u otras formas de contenido”, definición propuesta por el estudio Online Social (Network Sites and The Concept of Social Capital de la Universidad de Michigan, citado en Agustino y Guilayn & Monclús Ruiz, 2016, pág. 20). Se tiene pues

5 - “se puede decir que una persona tiene una identidad en el ciberespacio, desde el acceso, y que la identidad social puede ser de gran valor a su profesión a sus relaciones” (Toth Sydow, 2015, pág. 118)



que, una red social es un sitio en la web, en el que una persona, previo registro, mediante la creación de una cuenta, generalmente gratuita, denominada perfil, puede interactuar con otros usuarios de dicho sitio, compartiendo información, intereses comunes, ocios, entretenimiento y un sinnúmero de actividades dinámicas, en el que los principales actores son los propios usuarios. Es decir, son “como estructuras sociales compuestas por un grupo de personas que comparten un interés común, relación o actividad a través de internet” (Ponce, citado por Alonso García, 2015, pág. 20).

Para la Agencia Española de Protección de Datos y el Instituto Nacional de Tecnologías de Comunicación, INTECO, (citado por Fernández de Marcos, 2015), las redes sociales online son:

Servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil desde el que puede hacer públicos datos e información personal y que proporcionan herramientas que permiten interactuar con otros usuarios y localizarlos en función de las características publicadas en sus perfiles. (pág. 58).

¿Existe un tipo legal en el Código Penal actual que sancione la suplantación de la identidad personal en redes sociales?

Lo más cercano a la protección penal de la identidad, en el Código Penal paraguayo, se encuentra en la norma del art. 260, Abuso de documentos de identidad, que expresamente dispone:

1º El que, con la intención de inducir al error en las relaciones jurídicas, utilizara como propio un documento personal expedido a nombre de otro



o cediera a otro un documento no expedido para éste, será castigo con pena privativa de libertad de hasta dos años o multa.

El artículo en estudio no tutela directamente la identidad personal, en su faz dinámica, sino más bien es una protección de la identidad personal estática, o lo que se ha llamado en esta obra la identificación, en cuanto que busca proteger un signo distintivo de la persona: el nombre, más concretamente el documento que contiene al nombre.

Es por ello que, se sostiene la existencia de un vacío legal al respecto, pues el Código Penal vigente no tiene tipificada una norma que sancione una usurpación de la identidad de una persona, como lo prevé por ej., el Código Penal Español⁶, mucho menos una norma que sancione la suplantación de la identidad en redes sociales.

Respuesta jurídica penal ante la suplantación de la identidad digital en redes sociales

El Ministerio Público del Paraguay, tal como se encuentra configurado hoy, surge con la Constitución Nacional de 1992, que le atribuye función de institución que “representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado” (art. 266, C.N., 1992).

Conforme al citado art. 268 C.N. una de las atribuciones y deberes del Ministerio Público es la de “ejercer la acción penal (...)” (inc.3). Estas disposiciones constitucionales, deben conectarse con las reglamentaciones de la ley ritual penal. En este sentido, en el art. 18 de la Ley n.º 1286/1998, está regulado el prin-

6 - Ley Orgánica n.º 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español: “De la usurpación del estado civil Artículo 401: El que usurpare el estado civil de otro será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.”



cipio de legalidad procesal penal, que manda a la institución a ejercer la acción penal pública “de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, siempre que haya suficientes indicios fácticos de la existencia de los mismos”.

Entonces, ante una denuncia penal o cualquier otro acto que inicie una investigación penal, el fiscal, una vez evaluado los supuestos fácticos y entiende que los mismos pueden configurar eventualmente un hecho punible, deberá ejercer la acción penal, primero formulando una imputación, conforme al art. 302 del C.P.P., y si luego de las investigaciones realizadas en la Etapa Preparatoria, encuentra que existen méritos suficientes para elevar la causa a la Etapa de Juicio Oral y Público, deberá formular la Acusación de conformidad a lo dispuesto en el art. 347 del C.P.P.

Unidad Especializada de Delitos Informáticos del Ministerio Público.

La Unidad, fue creada en el año 2010, por Resolución de Fiscalía General del Estado R. G. E. n.º 3459, estableciendo su competencia en los siguientes tipos penales, en ese entonces del Código Penal vigente: art. 174 que refiere a la Alteración de datos; art. 175, Sabotaje de computadoras, art. 188, Operaciones fraudulentas por computadora y art. 248, Alteración de datos relevantes para la prueba.

La Resolución de la Fiscalía General, referenciada más arriba, fue ampliada por la Resolución F.G.E. n.º 4408 de fecha 15 de noviembre de 2011, fundada en la entrada en vigencia de la Ley n.º 4439/2011, que modificó y amplió varios artículos del Código Penal. Por tanto, se amplía la competencia de la Unidad Especializada de Delitos Informáticos en los siguientes tipos penales: art. 146 b) del C.Pág. Acceso indebido a datos; art. 146 c) del C.P. Interceptación de datos; artículo 146 d) del C.P. Preparación de acceso indebido e interceptación de datos;



art. 174 del C.P. Alteración de datos; art. 174 b) del C.P. Acceso indebido a sistemas informáticos; art. 175 del C.P. Sabotaje de sistemas informáticos; art. 188 del C. P. Estafa mediante sistemas informáticos; art. 248 del C.P. Alteración de datos relevantes para la prueba; art. 248 b) del C.P. Falsificación de tarjetas de débito o de crédito y otros medios electrónicos de pago.

En ninguno de los artículos precedentemente citados, se encuentra previsto un tipo penal de suplantación de la identidad virtual.

Criterios de actuación frente a los hechos de suplantación de la identidad en redes sociales.

En las resoluciones fiscales, F.G.E. n.º 3459/2010 y F.G.E. n.º 4408/2011, que crea y amplía la competencia, de la Unidad Especializada de Delitos Informáticos, respectivamente, se encuentran reglas de actuación en los casos de delitos informáticos. No obstante, los criterios de actuación, están regulados de manera más específica, en las Resoluciones F.G.E. n.º 1928/2013 y F.G.E. n.º 5142/2014, por la cual se aprueba y se modifica, respectivamente, el Manual de Funciones y Estructura Orgánica de la Unidad Especializa de Delitos Informáticos.

Dicho Manual, establece los actos que deben realizar la Unidad Fiscal que recibe una denuncia. Asimismo, estipula la existencia de una dependencia fundamental, la Coordinación de Apoyo Técnico, cuya función principal es “orientar técnicamente a los agentes fiscales en cuanto a la detección y determinación de los hechos punibles que son investigados por la Unidad Especializada, así como en la recolección de elementos probatorios” (Resoluciones F.G.E. n.º 1298/2013 y n.º 5142/2014; punto 3) del apartado II- Funciones, del Departamento de Análisis).



Para demostrar la manera de intervención, frente a las denuncias de suplantación de la identidad personal en redes sociales, resulta necesario considerar brevemente algunos trámites como: las formas de realización de la denuncia, los trámites de investigación y la salida procesal a dichas denuncias.

Maneras de iniciar la investigación

Una víctima de estos hechos o cualquier otra persona facultada a formular denuncias, generalmente, al tomar conocimiento que se ha suplantado o usurpado su identidad en redes sociales, acude a la Oficina de Denuncias Penales para formular su denuncia, en la mayoría de los casos de manera verbal y excepcionalmente por escrito. En dicha Oficina, se da ingreso de la denuncia al Sistema de Gestión Fiscal, SIGEFI y prácticamente en todos los casos con la siguiente carátula: “Innominado s/ A Determinar”; en virtud a que por las características de anonimato que ofrecen las redes sociales, en un principio no está identificado el autor del hecho y a determinar, por cuanto que dicha conducta no se encuentra expresamente tipificada en la ley penal de fondo. El sistema informático mencionado, arroja un número de identificación a la causa ingresada.

Dicha causa, al menos en la Unidad de Delitos Informáticos de Asunción, es derivada inmediatamente a la Unidad de Turno de dicha dependencia, para que sea atendida y se forme el cuaderno de investigación fiscal cumpliendo con el art. 281 del C.P.P.

Actos de investigación ante denuncias de suplantación de la identidad personal en redes sociales

Conforme al testimonio de los informantes calificados, al recibirse la denuncia, y al existir indicios de la comisión de un hecho punible, realizan la co-



municación del inicio de la investigación al Juzgado Penal de Garantías de Turno, conforme al art. 290 del C.P.P. Seguidamente, se recibe la declaración testimonial de la víctima conforme a las reglas del Código Procesal Penal según los arts. 202 al 213 y concordantes del C.P.P., acto en el que el funcionario fiscal que toma la declaración buscará que la víctima o denunciante, aporte más datos que pudiera esclarecer el hecho o encuadrar la conducta a un tipo penal previsto en el Código Penal actual.

Luego, la Unidad fiscal a cargo de la denuncia, solicita por Nota a la Coordinación de Apoyo técnico, la designación de un técnico de dicha dependencia, para que intervenga en la investigación. El actuar de la Coordinación ante denuncias de suplantación de la identidad en redes sociales, se circunscribe en asistir a la víctima a realizar el reporte del perfil falso⁷, a la red social que se trate, a fin de que se elimine el perfil de dicha plataforma de Internet. El técnico que realiza esta acción, lo asienta todo en un acta que, posteriormente es remitida a la Unidad Fiscal, para que sea agregada en el cuaderno de investigación penal.

Terminados los actos iniciales de investigación y al tener más claro el panorama de la plataforma fáctica de la denuncia –con la declaración testifical del denunciante y el acto técnico de la Coordinación– el Fiscal junto con sus auxiliares de investigación (Asistentes Fiscales, Secretarios Fiscales, etc.) analiza la denuncia formulada desde el punto de vista jurídico, para incorporarla a un tipo

7 - Cabe destacar que cada red social (por ej. Facebook, Twitter, Instagram, etc.), tienen su propia política de reporte de perfiles falsos, que cualquier persona lo puede hacer y en la propia red social, sin embargo, muchos usuarios desconocen estas reglas, por sobre todo las reglas mismas del funcionamiento de la red social en cuestión y no lo utilizan. Por lo que la Coordinación de Apoyo Técnico brinda este apoyo a la víctima para el reporte del perfil falso que utiliza una identidad ajena en la red social.



penal, por exigencias del art. 1 y concordantes del Código Penal, a fin de tomar una decisión jurídica: continuar con la investigación para fundar un requerimiento conclusivo por estar ante un hecho punible; o desestimar la denuncia por atipicidad de la conducta.

Salida procesal a la suplantación de la identidad personal en redes sociales

La “Investigación Fiscal Preparatoria, concebida como un conjunto de actos y diligencias, fundamentalmente de investigación, orientados a determinar si existen razones para acusar y someter a una persona a juicio” (INECIP-Paraguay, Ley n.º 1286/1998 Código Procesal Penal, Exposición de Motivos, pág. 49, citado en Köhn Gallardo, 2000, pág. 28). Por lo que, se debe agotar previamente los actos propios de la Etapa Preparatoria, para resolver una salida procesal a una denuncia presentada.

Ahora bien, debe decirse que es incalculable la cantidad de conductas que se pueden cometer a través de un perfil falso, lo que hace que este hecho, en el mayor de los casos, no sea solamente una suplantación de la identidad personal, sino que la misma, a veces es pluri ofensiva, es decir, afecta más de un bien jurídico, y no solo el derecho de disponer del nombre y la imagen, es decir, la identidad personal. Ya que, se puede cometer a través de perfiles falsos, amenazas, delitos contra el honor, difusión de pornografía infantil, etc.

En este sentido, se ha adoptado en la Unidad de Delitos Informáticos, con buen criterio desde el punto de vista del autor, no rechazar de entrada una denuncia que a priori constituye un hecho de suplantación de identidad digital en redes sociales (por atipicidad), sin la realización de actos iniciales de investiga-



ción y el análisis jurídico correspondiente por la Unidad a cargo de la denuncia, ya que puede estar subyacente un hecho punible mucho más grave, que requiera la intervención fiscal. Es por esto también, que la tarea jurídica que realiza la Unidad Fiscal, luego de las investigaciones iniciales, adquiere verdadera relevancia.

Si bien la Unidad de Delitos Informáticos, no tiene una estadística concreta de la cantidad exacta de causas ingresadas por denuncia de suplantación de la identidad en redes sociales, no obstante, de la investigación realizada por medio de entrevista con informantes calificados, Agente Fiscal y encargada de la Oficina de Denuncias, de dicha dependencia especializada, se tiene que la suplantación de la identidad en redes sociales, denunciadas, fueron las realizadas de las siguientes formas:

a) Creación de perfiles ficticios (con la utilización de identificaciones – nombre e imagen– genéricas que no identifican a una persona en concreto).

b) Entrada de manera irregular a un perfil real, existente en una plataforma de red social, “tras lo cual lo más habitual es difundir información falsa a través de la parte pública del perfil muro” (Alonso García, 2015, pág. 484).

c) Registro de un perfil, mediante la utilización de la identidad –nombre e imagen– de una persona física o jurídica, que la identifican en concreto.

En relación a la primera forma de suplantación, es criterio de la Unidad de Delitos Informáticos, que dicha conducta no constituye un hecho punible, por lo que la salida procesal que se otorga a esta variedad denunciada, consiste en requerir al Juzgado Penal de Garantías de Turno, de conformidad al art. 305 del C.Pág.P, que disponga la desestimación de la denuncia por atipicidad de la con-



ducta. Es más, Alonso García (2015) sostiene que el “registro en una plataforma de red social mediante datos personales ficticios, no constituye delito de usurpación de estado civil y por sí sola ni siquiera constituye delito” (pág.484), ya que no afecta ningún bien jurídico de relevancia penal, salvo en el caso que subyazca la comisión de un hecho punible como puede ser una difamación, calumnia, injuria, difusión de pornografía infantil, etc.

Con relación a la segunda forma de suplantación, si bien el Código Penal no protege el hecho de la usurpación de la identidad de la víctima, se castiga la vulneración de sistemas de seguridad y de datos, por lo que este tipo de conducta se subsume en el tipo del art.146 b, Acceso indebido a datos, o en el tipo del art. 174b, Acceso indebido a sistemas informáticos, previstos en la Ley n.º 4439/2011 que amplía el Código Penal. Por lo que, en estos casos, la Unidad Fiscal, continúa la investigación, por ser típica la conducta, para reunir elementos de convicción que sirvan de fundamento a la salida procesal que corresponda (Desestimación, Imputación, Salidas Alternativas, Acusación, etc.).

El tercer caso, requiere una especial consideración. Surge de la información brindada por el Agente Fiscal Abg. Ariel Martínez (actualmente presta servicio en otra institución), que en la Unidad n.º1, predominan casi de manera absoluta las denuncias realizadas de perfiles falsos de este supuesto. Y que, en prácticamente todos los casos, la suplantación es realizada con el fin de difundir información falsa sobre la persona suplantada, con datos de carácter privado o de otra índole que tiene como fin dañar el honor o la reputación de la víctima, lo que se podría encuadrar en tipos penales de calumnia, difamación o injuria –dependiendo del tipo de información difundida– en menor medida se encuentran



aquellos casos, en el que el perfil falso es creado para realizar amenazas; también están los casos que tienen por fin el engaño a terceras personas que interactúan en las redes sociales, para obtener un beneficio patrimonial indebido, conducta que puede encuadrarse al tipo penal de estafa.

En los casos que subyace un delito de acción penal privada, conforme al art. 17 C.P.P., como en los supuestos que a través del perfil falso se cometa un hecho de difamación, injuria o calumnia, la desestimación de la denuncia en virtud al art. 305 C.P.P., se hace no por atipicidad de la conducta, sino en virtud a que al ser de acción privada la persecución de la conducta debe hacerse mediante querrela autónoma ante el Juez Penal que corresponda, casos en el que la intervención del Ministerio Público no se encuentra legitimada.

La Unidad Fiscal, generalmente en su Requerimiento de Desestimación, recomienda a la víctima haga uso del derecho que le asiste en virtud del art. 423, Auxilio Judicial previo del C.P.P., pues necesitará de la ayuda judicial para obtener informaciones ya sea de la red social en cuestión o de la proveedora de Internet, etc., para tratar de individualizar al autor y esclarecer el hecho.

Entonces, se tiene que ante un hecho de suplantación de identidad en redes sociales (al menos del primer y tercer supuesto antes citados), la salida procesal que se le da en la Unidad Especializada de Delitos Informáticos, luego de realizar las investigaciones iniciales y el estudio jurídico correspondiente, es la desestimación de la denuncia, mediante requerimiento al Juez Penal de Garantías de Turno, por atipicidad de la conducta, en virtud al art. 305 del C.P.P., si la misma se trata solamente de suplantación de identidad, sin que configure otro hecho que requiera de la persecución penal fiscal. Es así que, en los casos de simple



suplantaciones de identidad (que podría decirse inofensivas), como la práctica frecuente en redes sociales, de suplantar la identidad de personas famosas (como ser políticos, deportistas, artistas, etc.), creadas con el solo cometido de contactar o interactuar con seguidores, sin que la conducta del suplantador constituya otro hecho punible, como en los casos citados más arriba, la víctima de este caso no tiene otro remedio, (pues, la simple suplantación de identidad no se encuentra tutelada por el Derecho Penal paraguayo actualmente), que soportar la realización de estas conductas, o a lo sumo puede solicitar la eliminación del perfil a la red social en cuestión, pero no podrá perseguir penalmente dicho hecho.

Importancia de un marco legislativo penal que regule la conducta de la suplantación de la identidad informática en redes sociales

No existe un marco legislativo penal que prevea este tipo de hechos, a pesar de lo patente que resulta ser la afectación de intereses o derechos de las personas. Esto exige una actualización del derecho penal paraguayo.

Lesividad de la suplantación de identidad en redes sociales

El derecho penal es la rama del derecho público interno, y como toda norma jurídica, tiende a ordenar las conductas humanas para hacer posible las relaciones sociales y la vida misma en sociedad. El derecho penal postula varios principios, que aparte de ser el cimiento de esta rama del derecho sirve como limitadores al poder punitivo del Estado. Entre estos principios adquiere relevancia para este apartado, el de intervención mínima, como herramienta para sobre encausar las relaciones sociales, rotas con la comisión de un ilícito, al que se acude en última instancia. Es decir, se acude al Derecho Penal cuando otras ramas jurídicas u otras herramientas no pudieron dar solución a un problema, es



por ello que también se dice que esta rama del derecho público es de última ratio.

Muñoz Conde & García Ará, sostienen que este principio consagra que “el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes (...). Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho” (2010, pág. 72). Por ello, si se pretende tipificar la conducta de suplantación de la identidad, se deberá, por lo menos demostrar que causa una lesividad tal a bienes jurídicos protegidos por el derecho, que justifique su atención por del derecho penal.

Se ha dicho que, con el avance de la informática y las Tecnologías de la Información y la Comunicación, TICs en general, han surgido nuevos espacios de criminalidad: el espacio virtual. Ante este nuevo fenómeno, se requiere de un nuevo paradigma que otorgue una solución acorde, es decir, el derecho no puede estar ajeno a esta realidad y debe actualizarse, situación no fácil por el vertiginoso avance de la tecnología, por lo que resulta una tarea prácticamente imposible al derecho, seguir los pasos apresurados de la tecnología. Pero por lo menos se debe tratar de seguir el rastro a estas nuevas realidades. Si bien, no existe en el Paraguay, que sea conocimiento del autor, un estudio socio-criminológico de la suplantación de la identidad en redes sociales, del cual se pueda inferir la lesividad suficiente de estos hechos; este carácter, se puede inferir de la cantidad de denuncias sobre perfiles falsos recibidas en la Unidad de Delitos Informáticos del Ministerio Público, desde su creación en setiembre de 2010 hasta el mes de setiembre de 2016, que ingresaron un total aproximado de mil cuatrocientas (1400) causas, de las cuales casi el 60 % representan denuncias por suplantación de la identidad en redes sociales. Este porcentaje es más que suficiente para afirmar



que la conducta en estudio, es un hecho lesivo para la sociedad, pues por ello las víctimas acuden al Ministerio Público, con la esperanza de sanar, penalmente, el daño que se les ocasiona con esta conducta.

Actualmente, a dichas denuncias no se le está dando la respuesta penal adecuada a consecuencia del vacío legal, cuya solución y atención legislativa resulta imperiosa, para llenar la expectativa ciudadana, reflejada en la cantidad de denuncias recibidas por este tipo de hecho.

Necesidad de ajustes legales en el Código Penal actual.

De todo lo sostenido precedentemente, se tiene que hay una exigencia de actualización urgente de la legislación penal, acaso no siguiendo con los requisitos de la medida y el análisis profundo que requiere toda reforma, usando las palabras de De la Mata Barranco (2010) cuando analiza la necesidad de la tipificación de los delitos informáticos en el derecho penal, tal vez estas conductas no tengan la relevancia de situaciones de la Política Criminal, de igual manera debe ser atendida y de manera urgente por el sistema penal paraguayo.

El avance de la informática no solo trajo grandes beneficios a la humanidad, sino también vino de la mano nuevas modalidades delictivas, que perfecciona o facilita, mediante el uso de la informática, la comisión de delitos tradicionales, como igualmente surge nuevas conductas que lesionan derechos legítimos de las personas, que plantea “la necesidad de tutelar nuevos intereses sobre los que hasta ahora no se había reflexionado (...)” (De la Mata Barranco, 2010, pág. 16), como en este caso, la suplantación de la identidad en redes sociales.

La relevancia de la identidad virtual, que el individuo forja y crea en el



contexto digital, queda fuera de toda duda. Es por ello que, a criterio del autor, es el derecho penal el que tiene la capacidad “como último eslabón de la cadena de tutelas jurídicas posibles (...) para dar cobertura preventiva y sancionadora” (De la Mata Barranco, 2010, pág. 16) en la protección de esta identidad, en las redes sociales.

Inclusión en el Código Penal del tipo de Suplantación de la identidad virtual

Se ha sostenido en toda la obra la necesidad de la tipificación de la suplantación de la identidad en redes sociales.

Al respecto, la técnica legislativa exige siempre que, para la regulación de una conducta en una ley, debe hacerse de la manera más genérica posible, con el fin de que la mayor cantidad de supuestos caigan dentro del ámbito de protección de dicha norma. Sin embargo, esta generalidad, en el derecho penal, tiene dos límites esenciales, deducidas del principio de legalidad del art. 1 del C.P.: la prohibición de ambigüedad y vaguedad, lo que se traduce en el principio de taxatividad penal.

Siguiendo estas directrices, lo más adecuado, es la redacción de un tipo penal que incluya todos los supuestos de suplantación de identidad en el mundo virtual o en el contexto digital⁸, no solo la suplantación en redes sociales, que más bien sería una forma o modalidad, pues con la usurpación de la identidad de otro

8 - Debe advertirse, que el Código Penal actual, con la ampliación por Ley n.º 4439/2011, en el art. 248b, ya sanciona una forma de suplantación de identidad virtual, que se realiza con la falsificación de tarjetas de débito o de crédito y cualquier medio de pago electrónico. Esta conducta no es otra cosa en que el autor “roba” la identidad virtual que tiene la víctima en sus tarjetas o medio de pago electrónico y se hace pasar por ella (ya sea en cajeros automáticos, comercios, etc.) para obtener un beneficio patrimonial indebido.



“se pueden cometer múltiples fraudes, se puede poner en cuestión la honorabilidad de la persona suplantada, al atribuirle hechos o expresiones que nunca había realizado (...)” (Galán Muñoz, 2010, pág. 170).

Hay que partir reafirmando nuevamente que el derecho penal paraguayo no tutela la identidad como tal, sino lo que se protege son los medios de exteriorización de la identidad, es decir, solo se tutela la integridad del documento identificador. Por lo tanto, una reforma del Código Penal, primeramente, debe atender la suplantación de la identidad analógica, es decir aquellas que se realiza en el mundo real (en contraposición del mundo virtual o las redes telemáticas). Se debe punir a aquellas personas que en el mundo real se hacen pasar por otras personas, por ese solo hecho. Y añadido a eso, la tipificación de esta conducta, pero cometida en contra de la identidad forjada en las redes telemáticas.

Para lograr la reforma penal, resultaría de bastante ayuda observar la legislación comparada, de algunos países sobre el asunto.

Así, se había sostenido que España tiene tipificado en el art. 401 del Código Penal, la usurpación del estado civil: “El que usurpare el estado civil de otro será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años”.

Al respecto, sostiene Alonso García (2015), que este tipo penal se encuentra normada desde el Código Penal de 1870.

En España, bajo este tipo penal, redactado de manera muy genérico, se incluyen los hechos de suplantación de la identidad en el mundo físico y el virtual. La jurisprudencia española ha fijado el alcance de este artículo, y de forma coincidente ha sostenido que para que se configure la suplantación de identidad



en las redes sociales, “se exige el propósito de sustitución plena de la personalidad global del afectado, privando totalmente de ella a otro y sustituyéndole en el ejercicio de todos sus derechos” (Alonso García, 2015, pág. 487).

Con este criterio, muy difícilmente se configure una suplantación de la identidad en redes sociales, teniendo en cuenta que las personas desarrollan solo una parte de su vida en la plataforma virtual, por ello nunca se dará una suplantación plena de la personalidad, pues en el caso de las redes sociales eso es solamente parcial. En el país ibérico, contra esta jurisprudencia constante, en virtud al inconveniente referenciado, se vienen levantando voces de renombrados doctrinarios, que exigen un cambio en la jurisprudencia, como Agustino y Guilayn & Monclús Ruiz (2016):

Esta postura, que es en definitiva la sostenida por el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales, genera en ciertos aspectos -y desde mi punto de vista- cierta impunidad para comportamientos que actualmente pueden cometerse a través de las redes sociales. Cada vez es más frecuente (...) suplantación en la identidad de ciertos políticos, deportistas, cantantes (...), lo que conforme a la jurisprudencia ya descrita no tendría reproche penal. (pág. 85)

En Chile, por su parte se tiene regulado la suplantación de la identidad en el art. 214 del Código Penal:

El que usurpare el nombre de otro será castigado con presidio menor en su grado mínimo, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderle a consecuencia del daño que en su fama o intereses ocasionare a la persona



cuyo nombre ha usurpado.

Como se observa, es una regulación bastante genérica como la española. Sin embargo, existe un proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados de Chile (que el autor no ha podido confirmar si fue aprobado o no), en el año 2014, que pretende ampliar el art. 214 del Código Penal chileno, con el fin de tipificar expresamente la suplantación virtual, de la siguiente manera:

En caso que dicha suplantación se realizare a través de internet, redes sociales o cualquier otro medio, ocasionando daños a terceros, será castigado con presidio menor en su grado medio y multa de 5 a 30 UTM⁹

En Costa Rica, finalmente, para no extender el estudio comparado, por Ley n.º 9048/2012 que reforma varios artículos del Código Penal, específicamente de la Sección VIII, de Delitos Informáticos y Conexos, del Título VII del Código Penal, regula en el art. 230 la suplantación de identidad:

Suplantación de identidad: Será sancionado con pena de prisión de tres a seis años quien suplante la identidad de una persona en cualquier red social, sitio de Internet, medio electrónico o tecnológico de información. La misma pena se le impondrá a quien, utilizando una identidad falsa o inexistente, cause perjuicio a un tercero. La pena será de cuatro a ocho años de prisión si con las conductas anteriores se causa un perjuicio a una persona menor de edad o incapaz.

Propuesta de redacción penal del tipo de suplantación de la identidad

Observada la práctica de las legislaciones extrajeras, en el apartado an-

9 - Unidad tributaria mensual (UTM) es una unidad de cuenta usada en Chile para efectos tributarios y de multas.



terior, se puede proponer una redacción penal para la tipificación de la conducta en estudio.

Para ello primeramente debe justificarse cuál es el bien jurídico que se afecta con esta conducta. Así, teniendo en cuenta que, con la suplantación de identidad, el efecto que ocasiona inmediatamente es la confusión sobre la verdadera identidad de las personas que intervienen en una relación, entonces este hecho debe ser incluido en el Título V Hechos Punibles contra las Relaciones Jurídicas, del Libro II del Código Penal paraguayo actual.

Así, es criterio del autor que el art. 260 Abuso de documento de identidad, incluido en el Título referenciado, debe ser derogado, para lograr una protección integral y amplia de la identidad y no solo del documento identificatorio. Y en su lugar, debe incluirse la tipificación de la suplantación de la identidad.

La redacción del art. 260 del actual Código Penal, podría proponerse de la siguiente manera:

art. 260, Suplantación de la identidad: 1° El que suplante la identidad personal de otro para inducir al error en las relaciones jurídicas, será castigada con pena de multa.

2° Si la conducta es realizada mediante la utilización como propio un documento personal expedido a nombre de otro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

3° Se entenderá como documento personal todo aquel que acredite la identidad de una persona.



Además, se debe incluir en el Código Penal, la siguiente redacción, en el mismo capítulo del bien jurídico tutelado:

art. 260b, Suplantación de la identidad virtual: 1° El que suplante la identidad personal de otro en cualquier red social, sitio de Internet, medio electrónico o tecnológico de información, será castigado con pena de multa. La misma pena se le impondrá a quien, utilizando una identidad falsa o inexistente, cause perjuicio a un tercero.

La disquisición realizada, en cuanto a incluir dos tipos penales en el Código Penal sobre suplantación de identidad obedece, a que en el primer supuesto (la propuesta del art. 260) lo que se afecta directamente es la identidad personal de las personas, realizada en el entorno real, por lo que en este caso la competencia de investigación debe recaer una Unidad Penal Ordinaria. En cuanto al segundo supuesto (propuesta del art. 260b), lo que se vulnera directamente son la integridad, confidencialidad y/o disponibilidad de los datos o información, que la víctima a forjado en una plataforma telemática en aras de formar una identidad virtual (o al menos tiene el derecho reconocido de forjarla); y estos bienes jurídicos son de protección de los llamados delitos informáticos. Por lo que, en este caso debe ser competente para la persecución penal la Unidad Especializada de Delitos Informáticos.

Finalmente, en cuanto a la diferencia de penas entre ambos casos de suplantación (la primera privativa de libertad o multa y la segunda solo multa), obedece al grado de afectación de los bienes jurídicos, pues la cometida en el ámbito virtual, por lo menos por ahora, resulta ser de menor afectación.



Resultados

En este punto debe verificarse si se han logrado los objetivos propuestos. Así, como cometido principal del trabajo se tiene que es analizar la percepción de los representantes de la Unidad Especializada de Delitos informáticos sobre el tratamiento legislativo en Paraguay de la conducta de la suplantación de la identidad personal en redes sociales. Para verificar la concreción de este objetivo macro, se debe pasar revista si se ha cumplido con las metas propuestas. De ese modo, conforme a los objetivos pactados, se deduce que no se ha encontrado un tipo penal del Código Penal paraguayo en el que se encuadre la suplantación de la identidad en redes sociales, por ser una conducta atípica.

En cuanto, al segundo objetivo propuesto, de verificar las respuestas jurídicas que se otorga a las denuncias sobre suplantación de la identidad digital en redes sociales, por la Fiscalía de Delitos Informáticos del Ministerio Público, se ha comprobado que en todos los casos de suplantación (al menos del primer y tercer supuesto citado en el trabajo), la salida que se ha dado fue la desestimación de la denuncia, conforme al art. 305 del C.P.P.

Finalmente, en cuanto al último objetivo fijado, se ha llegado a la conclusión que el ajuste que debe hacerse al Código Penal, para dar una respuesta jurídico-penal a estas conductas, es su tipificación expresa en el Código de fondo como delito, mediante una propuesta de redacción del tipo penal.

Conclusiones

La investigación realizada demuestra que el uso de la informática en el devenir de la vida humana, es innegable. Igualmente, en los tiempos que trascurre el uso de las redes sociales, incide de manera transversal en muchos asuntos



como ser el ocio, los negocios, las noticias, el deporte etc., y muchas personas pasan horas en una plataforma de red social, interactuando con otros usuarios. Este entorno se caracteriza por el anonimato y la libertad, circunstancia que origina un ambiente ideal para la comisión de manera más fácil delitos como calumnias, difamaciones, injurias, amenazas etc.

Ha quedado verificado que no se encuentra tipificado en el Código Penal actual el hecho de suplantación de la identidad en redes sociales, en su modalidad de creación de perfil falso, que permita su persecución penal. Es más, la protección misma de la identidad en el derecho penal interno es tímida, incompleta, solo protege la integridad del documento identificatorio y no la identidad misma.

A pesar de la atipicidad de la conducta de suplantación de identidad en redes sociales, en la modalidad mencionada, el Ministerio Público a través de la Unidad Especializada de Delitos Informáticos, recepciona las denuncias de este tenor, pues resultaría arriesgado no atender estos reclamos sociales, ya que puede subyacer algún delito que sí sea perseguible por la Fiscalía, como ser la difusión de pornografía infantil, por citar un hecho punible de acción penal pública. Es así que, luego de admitidas las denuncias se realizan los análisis técnico-jurídicos y esto lleva, en prácticamente todos los casos, a la desestimación de la denuncia por el art. 305 del C.P.P., ya sea por atipicidad de la conducta o por la existencia de un obstáculo legal.

En este último caso, sin embargo, queda expedita una vía de reclamación a la víctima: la promoción de la querella autónoma; pues como se dijo en muchos casos subyace un delito de acción penal privada como la difamación, calumnia, injuria, etc. por cuanto que los perfiles falsos son creados generalmente con el fin



de atribuir hechos y declaraciones, falsos, o juicios de valor negativo, a la víctima.

Sin embargo, la simple suplantación de identidad en redes sociales, es decir, en aquellos casos en los que se crea un perfil falso (generalmente de un famoso) con el solo cometido de ganarse muchos seguidores en una plataforma virtual de redes sociales, sin realizar otras acciones que se encuadre en algún delito, queda sin ninguna posibilidad de persecución, ni con la promoción de la acción penal privada, pues en estos supuestos la laguna legal es absoluta.

Como corolario se sostiene que la problemática de la suplantación de la identidad personal en redes sociales exige que su atención por el sistema penal paraguayo no siga siendo postergada.

Recomendaciones

- Recomendar a la Unidad Especializada de Delitos Informáticos, a que elabore una estadística exacta sobre la cantidad de denuncias existente en dicha Unidad sobre hechos de suplantación de la identidad en redes sociales.
- Elaborar una estadística acerca de la cantidad de denuncias existente en la Unidad Especializada en Delitos Informáticos referentes a los hechos de suplantación de la identidad en redes sociales.
- Promover mediante el uso de las plataformas de comunicación del Ministerio Público, una campaña sobre las medidas que debe adoptar un usuario de la red social para evitar en lo posible ser víctima de suplantación de identidad y en caso de serlo, a que conozca las herramientas que tiene a su alcance, en la propia plataforma de la red social para reportar



por sí misma, los casos de suplantación de identidad.

- Capacitar a los funcionarios de la Oficina de Denuncias Penales, para que puedan identificar, cuando la denuncia presentada trata de una simple suplantación de identidad en redes sociales que no merezca la atención de la Unidad Fiscal, a los efectos de evitar, al menos hasta que se tipifique expresamente esta conducta, dar ingreso a la denuncia, actuando como primer filtro institucional.
- Finalmente, proponer que los representantes del Ministerio Público, analicen esta problemática y se formule un anteproyecto de tipificación de esta conducta que deberá ser remitida al Congreso Nacional para su atención legislativa.

Referencias

- Agustinoy Guilayn, A., & Monclús Ruiz, J. (2016). Aspectos legales de las redes sociales. Barcelona, España: Bosch.
- Alamillo Domingo, I. (2010). Identidad electrónica, robo de identidad y protección de datos personales en la red. En A. E. Datos, Robo de Identidad y Protección de Datos (pág. 17). Navarra, España: Arazandi S. A.
- Alonso García, J. (2015). Derecho Penal y Redes Sociales. Navarra, España: Arazandi, SA.
- Constitución Nacional. (1992). Asunción, Paraguay: Vazpi.
- De la Mata Barranco, N. J. (2010). Ilícitos vinculados al ámbito informático: la respuesta penal. En J. L. De la Cuesta Arzamendi, N. J. De la Mata Ba-



- rranco, I. Esparza Leibar, C. San Juan Guillén, A. I. Pérez Machío, S. Garitaonandia, L. Hernández Díaz, & T. Reuters (Ed.), *Derecho Penal Informático*. Navarra-Pamplona, España: Aranzadi, SA.
- Fernández Sessarego, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea.
- Fernández de Marcos, L. D. (2015). *Implicaciones socio-jurídicas de las Redes Sociales* (Primera ed.). Navarra, España: Aranzadi SA.
- Galán Muñoz, A. (2010). El robo de identidad: aproximación a una nueva y difusa conducta delictiva. En A. E. Datos, & T. Reuters (Ed.), *Robo de identidad y protección de datos* (págs. 169-197). Navarra, España: Aranzadi, SA.
- Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO). (Junio de 2012). Recuperado el 8 de Setiembre de 2016, de http://www.albacetejoven.es/archivos/uploads/guia_identidad_reputacion_usuarios_INTECO.pdf
- Köhn Gallardo, M. A. (2000). *Manual para jueces penales*. Asunción, Paraguay: Center for State Courts (NCSC) USAID, Imprenta Makrografic.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General* (Octava ed.). (T. I. Blanch, Ed.) Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. Barcelona: S. L. U. Espasa Libros.
- Toth Sydow, S. (2015). *Crimes informáticos e suas vítimas* (Segunda ed.). (R. Navarro, Ed.) Sao Paulo, Brasil: Editora Saraiva.



Artículo de actualidad

El hacker y sus conductas The hacker and its behaviors Hacker kuéra ha hekovekatu

*Giovanni Michelle Grisetti Valiente**

Ministerio Público de la República del Paraguay

Recibido: 30.11.16 Aceptado: 09.12.16

Resumen

El avance tecnológico en la actualidad es incesante y con esta realidad surgen nuevas formas delictivas. Una de esas modalidades es el acceso no autorizado a redes informáticas. Esta particularidad tiene vertientes y una de ellas es el hacker, que a su vez se conocen dos comportamientos diferentes, una de ellas la del hacking ético y cuando actúa de una manera ilegal se denomina cracker. La primera figura es la que se analizará en esta oportunidad y representa a la persona que ingresa sin autorización a una red informática con el solo fin de observar, advertir errores, falencias y hasta recabar datos sobre hechos punibles del usuario hackeado. Por ello, el Derecho Penal a nivel internacional ha reprimido este tipo de conductas, por lo que se sugiere tomar esa tendencia para la legislación nacional. Con ese fin, se realiza una descripción de los prototipos penales que castigan

*** AgenteFiscal, Director de Denuncias Penales del Ministerio Publico, Asunción, Paraguay. Email: giogrisetti@gmail.com.**

Egresado de la Universidad Nacional de Asunción, año 2009. Notario y Escribano Publico, egresado de la Universidad Privada del Este. Diplomado en Dogmática Penal en el Centro de Ciencias Penales y Política Criminal. Diplomado en Derecho Penal Económico. Diplomado en Derecho Constitucional de la Universidad di Bologna (Italia). Especialista en Ciencias Penales por el Centro de Ciencias Penales y Política Criminal. . Docente e Investigador del Centro de Entrenamiento, funcionario de carrera fiscal, desde el año 2003, como practicante, notificador fiscal, secretario fiscal, asistente fiscal y relator fiscal. Cargo Actual, Agente Fiscal, Director de Denuncias Penales del Ministerio Publico, Paraguay, Asunción.



estas conductas y se señalan las fortalezas y debilidades del tipo penal que rige el en país. Además, se identifica el bien jurídico protegido, que tiene amplia relación con el Derecho a la Intimidad resguardado constitucionalmente y más específicamente puede denominarse Derecho a la Intimidad Informática, que precisa una regulación especial al considerarse delictiva y posterior a la vigencia de la Constitucional Nacional y la legislación penal vigente. La investigación tiene un enfoque descriptivo, de carácter cualitativo pues mide la calidad de la respuesta penal a los actos delincuenciales contemporáneos.

Abstrac

The technological advance at present is incessant and with this reality arise new criminal forms. One such mode is unauthorized access to computer networks. This particularity has slopes and one of them is the hacker, which in turn are known two different behaviors, one of them the ethical hacking. This figure represents the person who enters unauthorized into a computer network for the sole purpose of observing, warning errors, shortcomings and even collects data on punishable acts of the hacked user. For this reason, international criminal law has repressed this type of conduct, so it is suggested to take that trend for national legislation. To that end, a description is made of the criminal types that punish this type of behavior and indicate the strengths and weaknesses of the criminal type that governs the country. In addition, it identifies the protected legal property, which has broad relation with the Right to Privacy protected constitutionally and more specifically can be called the Right to Information Intimacy, which requires special regulation when considering criminal conduct after the validity of the National Constitutional and The current criminal legislation. The type of



investigation is descriptive, of qualitative character since it measures the quality of the criminal response to the contemporary delinquency acts.

Ñembyapu'a

Ko'ã tecnología ojeporu poruve ko'ãga rupi ha upéicha rupi osẽ osẽ-ve opaichagua tembiapo vai apo, jaikuaami peteĩ tembiapo vai, péicha ojeikérõ mbaretépe umi ñanduti ryepýpe, redes informáticas rupi. Ko'áva ojejuhu heta hendáicha ojejapo, peteĩva héra hacker, kóva avei oĩ 2 hendáicha, peteĩ héra hacking ético. Koichagua pe tapicha oikéva kañyhápe, mavave ojerure'ỹre ichupe peteĩ red informática ryepýpe, ha'e oike ojesareko haguã, omyatyrõ ojejavývape ha ombyatypa kuaa opa mba'e oĩva upépe, upe ojeahckeáva mba'épe. Upévare, pe Derecho Penal Internacional ojopy ha ojoko voi kóichagua tembiapo vai ha ojehecha porã tekotevẽha oñemoinge avei ñande léipe. Upevarã ningo oñemyesakã hína mba'eichagua léipa ikatu ocastiga kóichagua tembiapo vai, ha ojehechauka avei mamópa imbarete ha mamópa ikangy hína ñande léi kuéra upevarã. Upéicha avei ojejuhu ojeheróva bien jurídico protegido ha péva ojogueraha mbarete ambue yvypóra mba'e teére hérava Derecho a la Intimidad Informática, oikotevẽva avei peteĩ léi heseguitéva ojejuhu rupi ko tembiapo vai ojekuaaha ñande Léi Guasu ha legislación penal jarekóva rire. Ko investigación ohesa'ỹijo ha omombe'u mba'éichapa, oñamindu'u paite opaichagua tembiapo vai osẽva ko'ãga rupi.

Palabras clave: Redes informáticas, hacker ético, vulneración, sanción, ciberseguridad.

Keywords: Computer networks, ethical hacker, infringement, sanction, cyber security



Ñe'ẽ tee: Ñanduti guasu informática rehgua, hacker hekokatúva, jejopyreíva, jejopy, ciberseguridad.

Problemática actual

Al momento de tratarse la reforma penal a la ley de Teodosio González, una de las novedades a incorporar a la reforma, fue la de considerar la protección a las nuevas formas de ataque que comenzaron a padecer las personas en su intimidad, honor, la información privada, entre otros.

En ese sentido, el Prof. Schöne, uno de los proyectistas de dicha reforma penal, señaló como punto de partida para el actual Código Penal:

Hoy en día la delincuencia no, es más, para decirlo así “interpersonal” como el homicidio, la Lesión, el hurto o la estafa, sino afecta pluralidades de personas indefinidas como por ejemplo en el campo ecológico o económico y también perjudica nuevos bienes como en el área de la informática. (2008, pág. 2).

Luego de entrada en vigencia la Ley n.º 1160/97: “Código Penal Paraguayo”, se incorporaron tipos penales en atención al avance de las tecnologías con el acompañamiento de las eventuales conductas que pudieran cometerse a través de ellas.

Posteriormente se introdujeron nuevas modificaciones a la referida ley de fondo en adecuación a las recomendaciones de la Convención sobre la Ciberdelincuencia, celebrada en Budapest en el mes de noviembre de 2001, y en parte al Derecho Penal Alemán que contempla la protección de bienes jurídicos que pudieran ser lesionados a partir de conductas que surgen con el avance de la



tecnología.

En ese sentido, la Ley n.º 4439/2016 “delitos informáticos”, incorpora nuevos tipos penales al catálogo de hechos punibles previstos en el Código Penal Paraguayo, que guardan relación con la ciberdelincuencia, tipificando los expresamente los Delitos Informáticos.

Dichos artículos son: 146b “Acceso Indevido a Datos, 146c “Interceptación de Datos”, 146d “Preparación de Acceso Indevido e Interceptación de Datos”, 174b “Acceso Indevido a Sistemas Informáticos”, 175b “Instancia” (del art. 174 y art. 175), y 248b “Falsificación de tarjetas de débito o de crédito y otros medios electrónicos de pago”.

Cabe mencionar que de los citados hechos punibles algunos se castigan desde su fase de actos preparatorios, de esta forma el legislador estipuló por el grado de peligrosidad que representa para un estado que una persona posea un software o hardware con fines ilícitos.

En otros términos, que con dichas herramientas físicas o de programación, se accedan a claves de acceso u otros códigos de seguridad de terceros, que permitan el obtener datos que se almacenan o transmiten electrónicamente, magnéticamente o de otra manera no inmediatamente visible. Algunas formas modernas de actos preparatorios, por citar algunos de ellos son los casos de keyloggers (hardware o software que registra las teclas presionadas); o, phishing (técnica utilizada para obtener ilícitamente datos personales).

En este punto, es preciso ahondar un poco acerca de los keyloggers, denominación dada al hardware o software con la función de grabar cada presión



de teclas que se haya realizado al escribir en un teclado, es decir, puede registrar todo lo que se teclea en cualquier sistema informático. Y se puede almacenar la información en un archivo o transmitir por la red internet a algún email.

Estos programas pueden ser instalados teniendo o no acceso a la computadora de la víctima. Puede instalarse de forma remota y acceder a las contraseñas, a nuestras direcciones de correos, datos bancarios, financieros, o incluso al extremo de controlar las informaciones que la pareja pudiera haber escrito a través de un teclado que tenga un keylogger oculto y utilizar la computadora sin que la persona se diera cuenta. A algunos antivirus pueden detectar este tipo de software, conocidos también como malware (software malicioso).

Así como del phishing, éste último tuvo mucha repercusión con un hecho ocurrido contra el Banco Itaú, específicamente se creó una página web para obtener ilícitamente datos, una página web distinta al www.itaubrasil.com.br (dirección web oficial), en otras palabras se emuló a la web del Banco Itaú (Abc Color, 2016) y con esta página web falsa, semejante a la utilizada por el referido ente bancario.

Primeramente, los hackers procedían a enviar emails a través de los cuales solicitaban a los clientes del ente, la actualización de datos personales incluidos las contraseñas o passwords.

De esta manera se obtenían los datos personales, bancarios y lo más importante las claves de las personas que erróneamente creían cumplir con los requisitos del banco.

Una vez que los hackers consideraban que todos los datos ya colectados



en su “trampa”, procedían a usar las informaciones de las víctimas quienes confundidos por la –campana de actualización de datos personal– fueron perjudicados patrimonialmente.

Por casos como los señalados anteriormente es que el Estado debe prohibir determinados actos incluso en su etapa de preparación de modo castigar este tipo de conductas antes de que el resultado sea consumado.

Pocos son los casos de sanción de actos preparatorios en nuestro ordenamiento jurídico penal, los delitos informáticos no son los únicos que poseen esa “consideración”. También existen otras puniciones por actos preparatorios en nuestro código penal como ser los tipos penales descritos en los arts. 266 “Preparación para la producción de moneda y marcas de valor no auténticas”, art. 270 –Preparación de un atentado contra la existencia del Estado– y 271 del C.Pág. Preparación de una Guerra de agresión.

En esta ocasión se analizará al art. 146b “Acceso Indevido a Datos” y la nueva tendencia del hacking ético a nivel mundial, o también conocidos como hackers buenos o hackers malos.

Marco jurídico

El art. 1º de la Ley n.º 4439/2011, que amplía el art. 146 del Código Penal Paraguay (Ley n.º 1167/97), y por el cual queda como sigue: art. 146b – Acceso indevido a datos, que reza:

1º. El que sin autorización y violando sistemas de seguridad obtuviere para sí o para terceros, el acceso a datos no destinados a él y especialmente protegidos contra el acceso no autorizado, será castigado con pena



privativa de libertad de hasta tres años o multa.

Al iniciar el análisis se desprende que la norma prohíbe obtener datos protegidos contra acceso no autorizado, sin consentimiento y violando los sistemas de seguridad.

Al ser un tipo penal novedoso, que ha surgido de la evolución de la informática y su influencia en la sociedad actual, determinar el bien jurídico protegido es aún confuso.

Como delito de mera actividad, en la que el resultado del acto es irrelevante para su penalización, se debe individualizar cual es el ámbito de protección de la norma. Aquí nos encontramos con que el Derecho a la Intimidad, tanto de personas físicas como personas jurídicas, se desprende como un derecho inalienable a proteger.

De hecho, el Derecho a la Intimidad se encuentra protegido en su generalidad en nuestra Constitución Nacional en su art. 33.

Artículo 33 C.N. - Del Derecho a la Intimidad

La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte el orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública.

Se garantiza el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas.

Sin embargo, esta interpretación textual, aun no satisface las necesidades



del tipo penal, principalmente porque la redacción corresponde a una época anterior al avance informático a gran escala. El artículo en cuestión, en su espíritu, va direccionado a la protección de la intimidad del domicilio, así como de los actos de la vida privada, apuntando más bien a la esfera familiar.

Por ello, un acceso indebido a datos, sin haber causado daño alguno se confunde en la legislación. Muy acertadamente Salvadori señala el reciente surgimiento de un nuevo interés jurídico a proteger que es la intimidad informática y agrega que “lo que debe protegerse es la mayor utilidad que consigue el usuario a través de una utilización y goce exclusivo de estos espacios virtuales y que permiten un libre desarrollo y una libre exteriorización de la persona humana”. (Salvadori, 2013, pág. 119).

Así el acceso abusivo de sistemas informáticos, el mero intrusismo, tendría un solo requisito para poder circunscribirse como injusto penal. El sistema informático vulnerado, deberá tener al menos una medida de seguridad, sin importar su grado de complejidad. Con este quebrantamiento, la conducta se subsume al tipo penal independientemente al resultado, pues no posee la autorización de ingreso del titular.

Aquí se desprende que este tipo penal se halla —clasificado— como delito de puesta en peligro. La problemática surge a partir de la nueva actividad en auge, a nivel mundial, conocida como el ethical hacking o hacking ético, se dio inicio a una discusión por parte de los juristas y los informáticos, acerca de la no sanción en casos donde el hacking realizado no sea ejecutado con el fin de perjudicar y en ese caso si ¿sería punible o no?



Por ejemplo, si una persona (autor) ingresar a una cuenta digital del banco, debido a que logró descifrar la contraseña de acceso, sería una conducta que podría subsumirse ya en el art. 146b, inc. 1º, primera alternativa. Ahora bien, en caso que el autor, luego del acceso indebido a la cuenta, realice una operación que menoscabe el patrimonio, ya entrará en consideración el art. 188, inc. 1º del C.Pág., núm. 3; o si luego cambiara la contraseña, impidiendo el acceso a dicha cuenta digital bancaria, lo que a su vez violaría el art. 174, inc. 1º, numeral 4.

De la descripción realizada se desprende que con una misma acción natural se violan/violó varias disposiciones penales, lo que arrojaría la aplicación del concurso de hechos punibles, conforme lo establece el art. 70 del C.P.

En cuanto al tipo subjetivo del acceso indebido a datos previsto en el art. 146b, se debe apuntar que solo se castiga la conducta dolosa, basta el dolo eventual. El marco penal es de hasta tres años de pena privativa de libertad o multa.

Análisis del acceso indebido a sistemas informáticos

La ubicación sistemática del art. 174b acceso indebido a sistemas informáticos, resulta incongruente con las conductas castigadas, pues estas parecen estar protegiendo el derecho a la intimidad. Es más, lo que se pretende castigar ya está amparado por el art. 146b, Acceso indebido a datos. Asimismo, el art. 174b, introduce el elemento –sistemas informáticos– lo que dentro de Código Penal se torna confuso.

Según la definición dada por el citado artículo, una computadora podría considerarse un sistema informático. Si a esto se suma que una de las conductas es acceder al sistema informático utilizando la propia identidad, entonces, cual-



quiera que use un ordenador estaría realizando una violación a la norma establecida en el art. 174b –primera alternativa– cuestión merecedora de un estudio modificadorio por parte del Congreso Nacional.

Tomando como base una casuística relacionada al 174b –primera alternativa– si una persona accede a un sistema informático sin autorización y accede a una aplicación o software de un ente bancario, sería una conducta que podría subsumirse en el art. 174b inc 1º, segunda alternativa e igualmente una conducta establecida en el art. 146b, inc. 1º, primera alternativa.

Ahora bien, en caso que el autor, luego del acceso indebido a la cuenta bancaria, realice una operación que menoscabe el patrimonio ajeno, ya entraría en consideración el art. 188, inc. 1º del C.P., núm. 3; o eventualmente, si luego cambiara la contraseña, impidiendo el acceso al titular a la misma cuenta bancaria, también se violaría el art. 174, inc. 1º, cuarta alternativa. Rápidamente, del caso se desprende que con una misma acción natural se violó varias disposiciones penales, quedando habilitado el estudio para la aplicación del concurso de hechos punibles, conforme las reglas establecidas en el art. 70, inc. 1º del C.P., de la Medición de la pena en caso de varias lesiones:

Cuando el mismo hecho punible transgreda varias disposiciones penales o la misma disposición penal varias veces o cuando varios hechos punibles del mismo autor sean objeto de un procedimiento, el autor será condenado a una sola pena que será fijada en base a la disposición que prevea el marco penal más grave. Dicha pena no podrá ser inferior a la mínima prevista por los marcos penales de las otras disposiciones lesionadas.



2° La pena podrá ser aumentada racionalmente, pudiendo alcanzar la mitad del límite legal máximo indicado en el inciso anterior. El aumento sobrepasará el límite legal máximo previsto en éste código para la pena privativa de libertad y la multa.

3° Cuando una de las disposiciones lesionadas prevea, obligatoria o facultativamente, una prohibición de conducir o una medida, el tribunal deberá ordenarla junto con la pena principal.

Del caso también queda la pregunta si vale ya castigar al acceder a un sistema informático o al acceder a datos

Identificación de la problemática y posibles salidas

En estos tiempos modernos en que la tecnología avanza a pasos agigantados se nos provee de nuevas facilidades en diferentes ámbitos, pero así también esto crea nuevos inconvenientes del cual el Derecho no se sustrae, pues la tecnología mal utilizada es una fuente de nueva criminalidad de diversas formas (citas las formas, tráfico de menores, phishing, etc)

La conducta inicia con una persona a quién se lo conoce virtualmente como hacker, el camino que prepara y sigue para lograr su fin mediante el uso de un sistema informático, a partir de ahí su relevancia en los hechos punibles Informáticos.

Según el diccionario de la Lengua Española, “*hacker* es un pirata informático: Persona que accede ilegalmente a sistemas informáticos ajenos para apropiárselos u obtener información secreta” (Diccionario de la Lengua Española, 2016).



Los *hackers* impactan en el mundo real a través de la informática, es decir, un mundo virtual, ¿cómo repercuten sus conductas en el mundo real? Al ocurrir un hecho, surge todo un nuevo paradigma, teniendo en cuenta que un hecho es todo acontecimiento en el mundo real susceptible de ser comprobado y, sin embargo, en concreto la conducta del hacker se realiza en un mundo virtual y de ahí a lo real.

En ese sentido, se afirma que hay un hecho en atención a que las conductas desplegadas en el mundo virtual son comprobables y más aún si impactan en el mundo real. Algunos ataques realizados por *hackers* a los sistemas informáticos como fueron casos de las páginas web de instituciones gubernamentales, fueron con la finalidad de alterar o apropiarse de información de terceros para:

- 1) su posterior difusión;
- 2) para hacer reivindicaciones sociales; o,
- 3) como parte de la ciberguerra que se libra en internet entre potencias rivales.

El Paraguay no queda atrás, en los últimos años ha ganado territorio la influencia de los *hackers*, y en general, está relacionado a obtener información, con ánimo de lucro.

Así mismo, la Agencia de Información Pública del Paraguay (Portal Oficial del Gobierno) fue *Hackeado*, en más de una ocasión fue blanco por motivos políticos, así como el ataque que sufrió la cuenta del twitter del Ministerio del Interior y de la Secretaria de la Información, SICOM, el 23 de julio del 2015,



oportunidad en que se refirieron negativamente en contra del Presidente de la República del Paraguay.

Además, el hecho de que la mencionada institución, encargada de las políticas de seguridad interna, había sido atacada y posterior a ello, fue celebrado por el hacker como una victoria por tal logro en el mundo digital, proveniente de una persona física hacia un estado “virtual”. Esta modalidad ha generado un cambio en los antiguos rituales de reclamos que mediante manifestaciones o marchas buscaban causar consecuencias políticas.

Violación de la Información en el sector privado.

El sector privado también es objeto de los accesos indebidos, y hace tiempo que está en la mira de los hackers, cuyo objetivo es beneficio patrimonial indebidamente, datos no autorizados, información confidencial, secretos empresariales, derechos de autor, etc. de las empresas, mediante la interceptación de correos electrónicos y telecomunicaciones, inutilización de sistemas de protección contra virus, *phising*, *pharming*, *spam* y otros.

Funcionalidad de los *Hackers* éticos.

No todos los *hackers* se dedican a cometer hechos punibles. Y debido a que los servicios de seguridad de las empresas (en especial, bancos, financieras, etc) muchas veces se ven frágiles ante ataques de esta naturaleza, entonces contratan a hackers y así tratar de paliar los efectos de estos ciberataques para que hagan el llamado *hacking* “ético”, o como acostumbran llamar, auditorías informáticas. De este modo queda nuevamente la manera en que se consiente todo posible acceso indebido a sistemas informáticos.



Las Instituciones Públicas de la región, están empezando a ver las ventajas de este sistema y, en esta línea, con la finalidad de poner a prueba su seguridad cibernética e identificar posibles brechas de seguridad en sus plataformas tecnológicas.

El hacker ético implementa algunas medidas de ciberseguridad que son:

1) monitorización, que es un producto que incluye la de vigilancia de sistemas y páginas web, en principio pasiva, sin perjuicio de que se suele acompañar de paquetes de medidas de defensa; y,

2) “*hacking* ético”, actividad que trata de adelantarse a la vulnerabilidad mediante pruebas para burlar la seguridad de la red para sustraer información privada y de esta manera encontrar vulnerabilidades, sin generar daños, para que luego se puedan diseñar medidas de protección eficaz.

Estas –ciberpruebas– se instrumentalizan a través de auditorías que pueden realizarse en coordinación con los responsables informáticos de la organización, de forma que éstos sean conscientes en todo momento del grado de intrusión que están sufriendo sus sistemas, hasta el punto de que indican a los auditores (hackers) las posibles debilidades para que sean chequeadas por éstos.

Enfoque jurídico

Desde el punto de vista legal, la cuestión que puede plantearse es si en el desarrollo de estas actividades podrían cometerse algún ingreso indebido a sistemas informáticos regulados en los artículos 174b del Código Penal, ya que los hackers que realizan estos ataques –pactados– cumplen con el fin y acceden a los sistemas informáticos, recabando datos e información como prueba de éxito.

La respuesta debe ser negativa, pues quedaría excluida ya la tipicidad



ante la existencia del consentimiento del titular o poseedor, o el representante según el caso, del sistema informático, pues el Código Penal Paraguayo exige que el ataque se realice sin autorización, o teniéndola, en su exceso, como uno de los elementos constitutivos del referido tipo penal.

Por el contrario, si no hubiese existido consentimiento en la actividad desplegada por el hacker, si su acción fue para prevenir que otro realice un acceso indebido que esta por ocurrir, entonces si este actuante notifico los encargados la deficiencia del sistema informático con el fin de salvaguardar los datos y de lograr mejoras para el mencionado sistema, pues el análisis no prosperaría hasta la punibilidad por ser la conducta de este hacker no antijurídica, en el sentido del art 20 del C.P.:

1º No obra antijurídicamente quien, en una situación de peligro presente para un bien jurídico propio o ajeno, lesionara otro bien para impedir un mal mayor que no sea evitable de otra manera.

2º No obra antijurídicamente quien realizara el tipo legal de un hecho punible por omisión, cuando no podía ejecutar la acción sin violar otro deber de igual o mayor rango.

Basta que una persona detecte o padezca una intrusión para que se haga público el –hueco– para luego proteger para eventos futuros. Es decir, ello se tendrá en cuenta recién post juicio de antijuricidad de donde la proporcionalidad es el factor que daría la aprobación de la actividad del hacker ante un peligro presente.

Es más, él desde el ámbito de la informática ya se reconoce al –hacker



ético– (detección preventiva de debilidades), ni siquiera podría considerarse una amenaza, pues éstos estarían en colaboración, resguardo y mejoras de la ciberseguridad y en consideración a su actividad, al menos por ahora, de última, el derecho procesal es el que traería excepción de sanción para dichos casos a través, de las distintas salidas alternativas, como una colaboración y reconocimiento a la labor de estos técnicos que actúan en salvaguarda los datos que se hallan en los sistemas informáticos.

Marco legal de la Ley de Delitos Informático. Fortalezas y debilidades

Instituciones públicas que intervienen las actividades

Por el Poder Ejecutivo, se halla el CERT-PY, bajo la Dirección General de Políticas y Desarrollo de TICs de la Secretaría Nacional de Tecnología de la Información y de la Comunicación, SENATICs, creado por Decreto n.º 11.624/2013), se estableció el 30 de noviembre de 2012, con el objetivo de facilitar y coordinar la protección de los sistemas cibernéticos y de la información que respaldan la infraestructura nacional tanto gubernamental como del sector privado, así como garantizar una respuesta eficaz y oportuna a los incidentes cibernéticos. El CERT-PY ofrece servicios de difusión de boletines y noticias de ciberseguridad, auditorías de seguridad, respuesta a incidentes, análisis de malware, así como un canal de reporte de incidentes cibernéticos desde su portal, así como también a través de correo electrónico y redes sociales (Cert, 2016).

El Ministerio Publico, por Resolución de la Fiscalía General del Estado, F.G.E. n.º 3459/2010 creó la Unidad Especializada de Delitos Informáticos y amplía sus funciones por Resolución F.G.E. n.º 4408/2011, para hacer frente a aquellos hechos punibles que derivan del uso mal intencionado de la tecnología.



La iniciativa surge como respuesta a la necesidad de combatir de manera frontal y eficiente estos delitos. La Unidad tiene jurisdicción en todo el territorio nacional, es la principal autoridad a cargo de la investigación y de la acción judicial en casos de delitos informáticos, tales como alteración de datos en computadora, sabotaje de computadoras, operaciones fraudulentas por computadoras, alteración de datos relevantes para la prueba, entre otros.

Es importante resaltar que el Ministerio Público es la única autoridad gubernamental capaz de solicitar información a los prestadores de servicio internacionales cuando dicha información sea necesaria para una investigación. Por otro lado, el Código Procesal Penal, Ley n.º 1286/98, establece que cualquier persona conocimiento referente a un acto punible por parte del Estado deberá compartir dicha información con el Ministerio Público o con la Policía Nacional (Cert, 2016).

La presencia, así como la actividad desarrollada por los hackers genera polémica entre ellos mismos, el cuestionamiento surge a nivel mundial, pues, la problemática abarca intereses fundamentales. En el ámbito nacional también surge la disyuntiva entre los abogados y fiscales porque el Código Penal que regula los Delitos Informáticos no hace distinciones entre las intenciones de un hacker. Por ese motivo, no reconoce dicha figura en su carácter de colaborador voluntario, que aplica sus conocimientos de seguridad informática de un modo desinteresado para demostrar debilidades del sistema que pueda dar lugar a que otros hackers mal intencionados se filtre al sistema de seguridad con el fin de causar daño.

El comparativo más común en este tipo de conducta, es el ingreso a una vivienda ajena sin permiso previo, lo que significa hacer algo prohibido. Ahora



bien, en caso de contar con un permiso para ingresar con el fin de, detectar fallas de seguridad que pueda tener, la conducta es diferente. Se puede comparar con ésta casuística para una mejor comprensión, pues, sería como ir una casa ajena simplemente para demostrar lo fácil que es ingresar burlando la seguridad ¿es hecho punible? claro que sí, ya que la conducta no se toma con carácter preventivo.

Es necesario comprender los límites del nuevo derecho a la intimidad informática, como contrapunto del derecho al libre acceso a la información pública. El punto de quiebre entre ambos sería la vulneración a través del ataque o puesta en peligro de los datos informáticos protegidos jurídicamente.

Conclusión

Se puede afirmar que el avance de la tecnología a nivel global, trae consigo nuevas figuras delictivas que requieren de una normativa adecuada para la persecución de los hechos que generan, pues éstas, por lo general tienen una repercusión de carácter transnacional.

La tendencia internacional actual en el ámbito legal prevé una regulación especial para atender estas conductas al considerarlas necesarias para la seguridad y protección de los bienes jurídicos vulnerables por este tipo de hechos punibles. Con ese fin, muchas legislaciones hacen una diferencia entre la función que cumplen los hackers, pues, existen otras intenciones entre un hacker ético y el no ético que se denomina *cracker*.

En este sentido, en la normativa nacional no permite esta regulación. Por lo tanto, en caso de que se quisiera el reconocimiento de los hackers éticos, se tendría que modificar los tipos penales en los cuales las normas prohíben dichas



conductas. Las funciones de los *hackers* éticos son punibles en el Paraguay, en el entendimiento de que el Estado protege y busca evitar toda posibilidad de invasión a la intimidad de las personas.

Se recomienda la regulación de esta figura a los efectos de contar con una ley que se adecue a esta modalidad de conducta, permita una organización para su implementación y pueda actuar de manera preventiva ante situaciones que signifiquen la vulneración de un sistema informático en el que se cuenta con datos e informaciones de carácter clasificado, tanto en el sector público como en el privado. En esa línea, se resalta la importancia de contar con el servicio de técnicos dependientes de la Secretaria Nacional de Tecnología de la Información, SENATIC que puedan detectar esas debilidades y por sobre todo que lo hagan de una manera legal y reglamentada.

Referencias

Constitución Nacional de 1992 de la República del Paraguay.

Código Procesal Penal de Paraguay, Ley n.º 1286/98

Código Penal paraguayo, Ley n.º 1.160/97

Ley n.º 3440/08, que modifica varios artículos de la Ley n.º 1.160/97

Ley n.º 4439/11, que modifica y amplía varios artículos de la Ley n.º 1.160/97

Abc Color. recuperado de: <http://www.abc.com.py/nacionales/aumentaron-delitos-informaticos-1334874.html>. Fecha: 07 de siembre de 2016. Asunción, Paraguay.

Abc Color. (8 de setiembre de 2016). Obtenido de <http://www.abc.com.py/na->



cionales/sitio-web-para-robo-de-datos-emula-pagina-de-conocido-banco-439377.html

Centro de Respuestas ante Incidentes Cibernéticos, de la Secretaría de Tecnologías de la Información y Comunicación. Cert-Py. Recuperado de: <https://www.cert.gov.py/index.php/certpy>. Asunción, Paraguay.

Diccionario de la Lengua Española. Obtenido de Diccionario de la Lengua Española: <http://dle.rae.es/?id=T8ktrp2>. Fecha de revisión: (5 de setiembre de 2016)

Portal Oficial del Gobierno fue Hackeado. Diario última Hora. Fecha de publicación: 23 de mayo de 2013). Recuperado de: <http://m.ultimahora.com/portal-oficial-del-gobierno-fue-emhackeadoem-n621960.html>. Asunción, Paraguay

Schöne, W. Recuperado de: https://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/articulos/a_20080527_08.pdf. Fecha de revisión: 5 de setiembre de 2016.

Ministerio Público, página Web oficial. Recuperado de: www.ministeriopublico.gov.py. Fecha: 08 de setiembre de 2016.

Moderno Discurso Penal y nuevas tecnologías. Memorias III Congreso Internacional de jóvenes investigadores en Ciencias Penales. Salvadori, 2013, pág. 119. Edición 2013. Editorial Aquilafuente. Salamanca, España.





Artículo original

Pornografía infantil en internet Child pornography on the internet Mitã opívo ra'anga jeporu internetpe

*Myrian Graciela Núñez**

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

Recibido: 20.09.16 Aceptado: 09.12.16

Resumen

La pornografía infantil ha tomado dimensiones exponenciales en la última década, debido a la rapidez con que se difunden cualquier tipo de datos en las redes de internet, situación que delata la necesidad de contar con una legislación apropiada conforme a los avances tecnológicos. Por lo general, el anonimato detrás del cual se escudan los autores es relativo, pues, es posible individualizarlos a través de la dirección IP, que se considera una prueba determinante. Si las empresas proveedoras de servicios de internet establecieran un almacenamiento o registro de tráfico de datos, se resolverían con éxitos varios hechos punibles transnacionales, como la pornografía infantil. En ese sentido, el sistema diseñado por el Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados, NCMEC, aportó enormemente a la Justicia paraguaya para la detección y sanción de los autores de este tipo penal, ya que gracias al programa desarrollado por Microsoft denomina-

*** Asistente Fiscal de la Unidad n.º 2 Especializada en Delitos Informáticos Ministerio Público, Paraguay, Asunción. Email: mygranu@hotmail.com**

Egresada de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, año 2008. Notaria, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, año 2012. Especialista en Investigación Científica del Delito, Universidad Nacional de Itapúa, año 2013. Docente del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público, desde el año 2015. Cargo Actual, Asistente Fiscal de la Unidad n.º 2 Especializada en Delitos Informáticos Ministerio Público, Paraguay, Asunción.



do PhotoDNA, las imágenes son clasificadas y reportadas. Sin esta cooperación, no se tendría forma de identificar estos hechos. NCMEC en sus reportes informa, todos los datos que el autor haya establecido en su cuenta a través de, la dirección IP utilizada, por lo que es elemental contar con ésta asignación para evitar obstáculos en la investigación. Este fenómeno ha evolucionado y se producen casi de forma exclusiva por la web, por esa razón se resalta la importancia de este control, pues, constituye la fuente principal de información. El IP es el elemento probatorio más directo que relaciona al autor con el hecho.

Abstract

Child pornography has taken exponential dimensions in the last decade, due to the speed with any type of data is disseminated in Internet networks, a situation that reveals the need to have appropriate legislation in line with technological advances. Generally, the anonymity behind which the authors hide is relative, therefore, it is possible to individualize them through the IP address, which is considered a determining test. If the Internet service providers would establish storage for registry of data traffic, a number of transnational punishable offenses, such as child pornography, would be successfully dealt with. In that sense, the system designed by the National Center for Missing and Exploited Children, NCMEC, greatly contributed to the Paraguayan Justice for the detection and sanction of the authors of this criminal type, with the help of the program developed by Microsoft called PhotoDNA, the images are classified and reported. Without this cooperation, there would be no way to identify these facts. NCMEC in its reports informs, all the data that the author has established in his account through the IP used address, so it is elementary to have this allocation to avoid obstacles



in the investigation. This phenomenon has evolved and occurs almost exclusively on the web, for that reason the importance of this control is highlighted, as it is the main source of information. The IP is the most direct probative element that relates the author to the fact.

Ñembyapu'a

Mitã opívo ra'anga jeporu, péva ningo ojaho'i vaipaite ko'ãga rupi, pya'e ha sapy'aitépe omosarambipa opárupi ta'anga opívo umi internet poruha kuéra, ko mba'e oikópámava ñande apytépe ohechauka tekotevêha ojeguereko léi hese-guaitéva, ojesarekóva tecnología kuéra jeporu rehe. Heta umi mba'e vai apoha oimo'ã hína ojapoha kañyhápe ikatuha oiko, ha tuicha ojejavu, ikatukuaa ojekuaa dirección IP rupive, kóva ojeporu kuaa prueba ramo ha ndojavýi ete voi. Umi empresa ojehekáva internetpe ojapo rire peteĩ mba'yru guasu oñongatupáha umi dato kuéra ojehapejoko va'erã mo'ã kuri iporã haguãicha ko mba'e vaite hérava pornografía infantil – mitã opívo ra'anga jeporu. Upeicha rupi pe Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados, NCMEC odiseña kuri peteĩ sistema iporãmbaite ha oipytyvõ ojepapo haguã justicia paraguái, omoirũ rupi ichupe pe programa hérava PhotoDNA Microsoft rupive, umi ta'anga ojeporavo paite ha oñemondopa peteĩ hendápe, ko ñopytyvõ'ỹre ndaikatu mo'ãi ete ojekuaa kuri mba'e vai apoharépe. Ko NCMEC omombe'u opaite mba'e oñemoĩva cuentape, dirección IP oiporu va'ekue, upévale tekotevê ojeporu ko tembiporu ani haguã oĩ ñepysanga investigación apohápe, Ko mba'e vai ete okakuaa kakuaave ha oje-japove web rupive, Upévale ñambojo'a jey tekotevê etereiha oñeñangareko ko mba'ére, kóva rupive mante ojekuaa porãta hína. IP ha'eha peteĩ tembiporu oja-vy'ỹva ikatúva omombe'u mávapa mba'e apohare ha mávarepa ojepapo ra'e.



Palabras clave: pornografía infantil, internet, dirección IP, legislación apropiada, víctima, victimario.

Key words: child pornography, internet, IP address, appropriate legislation, victim, offender.

Ñe'ẽ tee: mitã opívo ra'anga jeporu, internet, dirección IP, léi heseguai-téva, mba'e vai oiko va'ekue hese, mba'evai apohare,

Pornografía infantil en internet.

El avance de la tecnología y el fácil acceso a internet, ha generado múltiples formas de delincuencia, con nuevos obstáculos para su persecución penal como los delitos transnacionales: uno de estos es la Pornografía Infantil. Este hecho punible ha convertido a las redes de internet como herramienta por excelencia para la perpetración de éste hecho; ya que en pocos segundos e incluso de forma simultánea, se comparten materiales pornográficos, de connotaciones comerciales o simplemente intercambio entre pedófilos. En consecuencia, internet se ha convertido en la herramienta más utilizada para la consecución del tipo penal. Sus facilidades se convierten en los principales obstáculos al momento de la investigación penal. Uno de esos obstáculos, que se analiza a profundidad es la ausencia de una legislación a nivel nacional que establezca la obligatoriedad del registro o almacenamiento del tráfico de datos en las redes.

Pero, primeramente se debe definir en qué consiste esta nueva forma de delincuencia: se toma la definición dada por Castro Arguello y otros (2009) que refiere a la pornografía infantil como: "La representación de menores de edad, de cualquier sexo en conductas sexuales explícitas" (pag. 158).



Al cometerse el hecho, a través de las redes de internet, no lo convierte en un hecho informático autónomo, sino más bien, en una modalidad que se vale de esta herramienta. Por esta razón, como se menciona previamente, la investigación penal debe recurrir a la información contenida en las redes, de ahí la relevancia de tener acceso a estos datos de almacenamiento de tráfico.

Una de las principales instituciones que se encarga de reportar, a nivel mundial, los casos de pornografía infantil es el Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados, en adelante, NCMEC, por sus siglas en ingles, National Center for Missing and Exploited Children. Dicho Centro fue creado en el año 1984, es una organización no gubernamental, sin fines de lucros que cuenta con una subvención del Gobierno Federal de los EE.UU. y la vez recibe apoyo del sector privado.

La proliferación de los hechos de pornografía relativa a niños y adolescentes en las redes de internet en el Paraguay, hizo que el 23 de diciembre de 2013, el Ministerio Publico de la República de Paraguay representado por el Fiscal General del Estado Dr. Francisco Javier Díaz Verón firmara un convenio de Cooperación Internacional con el Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados, con el objetivo de reportar los materiales publicados desde Paraguay en las redes de internet. El Convenio en cuestión concede al Ministerio Público el acceso remoto a Cyber Tipline, un software que permite la descarga de informes generados por la División de Niños Explotados de NCMEC. Asimismo, tiene como finalidad optimizar las investigaciones sobre las actividades ilegales en las redes informáticas que guardan relación con el levantamiento y descargas de imágenes de Pornografía Infantil



Ya en el ámbito local, una vez detectados por el NCMEC los presuntos casos relativos a pornografía en niños y adolescentes; se registra el hecho, se capta la imagen o el video con los datos del supuesto titular de la cuenta, la dirección del protocolo de internet, en adelante IP, asignado a la máquina del que se compartió el material y se reporta al Ministerio Público. Luego interviene la Unidad Especializada en Delitos Informáticos, la cual inicia la investigación penal. Actualmente Unidad Especializada en Delitos Informáticos que se encuentra constituida por dos Agentes Fiscales. Dependiendo de las características especiales de cada causa, también se da intervención a la Unidad Especializada en la Lucha Contra la Trata de Personas, Niños, Niñas y Adolescentes.

Dentro de este marco, el artículo plantea como objetivo general analizar los principales obstáculos en la investigación del tipo penal de pornografía que involucran a niños y adolescentes. Estos hechos son cometidos a través de internet e ingresados a la Unidad Especializada en Delitos Informáticos. Los objetivos específicos son: establecer el medio determinante en la investigación de pornografía infantil en internet; determinar el tratamiento legal de los casos de pornografía relativa a niños y adolescentes en internet e identificar el aporte de una legislación que asegure el almacenamiento del tráfico de datos en Internet.

La Pornografía Infantil y su modalidad virtual

Con el dominio de la tecnología, la pornografía infantil se ha acrecentado a nivel mundial. Este hecho, es un fenómeno social que se ha disparado debido al fácil acceso a internet. A pesar de que la pornografía infantil no es un hecho punible puramente informático, el avance de la tecnología, el fácil acceso a la web y las ventajas que otorga esta herramienta, ayuda a la proliferación de éstos hechos,



que permite que una misma imagen o material audiovisual sean compartidos en escasos segundos, incluso en forma simultánea y sin fronteras, constituyéndose en el medio por excelencia de los pedófilos.

Nuestro país no ha estado ajeno a la penalización de este hecho y por ello se ha previsto en el art. 140 del C.P. “Pronografía reactiva a niños y adolescentes” (modificado por la Ley n° 4439/11). Del tipo penal se extrae que se considera como tal: la representación de actos sexuales, con participación de personas menores de dieciocho años de edad o la exhibición de sus partes genitales.

Uno de los grandes obstáculos para la investigación fiscal es la individualización del autor, por la falta de formalización de registros de navegación en las redes en base a la característica transnacional del hecho, ya que las empresas proveedoras de internet no registran los datos de asignación de la dirección IP, ya que no registran esos datos; pues no existe una legislación que disponga la obligatoriedad.

Es decir, las redes informáticas de internet al momento de iniciar sesión registran las actividades a través de la dirección IP, sin embargo, para obtener esta información las proveedoras de servicios deben almacenarlas, con lo que se evidencia la necesidad de una legislación adecuada a los avances de la tecnología, ya que, así como avanza, también lo hacen los conocimientos de los delincuentes del área, convirtiendo a internet en un medio para delinquir, con mayor facilidad.

Se puede comprender que el problema no radica en la tipificación penal del hecho de pornografía infantil, sino más bien, en la falta de control de los datos de contenido pornográfico infantil, compartidos en el ciberespacio.



La transmisión de datos con contenidos nocivos para el normal desarrollo sexual de los niños, torna de interés superlativo, pues surge, la necesidad de soluciones jurídicas y legislativas, que permitan la conjugación y equilibrio entre la libertad de información y la protección de los intereses de los niños y adolescentes.

Es imperiosa la necesidad de establecer la obligatoriedad de conservar los registros de datos de navegación, como ser la dirección IP, a los efectos de que una de las características de la actividad cibernética, que es el anonimato, se pueda delatar en casos de comisión de hechos punibles de pornografía infantil. Esta situación, permitirá la conservación de datos, en el sentido de la dirección y las características del equipo informático desde el cual se ingresó a internet, para compartir un material de contenido pornográfico y no como una vulneración a la privacidad.

Internet. Definición

Internet es una red invisible, Castro Arguello y Tobares Catalá, 2009 dicen que:

Internet no es un cuerpo físico o tangible, sino una red gigante que interconecta una innumerable cantidad de redes locales de computadoras. Es la red de redes. Es un sistema internacional de intercambio de información que une a personas, instituciones, compañías y gobiernos alrededor del mundo de manera instantánea (...). (pág.22)

Esta definición se ajusta a las pretensiones de este trabajo, ya que queremos significar que a partir del acceso a éstas redes, el hecho de pornografía ha sufrido una evolución en cuanto a las herramientas utilizadas.



Es importante hacer mención que el nacimiento del internet se dio en la década de los 70, según lo refieren Castro Arguello y Tobares Catalá, 2009:

Internet cual fue creada por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos, bajo el auspicio de la Agencia de Programas Avanzados de Investigación, ARPA bajo la dirección de Robert Kahn, Vinton Cerf desarrollo en 1973, la base de la actual internet, vinculando primeramente a unidades militares y laboratorios de investigación, para luego convertirse en una red abierta (...). (pág. 23)

Pornografía infantil

Se recomiendo no referirse al hecho, solo como material pornográfico con temática de niños (o menores), que es a lo que parece reducirse en ocasiones esta expresión, sino que es un fenómeno más complejo que en todo caso debería describirse haciendo referencia a las “imágenes explotadas con fines sexuales en las que las víctimas son niños. Llinares (Mirò Llinares, 2012, pág. 107) sostiene que:

La Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, en su protocolo, considera “pornografía infantil toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.

El Convenio de Budapest (www.agpd.es) realiza una definición más amplia de lo que es Pornografía Infantil:

Todo material pornográfico que contenga la representación visual de a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; una persona que



parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita (...) (pág. 7)

Pornografía infantil en Internet

La pornografía infantil, desde las diferentes definiciones recabadas, ha crecido de manera desmedida, a consecuencia de los avances y la accesibilidad a las nuevas tecnologías de la información, es decir, se ha disparado el incremento de este tipo de hechos, cambiando los medios tradicionales de almacenamiento y distribución, por las redes de internet.

Tal como lo afirma el autor Fernando Miró Llinares:

El fenómeno de la pornografía infantil, a pesar de no ser propiamente informático, está cada vez más vinculado al uso de las nuevas tecnologías de la información, hasta tal punto que, en la actualidad, desde una perspectiva criminológica puede decirse que la mayoría de estos comportamientos se perpetran básicamente a través de internet (...) (Miró Llinares, 2012, pág. 107).

Siguiendo al mismo autor podemos establecer que, “La eclosión de internet ha revolucionado por completo el mercado de la pornografía infantil hasta prácticamente monopolizarlo como consecuencia de las ventajas que proporciona a los usuarios” (...) (Miró Llinares, 2012, pág. 108).

Las ventajas con la que cuenta hoy, el hecho punible de pornografía relativa a niños y adolescentes realizados por internet son múltiples, entre las que no se puede dejar de mencionar “la facilidad para descargarse archivos, menores costos económicos, la aptitud para entablar relación con un enorme número de internautas con la consiguiente facilitación de los intercambios, y las grandes po-



sibilidades de permanecer en el anonimato” (...) (Miró Llinares, 2012, pág. 108)

El fenómeno ha tomado otras dimensiones, mucho más amplias a partir de las facilidades con que cualquier ciudadano accede a internet, convirtiéndose en un hecho transnacional, utilizando las redes como principal fuente para la perpetración de este hecho, con consecuencias nefastas en nuestros niños y adolescentes, considerando que los efectos en las víctimas se perpetúan en el tiempo, pudiendo un material pornográfico infantil subido en las redes, seguir difundiendo por muchos años. Por tanto, la pornografía infantil sin ser un hecho informático autónomo, utiliza las redes como un medio técnico, como herramienta, constituyéndose en una modalidad de ejecución, que se utiliza “para” cometer el delito.

Evolución de la pornografía Infantil en Internet

La utilización de internet como herramienta para la realización del hecho punible de pornografía infantil,

Evolución Histórica de la Pornografía Infantil en Internet	
1ra Etapa	En los inicios de internet se utilizaron páginas web con material pornográfico a disposición del interesado previa contraprestación (pago) a través de tarjeta de crédito.
2da Etapa	Chats en tiempo real donde pedófilos intercambiaban material pornográfico otorgándose sus direcciones de correo electrónico.
3ra Etapa	Compras directas a través de páginas web o descarga de archivos
4ta Etapa	Crearon foros y grupos de noticias para disfrazar las páginas, las cuales no son accesibles por buscadores de forma directa
5ta Etapa	Se comparten los materiales de una computadora a otras que utilizan un mismo programa tipo Napster FTP, y el protocolo P2P (peer-to-peer, de igual a igual), que se constituirá en un medio del futuro para realizar este tipo de hechos.
Tabla elaborada a partir de El Ciberdelito de Fernando Miró Llinares, 2012, (pág. 160).	



Legislación Nacional

En Paraguay, el hecho de pornografía infantil se halla regulado en el Capítulo de los Hechos Punibles contra Niños y Adolescentes, específicamente en el art. 140 del Código Penal, donde se regula desde la producción de la publicación, hasta la reproducción, distribución, financiación, etc.; se establecen circunstancias agravantes y la penalización de la simple posesión del material, conforme la modificación por la Ley n.º4439/2011, que textualmente dice:

art. 140 C.P. Pornografía relativa a niños y adolescentes.

1º El que:

1 Por cualquier produjere publicaciones, que contengan como tematica actos sexuales con participación de personas menores de dieciocho años de edad y que busquen exitar el apetito sexual, así como la exhibición de sus genitales con fines pornográficos;

2 Organizara, financiara o promocionara espectáculos, públicos o privados, en los que participe una persona menor de dieciocho años en la realización de actos sexuales; o,

3 Distribuyera, importara, exportara, ofertara, canjeara, exhibiera, difundiera, promocionara o financiara la producción o reproducción de publicaciones en el sentido del numeral 1, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa.

2º El que reprodujera publicaciones según el numeral 1 del inciso 1º, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa.

3º La pena de los incisos anteriores podrá ser aumentada hasta diez años



cuando:

1 Las publicaciones y espectáculos en el sentido del inciso 1° y 2° se refirieran a menores de catorce años;

2 El autor tuviera la patria potestad, deber de guarda o tutela del niño o adolescente, o se le hubiere confiado la educación o cuidado del mismo;

3 El autor operara en connivencia con personas a quienes competa un deber de educación, guarda o tutela respecto del niño o adolescente;

4 El autor hubiera procedido, respecto del niño o adolescente, con violencia, fuerza, amenaza, coacción, engaño, recompensa o promesa remuneratoria de cualquier especie; o

5 El autor actuara comercialmente o como miembro de una banda dedicada a la realización reiterada de los hechos punibles señalados.

4° El que con la intención prevista en el numeral 1 del inciso 1° obtuviera la posesión de publicaciones en el sentido de los incisos 1° y 3°, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

5° Se aplicará, en lo pertinente, también lo dispuesto en los arts. 57 y 94.

6° Los condenados por la comisión de los hechos punibles descriptos en este artículo, generalmente no podrán ser beneficiados con el régimen de la libertad condicional.

El art. 14 del Código Penal, en su inciso 3°, define la publicación como “los escritos, cintas portadoras de sonidos o imágenes, reproducciones y demás



medios de registros”. Con la penalización de este hecho, el legislador persigue la protección de la indemnidad sexual y el derecho a la intimidad de los niños y adolescentes, resguardarlos de la explotación sexual, considerando que la pornografía es el resultado del abuso sexual, es decir, nace a través de un abuso, para que luego se den los demás verbos rectores, como la publicación, la tenencia, exhibición, etc.

Asimismo, los protege de ser utilizados en la producción de material pornográfico que son distribuidos, en principio, por cualquier medio de almacenamiento, y actualmente por las redes de internet.

Siendo los niños y adolescentes la franja etaria considerada vulnerable, corresponde a la sociedad protegerlos de este tipo de hechos, ya que conllevan consecuencias que persisten a través del tiempo, más aun considerando el medio utilizado para la difusión. Por tanto es importante hacer mención como refiere que “Lo que se intenta proteger, debido a que la repercusión sobre la psicología misma del niño y futuro adulto se fusionan en los cimientos del tipo de sociedad que puede caracterizar un país”(…) (Castro Arguello y otros, 2009, pág. 164).

En cuanto a la evolución de los hechos de pornografía infantil en internet refieren Castro Arguello y otros que “la pornografía infantil fue adquiriendo nuevas dimensiones con relación a la producción, publicación, y distribución originada por el avance de las nuevas tecnologías, y representa la mitad de los delitos que se cometen en internet en todo el mundo” (..) (Castro Arguello y otros, 2009, pág. 160)

Como hemos visto a lo largo del trabajo las redes de internet son utiliza-



das casi de manera exclusiva para la realización de este tipo penal. Y, considerando el reemplazo casi total de los medios tradicionales por internet, el Ministerio Público firma el convenio de cooperación con NCMEC. Remitiendo esta ONG los reportes, que contienen las imágenes detectadas y reportadas, con los datos del perfil o la cuenta desde la cual se levantó.

¿Cómo se detectan las imágenes pornográficas?

Una vez individualizados los casos sospechosos de Pornografía Infantil reportados por el NCMEC, la imágenes son sometidas a un análisis a través de un software denominado PhotoDNA, desarrollado por Microsoft como herramienta que busca combatir la pornografía infantil

El software funciona de la siguiente manera:

Según el PhotoDNA cada imagen tiene una huella digital única. A través del sistema matemático de la tecnología de PhotoDNA, cada una de estas huellas digitales es expresada como un código numérico único llamado Hash. Es utilizado para identificar copia de una imagen conocida sin necesitar que una persona tenga que nuevamente mirar estas imágenes. Esta tecnología es utilizada por fuerzas de orden público, organizaciones y empresas como Google, Twitter y Facebook. El código hash es la firma particular de una imagen y es un identificador digital único. Incluso si una imagen se ha alterado, por ejemplo si el tamaño y los colores de la imagen se han modificado, el código hash sigue siendo el mismo para esa imagen. (Extraído EC.Pág.AT Internacional, pág. 1 de <http://blog.el-hacker.net/2015/07/photodna-la-herramienta-de-microsoft-para-comba->



tir-la-pornografia-infantil.html)

Protocolo de Internet –IP- como prueba determinante en la investigación de los casos remitidos por NCMEC

En el proyecto de ley que fuera rechazado en el año 2015(Senado.gov.py), que establece la obligación de Conservar Datos de Tráfico, se define al Protocolo de Internet –IP- como “el código numérico o alfa numérico asignado por el proveedor del servicio de internet a un dispositivo electrónico al momento de conectarse a la red de internet” (pág.3).

Como consecuencia de este rechazo, en el Paraguay se torna cuesta arriba la investigación de hechos tan graves, como lo es el flagelo de la pornografía relativa a niños y adolescentes en internet, siendo la dirección IP la prueba más directa y determinante en estos hechos. Sin embargo, conforme a la libertad probatoria establecida en el art. 173 del C.P.P., se establece la posibilidad de incorporar cualquier medio probatorio, toda vez que sea conducente al descubrimiento de la verdad, con las excepciones previstas en la Ley n° 1286/1998).

En los reportes de NCMEC lo único certero con que se cuenta es con la dirección IP, en ocasiones los mismos traen datos adicionales como número telefónico, dirección, de fecha de nacimiento, etc. Los cuales se constituyen en datos indiciarios para seguir los rastros del sospechoso, aunque de forma indirecta para eventualmente llegar al mismo y poder obtener el dispositivo desde el cual se haya realizado el hecho, como ser: PC, DVD, CD, memorycard, pen drive, cámaras digitales, teléfonos celulares, etc.; sin embargo en pocas oportunidades se ha tenido éxitos por estas vías indirectas. Sin embargo, a pesar de los obstáculos y con el empeño de las Unidades de Investigación, y a través de indicios indirectos



se esclarecieron algunos hechos, constituyendo siempre la dirección IP la prueba por excelencia.

La investigación de hechos en las redes de internet cuenta en el país, con este obstáculo, en ocasiones insalvables, por la inexistencia de una obligación de las proveedoras de llevar un registro de asignación de IP para navegación en la nube cibernética, que se contemplaba en el proyecto de ley denominado: “Que establece la obligación de conservar datos de tráfico” el cual fuera rechazado, cercenando la posibilidad de que múltiples hechos graves queden impunes.

Es importante volver a recalcar que cada vez que se ingresa o inicia sesión en internet, al dispositivo desde el cual se ingresa se le asigna una dirección IP, razón por la cual, urge contar con una normativa que establezca la obligatoriedad del almacenamiento de los datos de tráfico, debiéndose plantear nuevamente la vigencia de una ley en este sentido, ya que en el año 2015 el proyecto fue rechazado, en razón a una campaña desplegada en contra, denominando los detractores, maliciosamente al proyecto de “Ley del *Pyraweb*” remontando a la ciudadanía a una época oscura del país, sembrando temor, ante la eventual vigencia de la ley, derivando en su no aprobación, con lo que en el país hechos tan reprobados como la pornografía infantil, sigue gozando de una impunidad casi absoluta.

Así como lo mencionan Castro Arguello y Tobares Catalá (2010):

(...) Ayudado por el creciente número de noticias en los periódicos sobre escándalos relacionados con el descubrimiento de redes de pornografía infantil y pederastia en internet, se ha producido una alarma en ciertos sectores de la población y preocupación respecto a la seguridad y riesgos



de los menores de edad cuando navegan en internet. La tendencia de la sociedad es adoptar mayores restricciones, siendo la pornografía infantil y la pedofilia temas que generan reacciones tan viscerales que mucha gente se muestra dispuesta a sacrificar sus propias libertades civiles en función de mayores controles que eviten la proliferación de dicho material y permitan la detección y desmantelamiento de sus redes (...) (Castro Arguello y Tobares Catalá, pág. 169).

Esta es la conciencia que todos los paraguayos debemos tomar, es momento de sopesar los bienes jurídicos, y de ceder derechos reconocidos y protegidos, en pos de otro de mayor relevancia, como lo es el Interés Superior del Niño. Es decir, si queremos llegar a imponer efectivamente las sanciones, que claramente prevé nuestra ley penal, necesariamente debemos contar con una normativa que establezca la obligatoriedad del registro de tráfico de datos de internet para las proveedoras. Si ello, a nuestra consideración implica una vulneración a la privacidad, debemos analizar el merecimiento de la cesión de nuestros derechos, por la integridad no solo física sino psicológica de nuestras futuras generaciones.

Percepción de los investigadores sobre las dificultades que se presentan en las pesquisas de pornografía infantil

Para dar cuenta de las dificultades que se presentan durante la investigación de hechos punibles de pornografía en niños y adolescentes, se consultó con los agentes fiscales de las Unidad Especializadas en Delitos Informáticos, Abg. Ariel Martínez¹ y la Abg. Irma Llano. Ambos coincidieron en que, justamente por no contar con los datos de asignación de dirección de protocolo de internet,

¹ Agente fiscal actualmente con permiso para prestar funciones en el Ministerio de Justicia.



las causas de pornografía relativa a niños y adolescentes, remitidas por NCMEC, no avanzan y consecuentemente, los autores quedan impunes, siempre escudados en el anonimato, característica propia de las actividades en las redes; en consecuencia, el bien jurídico protegido en el art.140 del C.P. es violado una y otra vez, incluso por la misma persona.

Los hechos remitidos por NCMEC al Ministerio Público, vienen con la información de la dirección IP y el correo electrónico, en raras ocasiones traen números telefónicos asociados a las cuentas, a lo que se adjudica el poco éxito en la investigación, ya que los pedófilos han venido innovando sus técnicas, a la par de los avances tecnológicos, al punto de que en la actualidad utilizan las redes de internet casi de manera exclusiva para realizar los hechos, por las ventajas que ofrece al infractor, ya que los mismos cuidan los detalles de no establecer números telefónicos y de crear correos al solo efecto de realizar estos hechos, por tanto, no lo asocian a otras cuentas de las redes sociales, de tal manera a que la Unidad Penal sólo tenga la dirección IP, sin mayores posibilidades de llegar al autor, por la inexistencia de registros de asignación de dirección IP.

Por tal situación, el Ministerio Público realiza monitoreos en toda la red, buscando información, cruzándolas, para llegar al autor, con la estrecha colaboración de la Coordinación Técnica Informática, con que cuenta la Unidad Especializada. Una vez agotados estos medios, sin lograr información que constituyan elementos conducentes, el destino de las causas es el archivo, conforme las previsiones del art. 313 del C.P.P.

Ante las recomendaciones del Convenio de Budapest y la necesidad de una legislación que registre las actividades en las redes de internet, se presentó



un proyecto de ley que registre las conexiones a Internet, lo que generó una discusión dogmático-filosófica respecto a la contraposición que esta ley significaría entre la seguridad y la intimidad. El rechazo del proyecto de ley, se fundamentó en una vulneración a la privacidad. Sin embargo, conforme lo manifestado por los agentes fiscales especializados, es necesario realizar una ponderación de los bienes jurídicos que se busca proteger, cual es la indemnidad e integridad de los niños y adolescentes.

Marco Metodológico

El presente estudio es de tipo descriptivo porque realiza una descripción de las particularidades para la resolución de casos de pornografía infantil. El enfoque es cualitativo, no experimental, ya que el trabajo se ceñirá a la descripción de fenómenos, no implicando comprobación de hipótesis.

Delimitación geográfica, Justificación de la delimitación

El estudio fue realizado en dos unidades fiscales de la Unidad Especializada en Delitos informáticos, porque atienden causas de pornografía infantil en las redes de internet.

Técnicas de recolección de datos. Instrumentos

La técnica de recolección de datos es la entrevista a informantes calificados, es decir los agentes fiscales de dos unidades Especializadas en Delitos Informáticos, teniendo como base los hechos comunicados por NCMEC.

Resultados

El registro de navegación en las redes de Internet es la forma determinante de vincular a una persona con una publicación o actividad en internet, en



este caso particular con las publicaciones de materiales pornográficos.

Al momento de iniciar la navegación, los servidores registran de forma automática la visita, esta información contiene la dirección IP, el navegador que se utiliza, sistema operativo y tiempo de permanencia, entre otros datos. Es decir que, esta asignación es de manera exclusiva en un tiempo dado que identifica de manera unívoca, constituyendo el dato más importante que se almacena, además de la fechas y horas exactas en horario UTC, según lo refiere en la página web Conozca el rastro que deja cuando navegamos por internet, 2016. Es decir, la Información existe en internet, lo que explica que los reportes de NCMEC contengan la información, sin embargo, al detectarse que la dirección IP corresponde a Paraguay, las empresas proveedoras de servicios tendrían que almacenar estos datos, y proveerlos a la investigación.

Lo mencionado se vincula a lo que expone el proyecto de ley de Tráfico de Datos del año 2015, que define al protocolo de Internet IP como el código numérico que la proveedora asigna a un dispositivo electrónico al momento de conectarse a la red de internet con lo sostenido por los investigadores penales, ya que constituye el nexo causal por excelencia, el cual solo se lograría con una ley que obligue a las proveedoras a guardar dichos registros.

Entonces, se establece que la prueba por excelencia en los hechos perpetrados a través de las redes, es la dirección IP, a pesar de que en internet se puede utilizar una identidad ficticia y creer que se actúa en el anonimato. Esto es así en los países, donde no se guarda la información, sin considerar que la evolución del acceso a la información, también ha servido como herramienta para la vulne-



ración de derechos fundamentales de los niños y adolescentes, sin dimensionar el daño que se ocasiona a una generación en cuyas manos estará el futuro de la sociedad paraguaya. En consecuencia, la elemental importancia que constituyen para el investigador, acceder a los datos. Tratamiento legal de los casos de pornografía relativa a niños y adolescentes en internet.

Los agentes fiscales asignados a la Unidad Especializada en Delitos Informáticos sostuvieron durante la entrevista realizada que cuando se haya agotado todos los medios al alcance de los mismos, y sin obtener la dirección de Protocolo de Internet (IP), y sin posibilidad de acceder a otras informaciones, el único destino que puede darse al cuaderno fiscal es el archivo fiscal, hasta la obtención de elementos que desemboquen en la individualización del autor. (Ministerio Publico y NCMEC, 2014)

Necesidad de una legislación que asegure el almacenamiento del Tráfico de Datos en Internet.

Conforme las bibliografías consultadas, el anonimato en las actividades en las redes de internet, en realidad no es tal, ya que desde el inicio de la navegación los servidores registran de forma automática la visita, es decir la dirección IP, el navegador utilizado, el sistema operativo, datos a los cuales se puede acceder, contando con una normativa nacional que establezca la obligación de guardarlas, impuesta a las prestadoras de servicios de internet. Ciertamente, cualquiera puede registrarse en redes sociales con una identidad ficticia, sin embargo, los datos que registra el servidor, especialmente la dirección IP, son determinantes para lograr la identidad del infractor de la ley.

Esta es una necesidad extrema por el importante número de casos, como



lo sostiene Miró Llinares (2012), siendo la tendencia actual de los hechos punibles de pornografía relativa a niños y adolescentes, la utilización de las redes de internet de manera casi exclusiva como herramienta, para el acceso a materiales o la publicación de los mismos.

Conclusión

Es innegable la importancia de la dirección de Protocolo de internet en toda la actividad de la web, ya que es la principal manera en que los servidores registran el acceso, es decir nadie pasa sin haber sido registrado desde el ingreso a la red. En ese sentido, a todos los cibernautas se les asigna un IP, que debe ser almacenado por las proveedoras de servicio, el cual ante un requerimiento judicial en el marco de una investigación, sea otorgado al investigador, a fin de individualizar a quién alzo o compartió un material de contenido pornográfico infantil desde Paraguay.

Por la imposibilidad de individualizar al autor del hecho reportado por el Centro Nacional para Niños, Desaparecidos y Explotados de Estados Unidos de América –NCMEC-, las causas terminan siendo archivadas, ya que ante la solicitud de asignación de dirección IP, las proveedoras responden que no cuentan con dicho dato, sin que el órgano investigador tenga ninguna acción en contra de las mismas, por no existir una norma al respecto, por lo que el Ministerio Público recurre a otros mecanismos para encontrar algún dato en los reportes, que lo lleve a identificar al autor, tales como números telefónicos hallados en los reportes, o realizando monitoreo del correo electrónico, buscando esté asociada a otras cuentas o páginas de la red y en consecuencia, acortar brechas hasta llegar al mismo.

Por tanto, se evidencia la necesidad sustancial de contar con una ley que



obligue a todas las proveedoras de servicios de internet a guardar los registros de asignación de IP, siendo esta carencia la causa principal de tantos hechos de pornografía infantil impunes.

Recomendaciones

Este trabajo requiere de una segunda parte, ya que el fenómeno es susceptible de ilustrar, analizando los cuadernos fiscales de Pornografía relativa a Niños y Adolescentes, desde la vigencia del Convenio del Ministerio Público con NCMEC, a los efectos de demostrar estadísticamente, cuantas causas son archivadas, por no contar con los datos de asignación de IP, que derive consecuentemente a la individualización del autor.

Estos hechos que afectan a la sociedad presente y futura, tan condenados por la ciudadanía seguirán impunes de no aprobarse una ley de Tráfico de Datos y es momento de que la propia población y los legisladores realicen una ponderación o valoración de los derechos a ser protegidos y sacrificados.

Referencias

- Castro Arguello, Maximiliano J. y Tobares Català, Gabriel H. (2009). Delitos Informaticos. Cordoba: Advocatus.
- EC.Pág.AT Internacional. (s.f.). www.eC.Pág.at.org. Recuperado el 12 de diciembre de 2016, de http://www.eC.Pág.at.org/wp-content/uploads/2016/04/Que-son-los-hashes_que-es-el-PhotoDNA.pdf
- Interpol. (30 de noviembre de 2016). www.interpol.org. Recuperado el 1 de diciembre de 2016
- Ministerio Publico. (s.f.). www.ministeriopublico.gov.py. Recuperado el 30 de noviembre de 2016, de <http://www.ministeriopublico.gov.py/userfiles/files/>



convenios-vigentes.pdf

Ministerio Publico y Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados, NCMEC. (2014). Convenio de Cooperacion Internacional VPN entre el NCMEC y Ministerio Publico. Convenio, Virginia, Estados Unidos.

Mirò Llinares, F. (2012). El Cibercrimen. Madrid: Marcial Pons.

Poderjudicialmichoacan.gob.mx. (s.f.). Obtenido de <http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/tribunalm/biblioteca/almadelia/Cap3.htm>

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños,. (s.f.). Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños,. Recuperado el 12 de diciembre de 2016, de https://www.unicef.org/spanish/specialsession/documentation/.../op_se_spág.pdf

Publico, M. (2016). www.ministeriopublico.gov.py. Obtenido de <http://www.ministeriopublico.gov.py/userfiles/files/convenios-vigentes.pdf>

Senado.gov.py. (s.f.). Proyecto de ley: Que establece la obligacion de conservar datos de trafico. Obtenido de <http://odd.senado.gov.py/archivos/file/Proyecto%20de%20Ley8.pdf>

www.agpd.es. (s.f.). Convenio sobre Ciberdelicuencia del Consejo de Europa. Obtenido de https://www.agpd.es/portaIwebAGPD/canaIdocumentacion/legislacion/consejo_europa/convenios/common/pdfs/Convenio_Ciberdelincuencia.pdf





Artículo original

Perspectivas y prospectivas de la Jurisdicción Constitucional

Perspectives and prospects of the Constitutional Jurisdiction

Léi Guasu rembiapopy rehegua jehecha pypuku ha jehecha mombyry

*Jorge Alejandro Amaya**

Recibido: 12.05.16 Aceptado: 15.09.16

Universidad de Buenos Aires – Argentina

Resumen

La teoría del control constitucional en el marco de sus orígenes, fundamentos, variantes y aplicación, ocupa un lugar central en el interés teórico y práctico de diferentes áreas del ejercicio del derecho. El trabajo tiene como fin reflejar y compartir los distintos desafíos que afronta el ejercicio del control de constitucionalidad y, el reconocimiento de la constitución como ley suprema. Se abordan las perspectivas y prospectivas¹ de las distintas discusiones a lo largo de la evolución del ejercicio del control de constitucionalidad la tensión: política, judicial, procesal, el difícil rol institucional de las Cortes Supremas o Tribunales

*** Profesor de la especialización en Derecho Constitucional. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional y Vocal Titular del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional Argentina, Buenos Aires. Email: jaamaya@fibertel.com.ar.**

Doctor en Derecho (área Constitucional) (UBA). Profesor Ordinario de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director del curso intensivo de Control de Constitucionalidad de dicha facultad y del curso de de Posgrado en Control de Constitucionalidad con validez para el Doctorado. Profesor de la especialización en Derecho Constitucional. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional y Vocal Titular del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional Argentina, Buenos Aires.

¹ Perspectiva: del latín tardío *perspectivas*, “mirar a través de”; “observar atentamente”, “óptica”, panorama que desde un punto determinado se presenta a la vista del espectador. Punto de vista desde el cual se considera o se analiza un asunto. Prospectiva: del latín *prospicere* “mirar adelante”, “prever”. Conjunto de análisis y estudios realizados con el fin de explorar o de predecir el futuro en una determinada materia



Constitucionales, al que refiere como tensión institucional; y el punto más ríspido del ejercicio del control, consistente en el análisis de una norma emanada del Poder Constituyente reformador, que se califica como tensión soberana; pues, encierran los desafíos que ha abordado la doctrina, la jurisprudencia y el debate político alrededor del ejercicio del control de constitucionalidad, los desafíos estructurales. El órgano encargado de dicho control en una democracia que afronta un rol potencialmente conflictivo, debe ser el garante de la Constitución como norma suprema del ordenamiento defendiéndola de las violaciones que puedan cometer el poder político; y también asegurar que éstos puedan desempeñar las facultades de gobierno que la propia Constitución les confiere.

Abstract

The theory of constitutional control within its origins, foundations, variants and application, occupies a central place in the theoretical and practical interest of different areas of the exercise of law. The purpose of the work is to reflect and share the different challenges facing the exercise of constitutionality control and the recognition of the constitution as the supreme law. The perspective and prospective of different discussions along the evolution of the exercise of the control of constitutionality are addressed: political, judicial, procedural, the difficulty of institutional role of the Supreme Courts or Constitutional Courts, which refers to institutional tension; and the harshest point of the exercise of control, consisting of the analysis of a norm emanating from the reforming Constituent Power, which is described as sovereign tension; therefore, encompass the challenges that have been addressed by doctrine, jurisprudence and the political debate around the exercise of constitutional control, and structural challenges. The body in char-



ge of such control in a democracy that faces a potentially conflicting role must be the guarantor of the Constitution as the supreme rule of the order, defending it from the violations that may be committed by political powers; and also to ensure that they can fulfill the powers of government that the Constitution itself confers.

Ñembyapu'a

Pe mba'e kuaapy ojejesarekóva constitución rehe, amo hapoite guive, ipyenda, ha opa hendáicha tembiapopyrã, kóva hína peteĩ mba'e oñemotenonde etereíva mba'e kuaapy ha tembiapopy guive opaite hendápe oñeme'ëvo tapichápe imba'etee. Ko tembiapo omyesakãse ha omombe'use maymavépe opaichagua desafío oíva tenonderã ojejopátarõ hekoitépe ñeñangarekopy oikotevêva pe constitución rehegua ha mayave ohecha kuaa haguã pe constitución ha'eha Léi Guasu tuichavéva. Opa hendápe oñeñomongeta ha oñehesa'ýijo mba'eguvépa ha moõmevépa ojepyso hína Léi Guasu pegua, taha'e política, judicial, procesal ryepýpe, Ijetu'u etéva Corte suprema ha Tribunal kuéra rembiapo, kóvape oikepaite avei institución kuéra rembiapo tee ha ojopýva instución kuérape. Ha pe ijetu'uvéva ko ñeñangareko guasúpe ningo pe ñehesa'ýijo ha tembiaporãkatu oúva Poder Constituyentegui, ha oje'e voi hese péva ijetu'uveha, ogueroko ipypete voi umi desafío guasu oúva doctrinagui, jurisprudencia ha avei opáichagua ñemongeta política rehegua ñande Léi Guasu y estructura pa'ũme. Peteĩ demokrásia ryepýpe, upe tenda añetete oñangarekoha ko'ã mba'e apañuãire ningo pe Léi Guasu voi, ha'e hína pe léi oíva opavave ári ha oñangareko va'erã, odefende va'erã oimérõ política háicha ojepokoséva hese ha avei oñemoañete hína maymave gobiernope he'i háichaite voi Léi guasúpe.

Palabras Claves: control constitucional, control judicial, tensión políti-



ca, igualdad fáctica.

Keywords: Constitutional control, judicial control, political tension, factual equality.

Ñe'ẽtee: léi guasúre ñeñangareko, judicial rehe ñeñangareko, tensión política, ñomopeteĩ pu'aka rehegua.

El control constitucional

La teoría del control constitucional, en el marco de sus orígenes, fundamentos, variantes y aplicación, ocupó y ocupa un lugar central en el interés teórico y práctico de abogados; miembros de los poderes públicos; profesores de distintas disciplinas del derecho; e incluso, de muchos interesados en el ejercicio o el estudio de la ciencia política².

El célebre fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos “Marbury v. Madison”³, sin lugar a dudas el caso más famoso del constitucionalismo moderno, que se presenta públicamente como el origen del control judicial difuso; así como el diseño positivista que Hans Kelsen planteara en su propuesta de “Tribunal Constitucional” (hoy vigente en los países europeos y en algunas naciones latinoamericanas) conforman los dos modelos de control de constitucionalidad que han atrapado con mayor fuerza el interés del mundo occidental⁴.

2 Un abordaje profundo de las teorías del control de constitucionalidad y de su desarrollo en el derecho comparado puede verse en nuestro libro Control de Constitucionalidad, Astrea, Buenos Aires 2013; y 2da. Edición actualizada y ampliada, Astrea, 2015.

3 Hemos profundizado el fallo y sus precedentes en nuestro libro Marbury v. Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad, Editorial La Ley Paraguay, Asunción, marzo de 2012; Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, 2012; y Colección textos jurídicos, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, Santa Fe, 2013.

4 El modelo político o francés - representado por la constitución francesa de 1958 - puede ser diferenciado del Kelseniano y constituye, a nuestro criterio, un modelo propio con características históricas, sociales e



Ambos modelos centrales trascienden las razones ideológicas, políticas e históricas de su creación, para instalar la discusión jurídica y política –entre otras cuestiones– sobre la posición que una constitución posee frente a los principios del sistema democrático.

Por lo expuesto, este trabajo aspira a reflejar y compartir con el lector los distintos desafíos que en perspectiva y prospectiva– afrontó y afronta el ejercicio del control de constitucionalidad, el cual instala en su epicentro el permanente debate entre mayoría (poder público) y minoría (derechos individuales); y el no menos importante en torno al reconocimiento de la constitución como ley suprema.

Bajo esta óptica de pensamiento el artículo aborda⁵ en su primera parte, las perspectivas de las distintas tensiones en su evolución y desarrollo que el ejercicio del control de constitucionalidad ha transitado: la tensión política que refleja la doctrina de las cuestiones políticas; el desarrollo del debate alrededor de la llamada doctrina contra mayoritaria que identificamos como tensión judicial; la discusión en torno a la declaración de inconstitucionalidad de oficio por parte del órgano a cargo del control (hoy aparentemente zanjado) que hemos llamado tensión procesal; el difícil rol institucional de las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales, al que referimos como tensión institucional; y el punto más ríspido del ejercicio del control, consistente en el análisis constitucional de una norma emanada del Poder Constituyente reformador, al que calificamos como

ideológicas particulares, pero a partir de la reforma de la constitución francesa del año 2008 se ha asemejado al resto de los sistemas vigentes en Europa.

5 En este aspecto seguimos la estructura de nuestro libro Control de Constitucionalidad.



tensión soberana; encierran los desafíos que ha abordado la doctrina, la jurisprudencia y el debate político alrededor del ejercicio del control de constitucionalidad desde el siglo XVII hasta fines del siglo XX, más allá que recurrentemente estos debates cobran mayor o menor actualidad en distintas etapas políticas de los países.

La segunda parte del trabajo se refiere a las prospectivas, es decir a los temas que a nuestro criterio conforman la agenda futura del control y sus dificultades.

El artículo mantiene e incrementa el objetivo inicial que nos hemos planteado en todos nuestros trabajos sobre el control de constitucionalidad: intentar encontrar respuestas, al menos parciales, a muchos de los interrogantes que la cotidianeidad deja al descubierto al poner en evidencia la distancia entre los conceptos de la teoría constitucional y la realidad política.

En este marco, las distintas tensiones y desafíos que abordamos en las perspectivas y prospectivas procuran transmitir al lector –interesado en casos difíciles– un panorama actual de cómo ha sido tratada la cuestión en la jurisprudencia y la doctrina de nuestro país y de gran parte del continente americano; y algunas reflexiones sobre su pasado, presente y futuro.

El control de constitucionalidad correctamente ejercido es una herramienta de enorme valía social e institucional cuyo conocimiento y tratamiento en Argentina y en gran parte de Latinoamérica deja en evidencia muchas disfunciones.



Las perspectivas del control de constitucionalidad.

a) La tensión política: el desarrollo y estado actual de doctrina de las cuestiones políticas no justiciables.

La doctrina de las cuestiones políticas o tensión política refleja el eterno nerviosismo que palpita entre el orden jurídico y el orden político en toda construcción científico-constitucional. Y ello es así, pues por definición el derecho constitucional procura encuadrar jurídicamente el fenómeno político que habitualmente se resiste a ser encasillado.

La Corte Suprema Argentina, siguiendo de cerca la actuación de la Corte Suprema de los Estados Unidos⁶ ha excluido históricamente del ámbito de su control una serie de actos que han sido denominados cuestiones políticas no justiciables (political questions)⁷. Existen, por consiguiente, con mayor o menor intensidad según las distintas épocas del Alto Tribunal, cierta categoría de decisiones que excederían el ámbito del caso judicial.

Las causas o razones que inducen a los jueces a abstenerse de intervenir en estos casos son de variada índole y constituyen uno de los ámbitos más confusos del derecho constitucional y particularmente del control de constitucionalidad. El tema es altamente complejo y por sobre todas las cosas casuístico, de tal manera que ha conducido a un verdadero círculo vicioso que evidencia que las

6 *Marbury vs. Madison* (5 U.S. (1 Cranch) 137) constituye el primer atisbo (aunque en obiter dicta) de lo que serían las cuestiones políticas no justiciables. Posteriormente, se repitieron algunos casos como *Luther vs. Borden* (48 U.S. (7 Howard) 1 (1849)).

7 En distintas etapas históricas incluyó o abandonó temáticas variadas, como facultades privativas; Forma republicana de gobierno; Autonomía provincial; Intervención federal; Enjuiciamiento de magistrados; Composición de las cámaras del Congreso; Procedimiento legislativo; Estado de sitio; Reforma constitucional. Se han utilizado otros calificativos para referirse a similares cuestiones como zona de reserva política, ejercicio de facultades privativas, facultades reservadas y actos institucionales.



únicas cuestiones políticas que existen son aquéllas que los jueces así lo deciden en determinado momento histórico y apelando a distintas denominaciones.

Ahora bien, sin duda esta no es una problemática exclusiva del derecho argentino, sino un permanente debate político y académico en el mundo constitucional. El límite al control de constitucionalidad de las leyes ha sido enunciado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América como la deferencia que el tribunal debe al Poder Legislativo y acerca del sentido de esa deferencia fue interrogada Sonia Sotomayor por la Comisión del Senado cuando examinó su postulación a la Corte Suprema efectuada por el presidente Barak Obama, lo que demuestra la actualidad que mantiene el tema⁸.

En la República Argentina el precedente inicial más estudiado fue Cullen c/Llerena, donde la mayoría del tribunal sostuvo que no debía examinar el procedimiento de sanción de las leyes porque se trataba de una cuestión privativa de las Cámaras del Congreso⁹.

Quizá por las críticas que recibió la doctrina, es que en la década de los 90 la Corte Argentina dejó de apelar a la misma en los casos en los que se abstuvo de ingresar en el control de constitucionalidad. Pero contrariamente a lo que pueda pensarse, tal abandono no significó un ensanchamiento de la revisión judicial, ya que lo que el tribunal hizo fue acudir a la inexistencia de agravio y, por ende,

8 Gelli, María A., Los liderazgos de la Corte Suprema en la jurisprudencia del tribunal (2004-2009) ponencia en el XIX Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, San Miguel de Tucumán, agosto, 2009.
9 Fallos, 53:420, 1893. El actor había cuestionado el proceso de sanción de una ley de intervención federal. La mayoría de la Corte Suprema estimó que no correspondía al tribunal examinar la interpretación y aplicación que las Cámaras del Congreso habían dado al art. 71 (actual art. 81) de la Const. nacional. Por el contrario, la disidencia del doctor Varela limitó las cuestiones políticas, en principio, sólo a las cuestiones de soberanía.



de legitimación. Así, por la vía de la falta de legitimación activa o por falta de agravio, la Corte Suprema ha ceñido aún más el control de constitucionalidad.

La exigencia de agravio concreto para reconocer la legitimación que abre paso al control se mantiene actualmente en la doctrina de la Corte Suprema y exige de los accionantes una cuidadosa presentación del caso o causa justiciable.

El control estricto de la legitimación al cual aludimos, como variante de la doctrina de las cuestiones políticas utilizada por la Corte Argentina en la década del 90, tuvo su acogida plena en la actual composición (hoy diezmada por el fallecimiento y retiro de algunos miembros y a punto de ser integrada próximamente con dos nuevos candidatos¹⁰) en el fallo *Iunnuzzi*¹¹ donde el alto Tribunal - con cita del reciente fallecido Juez de la Corte Norteamericana Antonin Scalia - condicionó la legitimación de las partes a que demostraran que los agravios alegados la afectaban de forma suficientemente directa o sustancial, es decir, con concreción e inmediatez. En suma, para la Corte, no se había fundado un agravio diferenciado de todos los demás habitantes del país. Como se ve la regla otorga al Tribunal una llave de apertura del control que se abre o cierra discrecionalmente.

El criterio se amplió en *Thomas* al desconocerse la legitimación que había invocado un legislador por la violación del procedimiento de sanción de las leyes¹². La Corte argumentó que en el caso al impugnarse la totalidad de una ley por violación del debido proceso adjetivo “se comprometía el sistema de control

¹⁰ Nos referimos a la reciente postulación de los Dres. Horacio Rosatti y Carlos Rosenkrantz.

¹¹ CSJN Fallos, 331: 2287.

¹² *Thomas*, Enrique c/ENA s/amparo, ver comentario de Gelli María A., El control estricto de la legitimación y el debido proceso democrático en el caso *Thomas*, JA, suplemento jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 27/10/2010.



de constitucionalidad” vigente en el país.

También el abanico temático del ejercicio de los derechos políticos y del derecho electoral que acusan un perfil marcadamente político y constituyen el planteo liso y llano del examen judicial de la política ha sido históricamente un campo fértil para la doctrina.

Fue así que durante mucho tiempo estos temas (cuestiones internas de los partidos políticos; oficialización de listas de candidatos, planteos en torno a resultados de elecciones, etc.) estuvieron excluidos del control judicial. Pero al igual que en los Estados Unidos de América a partir del caso *Baker v. Carr* la Corte Suprema Argentina fue progresivamente ingresando en el análisis de ellas hasta llegar al total abandono de la doctrina negatoria, pudiéndose afirmar que en la actualidad las cuestiones electorales; de partidos y derechos políticos no integran el catálogo de asuntos ajenos a la revisión judicial.

A nuestro criterio, la extensión, modalidad y límites del ejercicio del control de constitucionalidad se encuentra íntimamente relacionado con la posición institucional que asuma el máximo tribunal encargado de las cuestiones constitucionales y con el funcionamiento del sistema político.

Si se considera filosóficamente un Tribunal contra mayoritario y concibe al concepto de mayoría como regla, el criterio de apreciación lucirá estricto en toda cuestión que tensione los derechos fundamentales y los procedimientos democráticos frente a las políticas mayoritarias, minimizando la doctrina de las cuestiones políticas.



Si en cambio se identifica como un garante del sistema democrático, concibiendo al concepto de mayoría como principio, la doctrina de las cuestiones políticas se ensancha en su dimensión y aplicación frente a los actos de los poderes políticos en razón de la legitimidad democrática que invisten y de la especial deferencia hacia el Legislativo en su competencia reglamentaria de los derechos.

b) La tensión judicial: el desarrollo y estado actual de la doctrina contra mayoritaria.

El interrogante alrededor de cuál es el poder u órgano más idóneo y legítimo en el Estado de derecho para preservar la supremacía constitucional desencadenó arduos debates desde el siglo XVII¹³ y se mantiene vigente¹⁴.

Es una característica de las constituciones modernas el alto grado de indeterminación en muchos aspectos del texto constitucional. Muchas palabras o textos son ambiguos o vagos, contienen conceptos controvertidos y principios de amplia, difícil y discrecional interpretación. Las peculiaridades de la interpretación constitucional se comprenden si se tiene presente la tensión entre política y derecho que se agudiza notablemente en el derecho constitucional. Es obvio,

13 Amaya, Crisis de la función constitucional de la Corte Suprema argentina, “Revista de la Maestría en Derecho Procesal”, 1, <http://pergamo.puC.Pág..edu.pe/derechoprocesal/node/65>; El juez constitucional argentino y su crisis, “Revista de Derecho de la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación”, año III, n° 5, pág. 6 a 29, y ¿Está en crisis nuestro control federal de constitucionalidad? LL, 2005-F-1257. 14 Ver, entre otros, Tribe, American constitutional law Bickel, The least dangerous branch; Dahl, Pluralist democracy in the United States: conflict and consent; Elster, Régimen de mayorías y derechos individuales, en Shute -Hurley (eds.) “De los derechos humanos”, pág. 165; Ely, Democracia y desconfianza; Waldron, A right-based critique of constitutional rights, “Oxford Journal of Legal Studies”, 13-1993-28; Alexy, Teoría de los derechos fundamentales; Garzón Valdés, El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías, “Isonomía”, n° 12, pág. 7 a 34; Nino, La filosofía del control judicial de constitucionalidad, “Revista del Centro de Estudios Constitucionales”, n° 4, pág. 86; Tushnet, Taking the Constitution away from the Courts, pág. xi; Kramer, We the Court, “Harvard Law Review”, 115-2001-165; The people themselves, pág. 7 y 8; The interest of the man: James Madison, popular constitutionalism, and the theory of deliberative democracy, “Valparaiso University Law Review”, 41-2006-697.



a un modo de ver, que conceptos como “Estado de derecho”, “Estado social”, “libertad”, “igualdad”, etc., no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto.

Por ello, para el modelo de control europeo, la opción por un órgano ad hoc al que se encarga el control de la constitucionalidad de las leyes convirtiéndoselo en supremo intérprete de la constitución se justificó desde antaño por la especificidad de la hermenéutica constitucional, una actividad más próxima a la del legislador y a la del hombre de gobierno, que a la de los jueces comunes.

La dificultad “contramayoritaria”¹⁵ se funda en el hecho de una grave carencia de fundamento democrático del Poder Judicial como controlador de la constitucionalidad de los actos de los otros poderes.

Por el contrario, quienes adhieren a la posición judicialista entienden que dicha situación lejos de ser una causal de ausencia de legitimación para el Poder Judicial es una de las razones de su creación a efectos de preservar a las minorías de los excesos de las mayorías¹⁶.

Waldron, un demócrata radical¹⁷ defiende a la mayoría como el procedimiento de decisión colectiva más respetuoso para definir cuestiones básicas del sistema democrático como qué derechos reconocer; a quiénes y con qué alcance. Sostiene que debe ser el pueblo por medio de mecanismos legislativos

15 Ver, en general, Bickel, *The least dangerous branch*.

16 Éste es el “principio” que está presente en el pensamiento de los padres fundadores del constitucionalismo estadounidense.

17 Waldron, *A right-based critique of constitutional rights*, “*Oxford Journal of Legal Studies*”, 13-1993-18.



quien decida cuestiones fundamentales como el aborto.

Distingue el control judicial en sus versiones fuerte y débil. En la fuerte, como la estadounidense o la argentina, los jueces tienen la facultad de inhabilitar total o parcialmente la aplicación de la ley. Lo mismo ocurre en aquellos sistemas en los que los jueces pueden ordenar la derogación de leyes. En la débil los jueces pueden controlar las leyes para ver si violan o no algún derecho individual, pero no pueden dejar de aplicarlas¹⁸.

El debate ha cobrado actualmente nuevo impulso y nuevos argumentos en autores como Elster o Ackerman, quienes parten de una concepción “dualista” de la democracia. El dualismo constitucional distingue dos clases de decisiones políticas a las que les adjudica distinta legitimidad. Las decisiones del pueblo, o “momentos constitucionales”, no son moneda corriente y ocurren en momentos caracterizados por el convencimiento del pueblo sobre la seriedad de lo que se discute y la gran movilización que esto acarrea. Las decisiones del gobierno o “momentos corrientes”, son las que ocurren diariamente.

Esta distinción es de suma importancia para establecer los deberes del órgano que ejerce el control de constitucionalidad. La Corte Suprema debe preservar las decisiones políticas tomadas en los “momentos constitucionales”, para que no sean erosionadas por las decisiones políticas de los “momentos corrientes”^{19 20}.

De las críticas que sobre el control de constitucionalidad en cabeza del

18 Como en Inglaterra; Nueva Zelandia o Canadá, donde los jueces pueden impartir declaraciones de incompatibilidad con distintos efectos.

19 Elster, *Ulises y las sirenas*, pág. 66 a 84.

20 Ackerman, ¿Un neofederalismo? en Elster - Slaastad (eds) “Constitucionalismo y democracia”, pág. 210.



Poder Judicial hemos repasado, han emergido propuestas dirigidas a salvar su dificultad contra mayoritaria. Algunas sugieren reducir la tarea judicial al control del procedimiento como Ely²¹ quien sostiene que el papel reservado a los jueces no es el de imponer valores fundamentales por medio de la interpretación sino asegurar la transparencia y participación en el proceso democrático cuidando que éste no sea bloqueado por decisiones mayoritarias orientadas a restringir la participación o a discriminar a grupos minoritarios; otras comulgan con promover el sistema de reenvío a los órganos políticos para que expresen su última palabra²².

Una posición intermedia es el llamado constitucionalismo débil²³ que propone: a) Defender la existencia de un “coto vedado” mínimo que ponga a resguardo de las mayorías las reglas del procedimiento y aquellos derechos que se consideran presupuestos de la democracia; y b) Admitir una justicia constitucional con función de propiciar un diálogo entre poderes, siempre y cuando se otorgue la última palabra en cuestiones constitucionales a los mecanismos ordinarios de la democracia representativa mediante técnicas de reenvío.

Como prueba que el debate está muy lejos de zanjarse se presenta hoy en escena el “constitucionalismo popular”, que a través de distintas variantes propone desde eliminar directamente el control judicial de constitucionalidad (TUSHNET) dando como ejemplo de opción aquellos países que carecen de este instituto y, respetan los derechos individuales como Holanda o Inglaterra²⁴; hasta cuestionar solo cuestiona la facultad de la Corte Suprema de ser el último intérprete de la Constitución (Kramer)²⁵.

21 Ver, en general, Ely, Democracia y desconfianza

22 Tal el sistema imperante en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

23 Bayón, Diritti, democrazia, costituzione, “Ragionne Pratica”, n° 10, pág. 63.

24 Ver, en general, Tushnet, Taking the Constitution away from the Courts.

25 Kramer, The people themselves, pág. 249 a 253.



Por supuesto, el “constitucionalismo popular” enfrenta importantes críticas²⁶. Para Tribe (The people themselves judicial populism, “The New York Times”, 24/10/04) es peligroso porque vacía de contenido la constitución al permitir que el pueblo incluya en ella todo aquello que desea que ésta contenga y al mismo tiempo ingenuo por pretender que frases como “tiranía de la mayoría” son apenas meros eslóganes; Chemerinsky sostiene que no tiene una definición precisa y sus posturas son ambiguas en torno al rol del Poder Judicial²⁷.

El debate alrededor de la revisión judicial y de la capacidad de los jueces como últimos intérpretes de la constitución, frente a los actos del legislador excede el ámbito académico y se proyecta día a día en los actos de gobierno y en las posiciones políticas de los funcionarios. Las distintas posiciones analizadas nos permiten vislumbrar un claro sesgo ideológico en la mayoría de las posturas, principalmente las más extremas.

Sin embargo, el debate permanente nos ayuda a poner la temática que analizamos en términos de perspectiva.

c) La tensión procesal: el desarrollo y estado actual de la inconstitucionalidad de oficio.

Bajo la idea de abonar el debate en torno al rol que deben cumplir los jueces dentro del Estado de derecho, el control de constitucionalidad de oficio

²⁶ Ver, por ejemplo, Gerber, The Court, the Constitution, and the history of ideas, “Vanderbilt Law Review”, t. 61, n° 4, 2008, pág. 1067, Alexander- Solum, Popular? Constitutionalism? “Harvard Law Review”, 118-2005-1594, citados por García Mansilla, Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos, exposición en el Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 20/8/08.

²⁷ Chemerinsky, in defense of judicial review: the perills of popular constitutionalism, “University of Illinois Law Review”, 2004-3-676.



enfrenta apoyos y detracciones en la doctrina y la jurisprudencia.

Buenos argumentos sostienen los autores de la posición negatoria al afirmar que las cuestiones a ser resueltas por el Poder Judicial deben provenir de una precisa elaboración producto del choque entre los argumentos de las partes opuestas. No menos atractivos pueden resultar los fundamentos de quienes rescatan esta facultad para la judicatura, cuando sostienen que el derecho dispone un orden jerárquico de las normas jurídicas de manera que las inferiores resulten inválidas de ser incompatibles con las superiores y en razón del principio *iuria novit curia* él Juez debe ajustar sus decisiones a la norma superior.

En su primera época la Corte Argentina confirmó en el caso Vicente Casares (1872) una sentencia que declaró de oficio la inconstitucionalidad de una norma²⁸.

Con posterioridad a dicho fallo y hasta 1940 el alto tribunal no se expidió al respecto. A partir de 1941 y hasta 1984 se consagra como regla general en la doctrina del Alto Tribunal que el control de constitucionalidad no puede ser decretado de oficio, bajo el argumento sentado en el fallo Ganadera Los Lagos de preservación del principio de división de poderes²⁹.

Con posterioridad a 1984 y hasta el año 2001 la Corte Suprema comenzó de manera incipiente a reanalizar el instituto del control de oficio por medio de la posición que fijan algunas disidencias³⁰.

28 Fallos, 11:257.

29 Fallos, 190:142.

30 En el caso Instrucción Militar n° 50 de Rosario, los doctores Fayt y Belluscio argumentaron que la facultad del Poder Judicial de aplicar el derecho que las partes no invocan (*iuria novit curia*) incluye el deber de mantener la supremacía constitucional prevista por el art. 31. También el ex ministro Boggiano hizo lo propio en autos Ricchi c/Autolatina, entre otros fallos, con similares argumentos a los vertidos por Fayt y Belluscio en el precedente mencionado.



En el año 2001 la tesis permisiva al control oficioso logró la mayoría en la composición del máximo tribunal con tres disidencias en el caso Rita Mill³¹. Poco tiempo después, en Banco Comercial de Finanzas y con remisión a muchos de los antecedentes plasmados en Mill se confirmó la facultad del Poder Judicial de declarar oficiosamente la inconstitucionalidad de las normas³².

La cuestión parece haberse zanjado definitivamente en el derecho argentino por influencia del sistema interamericano a partir del fallo Rodríguez Pereyra (2012). Aquí se sostiene que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos y que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. El Poder Judicial debe ejercer control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos y la Convención³³. La Corte Interamericana ha insistido respecto del control de convencionalidad ex officio en el caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina del 29/11/2011. A partir de estos fundamentos, la Corte Argentina entiende que “La jurisprudencia reseñada no deja lugar a du-

31 CSJN, 27/9/01, “Mill de Pereyra, Rita A. Otero, Raúl R. y Pisarello, Ángel C. c/Estado de la provincia de Corrientes s/demanda contenciosa administrativa”, JA, 2002-I-737.

32 CSJN, 19/8/04, “Banco Comercial de Finanzas SA (en liquidación por Banco Central de la República Argentina) s/quiebra”, JA, 2005-III-441.

33 CorteIDH caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21; ratificado en los casos “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros vs. Perú)” del 24 de noviembre de 2006. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde en los casos “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia” (del 1º de septiembre de 2010, parágrafo 202); “Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Ragaia’) vs. Brasil” (del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176) y “Cabrera a y Montiel Flores vs. México” (del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225).



das de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer de oficio el control de convencionalidad descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado y esto contiene el control de constitucionalidad.

d) La tensión institucional: el desarrollo y estado actual del rol de las Cortes Supremas y los Tribunales Constitucionales.

Como poder del Estado, las Cortes Supremas o los Tribunales Constitucionales por medio de sus fallos no sólo deciden en el sentido judicial del término, sino que además gobiernan, entendiéndose por ello la fijación de políticas que emanan de la interpretación, aplicación o invalidación de los múltiples actos de gobierno mediante el ejercicio del control de constitucionalidad.

Desde esta perspectiva, dos de las opciones de justificación de la justicia constitucional que otorgan mayor o menor amplitud al control de constitucionalidad y definen el tipo de liderazgo que debe asumir son la de tribunal contra mayoritario, cuya principal función es el control constitucional del poder político frente a los derechos individuales y la preservación de los derechos de las minorías; y la visión del tribunal como garante del proceso democrático, cuya principal función transita por preservar las reglas del proceso democrático. El modelo es estadounidense o judicial responde en su origen a la primera identidad y los Tribunales Constitucionales a la segunda.

La experiencia indica que hoy ambos modelos han acercado³⁴, incluso,

34 Ver, en general, Linares, Modelos de justicia constitucional y deferencia al Poder Legislativo, quien, con apoyo en autores como Ruiz, Prieto Sanchís, Gascón Abellán, García de Enterría y Rubio Llorente formula una excelente recopilación.



para algunos, invertido³⁵.

¿Cómo ha entendido y ejercido la Corte Suprema Argentina -en términos generales- su función institucional? ¿Se ha inclinado hacia su originaria identidad contra mayoritaria; o se distanció de dicha identidad para asumir un rol más condescendiente con el Legislativo? Según nuestro parecer la Corte Suprema ha mantenido a lo largo de los últimos años una posición de apoyo a los órganos electivos surgidos del proceso democrático y no una posición de control estricta de los actos emanados de ellos. Seguramente hay variadas razones, pero el avasallamiento por parte del poder político al judicial ha sido una de las razones fundamentales por las cuales sus composiciones se han manejado dentro del concepto actitudinal o de actores estratégicos del sistema institucional. Ningún presidente argentino, con honrosas excepciones, se ha sustraído a la necesidad de colocar en la Corte Suprema a jueces identificados con su pensamiento político o con sus ideas.

Así, si cotejamos el posicionamiento de la Corte Suprema en casos paradigmáticos de la jurisprudencia argentina, que enfrentaron derechos individuales frente a políticas de gobierno veremos que en la inmensa mayoría de los casos el alto tribunal se inclinó por apoyar las políticas del gobierno mayoritario. Esta cuestión es verificable, particularmente en el cotejo de aquellos fallos dictados con motivo del ejercicio por parte del poder político de facultades en el marco de la doctrina de la emergencia.

En los últimos años democráticos del país las áreas esenciales para el

³⁵ Ver, en general, Ferreres Comella, Justicia constitucional y democracia.



gobierno también han sido apoyadas incondicionalmente por la Corte Suprema, tales como la emergencia económica vinculada con la crisis económico social del 2001/2; y la política de derechos humanos en torno a la revisión de la lucha antisubversiva. En ambos casos la Corte Suprema falló a favor de la posición sostenida por el Gobierno, tensionando al límite, en la primera cuestión, el derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Const. Nacional; y afectando seriamente en la segunda los principios constitucionales de legalidad, defensa en juicio y debido proceso, consagrados en el art. 18³⁶; también de abstuvo de intervenir en casos de trascendencia institucional que despertaron importantes críticas de amplios sectores de la sociedad, y en los cuales el tribunal mantuvo silencio avalando implícitamente la actuación de los poderes políticos (casos como la impugnación que sufriera una de las leyes reglamentarias del Consejo Nacional de la Magistratura y la causa “Novello”³⁷, referida a las tristemente célebres “candidaturas políticas testimoniales”).

También podríamos identificar un conjunto de fallos de la Corte como asignados a un rol contra mayoritario, tales como Bussi y Patti donde el alto tribunal enfrentó al Poder Legislativo sentando doctrina en torno la interpretación de las cámaras del Congreso para evaluar los títulos de sus miembros³⁸; Binotti, donde controló la interpretación del reglamento interno de la Cámara de Senado-

36 CSJN, 24/8/04, “Arancibia Clavel, Enrique L.”, JA, 2004-IV-426; id., 23/12/04, “Simón, Julio H., y otros s/privación ilegítima de la libertad”, EDCO, 2005-257; id., 10/5/05, “Lariz Iriondo, Jesús M.”, JA, 2005-III-520; id., 11/7/07, “Derecho, René J.”, JA, 2008-I-662, e id., 13/7/07, 37 C.N.Electoral, 1/6/09, “Novello, Rafael V. -apoderado de la Unión Cívica Radical- y otros s/impugnan candidatura a diputado nacional”, LL, 2009- C-601.

38 CSJN, 11/10/01, “Bussi, Antonio D. c/Estado nacional”, JA, 2001-IV- 688; id, 13/7/07, “Bussi, Antonio D. c/Estado nacional”, JA, 2007-IV-641; id, 8/4/08, “Patti, Luis A. s/promueve acción de amparo c/Cámara de Diputados de la Nación”, EDCO, 2008-22.



res³⁹; Sosa donde ordenó a las autoridades provinciales la reposición de un funcionario judicial desplazado arbitrariamente de su cargo por las autoridades políticas⁴⁰; o Editorial Río Negro donde sentó pautas de razonabilidad en el reparto de publicidad oficial limitando el ejercicio de facultades del Poder Ejecutivo⁴¹.

Pero además, novedosamente, la Corte Argentina se asignó el rol de custodio de la responsabilidad internacional del Estado Argentino en el caso Mazzeo⁴²; y adoptó en varios fallos un rol de equilibrio de los poderes a través del ejercicio de las llamadas sentencias exhortativas, como en el fallo Verbitsky⁴³ en el cual hizo lugar a un hábeas corpus colectivo e intimó a los poderes políticos a subsanar deficiencias de detención de los presos sin condena en las comisarías de la provincia de Buenos Aires; el conocido caso Mendoza (cuenca Matanza-Riachuelo)⁴⁴ donde el alto tribunal se constituyó en un órgano de administración de las obligaciones de los Estados nacional, provincial y de la Ciudad de Buenos Aires en torno al saneamiento de una cuenca hídrica; los casos Sánchez y Badaro, donde la Corte Suprema indicó al Poder Legislativo la conducta que debía seguir para resguardar debidamente los derechos de la clase pasiva⁴⁵, o Halabi⁴⁶ donde el alto tribunal encomendó al Poder Legislativo el dictado de una ley reglamentaria de las acciones de clase.

39 Fallos, 330:2222.

40 CSJN, 14/9/10, "Sosa, Eduardo E. c/provincia de Santa Cruz", LL, 2010-F-185.

41 CSJN, 27/4/10, "Editorial Río Negro SA c/Neuquén, provincia del s/ordinario", ED, 238-109.

42 CSJN, 13/7/07, "Mazzeo, Julio L., y otros", JA, 2007-III-573.

43 Fallos, 328:1146.

44 CSJN, 20/6/06, "Mendoza, Beatriz S., y otros c/Estado nacional y otros", DJ, 2006-2-706, y RCS, 2006-VIII-101.

45 Fallos, 328:1602, y CSJN, 8/8/06, "Badaro, Alfonso V. c/Anses", DJ, 2006-2-1191.

46 CSJN, 24/2/09, "Halabi, Ernesto c/PEN -ley 25.873- decr. 1563/04 s/amparo ley 16.986", RCS, 2009-III-71.



Por último, el Tribunal varió su jurisprudencia intensamente y, en muchos casos, sin justificación suficiente, desoyendo los parámetros que ella misma pretende imponer a los tribunales inferiores en torno a la obligatoriedad del precedente. Interpretamos que la Corte Suprema argentina, procuró situarse en los últimos años en un “rol fundacional” de una nueva jurisprudencia y de una nueva imagen institucional, frente a la sociedad y frente a los poderes políticos del Estado.

Con independencia de la opinión favorable o desfavorable que tengamos en cada caso respecto de la jurisprudencia anterior o de la nueva, es deseable que un Alto Tribunal se sienta obligado a fallar según sus precedentes y a abandonarlos sólo cuando hubieran cambiado sustancialmente las circunstancias jurídicas o sociales que rodearon la adopción de un determinado criterio.

e) La tensión soberana: el desarrollo y estado actual del control constitucional de las constituciones y sus reformas.

¿Puede alguna parte de la Constitución ser inconstitucional? En caso de que optáramos por la afirmativa, ¿a qué órgano del Estado correspondería dicha declaración? ¿Al Poder Legislativo como sede de la soberanía popular? ¿pueden los jueces decirnos a los ciudadanos lo que es constitucional y lo que no? ¿Pueden imponernos su concepto y su visión de la Constitución?. El tema ocupa genera enormes debates que se han ido acrecentando en razón del notorio avance del Poder Judicial y de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Activismo que bien podemos ejemplificar en el progresivo abandono



de la doctrina de las cuestiones políticas⁴⁷; la asunción sin discusión del control constitucional y convencional de oficio; y el control de las constituciones en su contenido y procedimiento de reforma.

En la doctrina estadounidense la cuestión está dividida; Tribe se inclina por rechazar la revisión judicial⁴⁸, otros autores, como Dellinger, sostienen que los tribunales deben asegurar que el proceso de reforma se lleve a cabo en la forma que establece la Constitución⁴⁹. Lo mismo sucede en la doctrina argentina; Spota y Oyhanarte se alzan contra la posibilidad de control judicial de la reforma⁵⁰ la tesis contraria ha sido adoptada y defendida por Bidart Campos y Ekmekdjian, entre otros⁵¹. En el ámbito federal nacional el tema ha tenido un recorrido breve pero controvertido. En el derecho público se han declarado inconstitucional varios artículos de Constituciones provinciales⁵² e ingresado en el análisis de varios procesos de reforma⁵³.

Hasta el caso Soria de Guerrero⁵⁴ (1963) la Corte Suprema Argentina

47 La influencia de la Corte IDH en el apartamiento de las cuestiones políticas se ve expuesto en casos como “Tribunal Constitucional del Perú” o “Gelman”; en la tesis afirmativa de la inconstitucionalidad de oficio, en casos como “Almonacid” (2006); “Trabajadores Cesados del Congreso (2006); “Ibsen Cárdenas”; o “Fontevicchia” (2011); en el control de las Constituciones, casos como “Radicha Pacheco” o “Olmedo Bustos”.

48 Tribe, *Constitutional choices*, pág. 22.

49 Dellinger, *The legitimacy of constitutional change: rethinking the amendment process*, “*Harvard Law Review*”, 97-1983-1984-386.

50 Cfr en general, Spota, *Origen y naturaleza del poder constituyente, y Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*; Oyhanarte, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*.

51 En general, Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional*; Ekmekdjian, *Tratado de derecho constitucional*, en especial, t. III.

52 Por ejemplo, en CSJN, 17/6/86, “Ormache, José E LL, 1986-D-400, donde el alto tribunal consideró que el art. 157 de la Constitución de Entre Ríos, prohibitiva de la afiliación partidaria y de la actividad política de los empleados administrativos del Poder Judicial local, era contraria a los arts. 14, 16 y 33 de la Const. federal.

53 CS Tucumán, 6/4/90, Gutiérrez, José, y otros c/HCCCT, ED, 138-621.

54 Fallos, 256:556.



nunca se había pronunciado sobre si era competente para intervenir en el control de constitucionalidad de una reforma constitucional, y en este primer caso entendió que las facultades jurisdiccionales del tribunal no alcanzaban, como principio, al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes a fin de resguardar el principio de la separación de poderes, excepto que se demostrase la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley⁵⁵.

La reforma constitucional de 1994 fue la que mayores impugnaciones constitucionales despertó. El caso Polino se alzó contra el proceso pre constituyente al sostener que el Congreso había violado el trámite constitucional de sanción de la ley de declaración. La Corte, optó por rechazar el planteo aduciendo falta de legitimación del actor, Diputado Nacional. El caso Romero Feris, también legislador, trató de la impugnación del sistema de votación impuesto a los convencionales por la ley declarativa, por violentar derechos políticos representativos de las minorías políticas.

En este caso el Alto Tribunal consideró que a dicha fecha la Asamblea Constituyente ya se encontraba reunida y resultaba abstracto el juzgamiento relativo al sistema de votación de los convencionales ya que no se sabía si lo tomarían o lo rechazarían. Cabe destacar en este caso la disidencia del uno de los Ministros (Fayt) que declaró la inconstitucionalidad del artículo impugnado, lo que consideramos la doctrina correcta.

55 Recordemos que el procedimiento de reforma de la Constitución Argentina previsto en el artículo 30 confiere al Congreso la facultad de declarar la necesidad de reforma y fijar los puntos a reformarse (esto consuetudinariamente se ha hecho por ley). La reforma propiamente dicha la efectúa una Convención ad hoc.



Unos años después (1999) de producida la reforma de 1994 y por efecto de esta se produce un cambio de doctrina en la Corte, en el llamado caso Fayt. El caso debe su nombre al ex juez de la Corte Suprema que planteó una acción contra una disposición incorporada por la reforma constitucional de 1994 que entendía lo afectaba y que establecía que para los magistrados de la justicia federal era necesario un nuevo nombramiento para mantener el cargo al llegar a la edad de 75 años⁵⁶, siendo dicha nueva designación por cinco años y pudiendo repetirse indefinidamente. La Corte Suprema⁵⁷ hizo lugar a la demanda y declaró la nulidad de la reforma introducida por la Convención reformadora de 1994 en la norma impugnada. La doctrina fijada en Fayt significó que por primera vez en la historia de la jurisprudencia de la Corte Suprema se realizara un juicio de constitucionalidad en plenitud sobre disposiciones normativas creadas por una Convención Nacional Constituyente que reformó la carta magna. Como es imaginable el caso dio origen a un debate profundo en la doctrina nacional⁵⁸.

En el año 2006 sucede, en el marco de una reforma constitucional provincial, , la cual se encuadra en la segunda ola reformista del derecho público

56 Art. 99, inc. 4°, párr. 3° C.N..

57 Fallos, 322:1616.

58 A favor de la decisión de la Corte Suprema pueden verse, entre otros, Fayt, El “self moving”; Sánchez Maríncolo, La inconstitucionalidad y nulidad en la sanción de la modificación de una norma constitucional, LL, Actualidad, 2/11/99, pág. 1; Midón, Los límites del poder constituyente. A propósito del caso “Fayt” “Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, n° 169, pág. 6; Gil Domínguez, El caso “Fayt”: una polémica bisagra en los alcances del control de constitucionalidad de una reforma constitucional, “Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, n° 170, pág. 4; En contra de la decisión de la Corte Suprema, Hernández, El caso “Fayt” y sus implicancias constitucionales: Sabsay, El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en un fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n° 3, 1999, pág. 119 a 137; ColauTTI, Las reformas a la Constitución y los límites de la revisión judicial, JA, 1999-IV-647; Gelli, Constitución de la Nación Argentina, pág. 364. Se debe sumar a este sector de la doctrina a Frías, Sagüés, Jiménez y Armagnague, quienes así se manifestaron en sus intervenciones en el debate celebrado en la ciudad de Paraná, Entre Ríos, con motivo de la reunión convocada por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, mar. 2000.



provincial el caso Colegio de Abogados de Tucumán⁵⁹, en el cual El Superior Tribunal de Justicia declaró la nulidad completa de dos instituciones incorporadas por la Convención: La enmienda constitucional y el Consejo Asesor de la Magistratura.

Cabe interrogarse sobre si la sentencia -en muchos de sus pasajes- no refleja la visión particular de los jueces de la arquitectura social.

Las perspectivas del control de constitucionalidad.

El desafío social: la evolución de las categorías sospechosas de inconstitucionalidad.

La igualdad como derecho ocupa un papel transversal en relación con otros derechos, de modo que los casos no presentan la igualdad en estado “puro”, sino vinculada con otros derechos, como el del consumo o los derechos políticos. La Constitución Nacional Argentina ha consagrado este derecho bajo diferentes manifestaciones (igualdad ante la ley (art. 16 C.N.); prohibición de fueros personales (art. 16 C.N.); igualdad entre nacionales y extranjeros (art. 20 C.N., etc. y se ha visto enriquecido con la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75 inc. 22 C.N.). Por consiguiente, la reforma constitucional de 1994 deja a la luz que el constituyente ha evolucionado desde una concepción formal, hacia una igualdad fáctica o real, que obliga a los poderes públicos a la formulación de acciones positivas para asegurar la igualdad real obligando al Estado a legislar en materia de medidas de acción positiva sobre los grupos desaventajados, como los ancianos o las personas con discapacidad. Asimismo,

⁵⁹ CContAdm Tucumán, Sala II, 5/2/08, LLNOA, 2008-85, confirmada parcialmente por CS Tucumán, Sala Lab y ContAdm, 8/9/08, LLNOA, 2008-844.



el artículo 43 prevé el amparo colectivo como vía para remediar situaciones de discriminación.

La Corte Suprema Argentina, siguiendo pautas marcadas con anterioridad por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Korematsu v. United States* de 1944, y la Jurisprudencia Europea, ha ido elaborando distintos criterios de análisis del control de la reglamentación de los derechos en su cruce con la igualdad.

Así ha distinguido el “test de mera razonabilidad”, que se caracteriza por la mayor deferencia de los tribunales hacia la validez de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, exigiendo que quien cuestione la validez constitucional acredite su irracionalidad; y un estándar de revisión exigente cuando el derecho en juego es atravesado por el principio de igualdad y las personas son tratadas de manera desigual a partir de determinadas características, dando lugar a las llamadas “categorías sospechosas de inconstitucionalidad” que invierten la carga de la argumentación.

La Convención Americana de Derechos Humanos que mantiene primacía en casi todos que la han aceptado contiene un catálogo de criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar. Su artículo 1.1 menciona los siguientes criterios prohibidos de discriminación: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Así, todo norma o trato desigual basado en alguna de esas categorías prohibidas debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso para evaluar su convencionalidad o constitucionalidad, y requiere de un plus de fundamentación



de su objetividad y razonabilidad por parte del autor de la norma o el acto.

Los primeros antecedentes de este criterio de revisión estricto de la Corte Argentina se vincularon con la distinción entre nacionales y extranjeros⁶⁰. Pero, la Corte Suprema fue ahondando en esta intensidad del control en otros casos, como “Alvarez, Maximiliano”⁶¹ donde la discriminación parecía provenir de cuestiones ideológicas o políticas; y “Reyes Aguilera”⁶² donde la actora, además de extranjera era discapacitada y estaba en una situación de extrema pobreza.

La Comisión Interamericana comenzó a utilizar este criterio estricto de revisión en casos de discriminación de sexo y de raza como⁶³, al igual que la Corte Constitucional Colombiana⁶⁴.

Ahora bien, las calificaciones prohibidas son notoriamente amplias, ya que se refieren a la nacionalidad, al sexo, a la religión, a la raza, a la opinión política, los impedimentos físicos, la orientación sexual, y al origen social y la posición económica.

Existiendo en muchos países grandes sectores marginales de la sociedad sumidos en una pobreza estructural que los inhibe o limita del acceso a los bie-

60 CSJN Fallos 311:2272, in re “Repetto, Inés María c/ Buenos Aires, provincia de s/ inconstitucionalidad de normas legales”, del 8/11/1988. En el caso se debatía la validez constitucional (en particular, frente al art. 20 C.N.) de una norma provincial que ponía como requisito la nacionalidad argentina para acceder a un cargo docente en la enseñanza preescolar en un instituto particular. CSJN fallos 321:194, in re “Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo” del 24/02/1998. CSJN fallos 327:5118. in re “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del 16/11/2004. CSJN fallos 329:2986. in re “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo” del 8/08/2006. Puede verse un análisis completo en Amaya Jorge Alejandro, *Control de Constitucionalidad*, Astrea (2ª edición), Buenos Aires, junio de 2015.

61 CSJN sentencia del 7/12/2010.

62 CSJN fallos 330:3853, in re “R.A., D. c/ Estado Nacional” del 4/09/2007.

63 CIDH, María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala, Caso 11.625, Informe N° 28/98, párr. 36.

64 Sentencia C-101/05.



nes y servicios más elementales, las categorías sospechosas parecería que pueden constituir una herramienta de protección judicial de quienes se encuentran en situación de alta vulnerabilidad dentro de la comunidad política. ¿Será esta su evolución?

b) El desafío político: la armonización de la regla de la mayoría y el pluralismo político

El Derecho Constitucional clásico del siglo XVIII en su vertiente liberal; y el moderno social reformulado en Europa luego de finalizada la segunda gran guerra, han edificado y reafirmado su postulado de la limitación del poder, tanto desde la perspectiva de la organización del mismo como de la individual de los derechos humanos.

La transformación de las sociedades y de las relaciones surgidas en su seno, hizo necesario admitir sujetos colectivos, como los partidos políticos y los sindicatos, los cuales ya han alcanzado relevancia constitucional hasta garantizarles una esfera de derechos que operan también como límite a la acción del poder.

Sin embargo, existen dogmas como el de la existencia de una voluntad general única, soberana, que se deposita sobre esquemas formales que mantienen inalterado el principio del control del poder ejecutivo por parte del legislativo, situación que en la realidad sociopolítica se ha transformado profundamente.

Este aspecto plantea problemas cuando la teoría constitucional mantiene principios que claramente contradicen la práctica política, es decir cuando el esquema institucional no responde al esquema teórico con el que se intenta explicarlo, y lo que es peor, con el que se intenta legitimar la democracia.



En estos supuestos, el desfase existente entre el sistema de valores y los principios proclamados y las instituciones concretas, conduce a una teoría incapaz de captar la realidad política, entrándose en una peligrosa dinámica de deslegitimación de las instituciones.

Actualmente parece haberse aceptado que la concepción unitaria de la sociedad, es decir el pueblo como titular homogéneo de la soberanía no se ajusta a la realidad⁶⁵. El pluralismo se ha afirmado como uno de los principios fundamentales del sistema democrático moderno.

Sin embargo, y tal como ocurriera en su momento con los partidos políticos, el derecho todavía no ha receptado todas las consecuencias de esta nueva situación, ya que aceptar el pluralismo supone admitir que siendo el pueblo plural, su voluntad soberana también lo es; y en consecuencia, tanto la voluntad mayoritaria como la minoritaria emanan de la fuente misma del poder soberano⁶⁶.

Así, una cosa es que la técnica de las mayorías constituya un medio necesario para posibilitar la formación de una voluntad única del Estado, como forma de organización social; y otra es que esa técnica se proyecte sobre todo el funcionamiento estatal y en especial sobre el ámbito de la discusión, justificando ciertos desequilibrios a favor de la mayoría hasta dificultar la expresión de opiniones alternativas. Estas son en tanto que opiniones concurrentes a la formación de la voluntad estatal, tan legítimas como la mayoría.

65 Como señalara Kelsen, la unidad del pueblo solo puede afirmarse en sentido normativo, ya que según un criterio sociológico es una aglomeración heterogénea. Cfr. Kelsen Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, Madrid, 1977, pág. 30.

66 Cfr. Basso, Lelio, *Natura e funzioni dell opposizione dell ordinamento costituzionale italiano*, en *Discorsi e scritti sulla Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1958, pág. 377.



Por lo tanto, no solo debe tolerarse su existencia, sino que debe reconocerse la función o rol institucional que ejercen, garantizándose los instrumentos y derechos necesarios para el desempeño de este rol institucional.

El planteo, por consiguiente, consiste en integrar la voluntad de la minoría política en los órganos estatales para que el ejercicio del poder no quede exclusivamente en manos de la mayoría. Así corresponden a la minoría política funciones y derechos como la capacidad de conocer como la mayoría ejerce el poder con el fin de denunciar sus errores o buscar aportar alternativas; el derecho a presentar ante la sociedad sus posturas y discrepancias frente a cada decisión que deba tomarse; la capacidad para activar la discusión en aquellas materias que a su juicio deban plantearse, etc.

Sin duda alguna, existe una notable falta de desarrollo en muchos ordenamientos jurídicos en torno a esta situación, si la contrastamos con la homogeneidad alcanzada en el ámbito de los derechos humanos individuales, aunque algunos de ellos tengan una dimensión colectiva.

La distancia entre realidad y norma, entre funcionamiento del sistema político y encuadramiento constitucional, se acrecienta en muchos de los llamados nuevos constitucionalismos latinoamericanos, particularmente en aquellos países que se han visto encandilados por políticas populistas que han generado grandes movimientos sociales y políticos de apoyo. En estos contextos la minoría política sufre serios embates que limitan los derechos de sus integrantes hasta límites previamente inadmisibles.



b) El desafío regional: la evolución del control de convencionalidad.

El dialogo jurisdiccional entre la Corte IDH y la CSJN comenzó progresivamente desde los años noventa⁶⁷ y, si bien hoy sus fallos y jurisprudencia tienen efecto vinculante para los tribunales Argentinos teniendo estos la obligación de ejercer un control de convencionalidad⁶⁸ entre el derecho interno y los derechos consagrados en la Convención Americana a la luz de la interpretación que de estos ha hecho la Corte, incluso de oficio, el proceso de reconocimiento y aceptación no fue fácil ya que, por un lado la justicia doméstica muchas veces se ha resistido a la internacional debido a una diversidad de factores, y por otro, el activismo de la Corte IDH la ha puesto al borde, en varios casos, de una casi natural resistencia por parte de los Estados⁶⁹. Un primer desafío regional al control de convencionalidad y a la posición del Tribunal Internacional regional dentro del sistema jurídico interno de los países, lo constituye las diferencias jerárquicas que establece el principio de supremacía, en los Estados: por ejemplo en Argentina el Pacto de San José y sus órganos tienen jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 Const. Argentina), y en Paraguay la constitución nacional tiene prelación sobre los tratados internacionales (art. 137 Constitución paraguaya). Otro, circunda el sistema de control de constitucionalidad de cada uno de los países: ¿puede el

67 En el ámbito de la jurisdicción contenciosa ejercida por la Corte desde su instalación en 1979 hasta 2011 ha dictado un total de 238 sentencias de fondo, excepciones preliminares, reparaciones, costas e interpretación. El 73,5% (175) de esas sentencias han sido dictadas entre el año 2000y el 2011. Salvo pocas excepciones, en prácticamente todas las sentencias de fondo la CIDH ha encontrado la violación de, al menos, uno de los derechos reconocidos en la Convención Americana. La jurisprudencia de la Corte sobre la interpretación de la Convención se complementa con las resoluciones sobre Medidas Provisionales dictadas hasta el 2011 en más de 110 asuntos (cada asunto cuenta normalmente con varias resoluciones) y con 296 resoluciones sobre cumplimiento de las sentencias dictadas entre 2001 y 2011, así como las 20 Opiniones Consultivas dictadas desde 1982.

68 El término control de convencionalidad fue por primera vez acuñado expresamente por la Corte IDH en su sentencia en el caso “Almonacid Arellano v. Chile”. sentencia del 26 de septiembre de 2006.

69 Cfr. Sagües Néstor Pág., “Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, págs. 247 y ss.



juez inferior paraguayano ejercer control de convencionalidad si carece de la facultad constitucional para ejercer control de constitucionalidad ya que el sistema está exclusivamente concentrado en la Sala Constitucional de la Corte Suprema?. Otro interrogante se centra en los efectos internos de la doctrina de la Corte Interamericana y de las recomendaciones de la Comisión: ¿constituyen pauta legal obligatoria para los otros países no involucrados?

La Corte IDH refiriéndose al derecho interno peruano en los casos: “Barrios Altos”, “Tribunal Constitucional de Perú” y “La Cantuta” puso énfasis en señalar los efectos erga omnes de sus fallos para todo el derecho interno de un país, en este caso Perú⁷⁰, comportándose como un Tribunal Constitucional anulando las leyes de amnistía con efecto erga omnes y sosteniendo que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutive (que vale para el caso particular) sino que se multiplica expansivamente a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado para la generalidad de los casos similares.

La Corte Argentina pasó de considerar la jurisprudencia una “guía para la interpretación de los preceptos convencionales” en el caso “Giroldi”⁷¹; sostener en el caso “Acosta”⁷² que la jurisprudencia internacional no podía afectar la cosa juzgada a nivel interno; posicionarse en el llamado caso “Bulacio”⁷³ en el año 2003 en que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye una imprescindible

70 Corte IDH, Casos: Barrios Altos vs. Perú (Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75); La Cantuta vs. Perú (cit.) y Tribunal Constitucional vs. Perú (Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71).

71 CSJN sentencia del 7 de abril de 1995.

72 CSJN sentencia del 28 de diciembre de 1998

73 Corte Suprema de la Nación Argentina, Expte. 1307/2003 Decisorio del 21 de agosto de 2003.



pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este temperamento ha sido receptado por la Corte Argentina en los temas vinculados con delitos de lesa humanidad, donde se han aplicado a rajatabla dichas pautas jurisdiccionales⁷⁴.

Esta posición se consolidó en el caso Videla⁷⁵ donde convalidó el deber de efectuar - para evitar la responsabilidad internacional del Estado - el control de convencionalidad por parte de los jueces locales, atribuyéndose por consiguiente la facultad institucional de custodio de esta responsabilidad internacional.

c) Otro desafío en el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los tribunales internos se ciñe a la llamada doctrina del “margen de apreciación”⁷⁶ que distingue entre un núcleo duro o esencial común para todos y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país; su idiosincrasia y experiencias. Es decir ¿la doctrina de la Corte IDH debe ser efectivizada por los jueces de todos los Estados que han aceptado la competencia de la Corte de una forma inalterable o pueden éstos adecuarla a su ordenamiento jurídico interno en virtud de la noción del margen de apreciación?

La actuación de la Corte IDH y su relación con el control de convencionalidad por parte de la jurisdicción constitucional interna de los países deja

74 Casos “Arancibia Clavel; “Simón”; “René Derecho” y Mazzeo”.

75 CSJN en Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación” C.S. V.281. XLV en sentencia del 31 de agosto de 2010.

76 Sagües, Néstor Pedro, La interpretación judicial de la Constitución, 2ª ed. (Buenos Aires, 2006), Lexis Nexis, pág. 222 y ss.



flotando muchos otros interrogantes, y por consiguiente desafíos a futuro:

¿Qué evolución tendrá el criterio de la Corte sentado en el caso “Gelman v. Uruguay”⁷⁷ del cual se derivó que una ley incompatible con los derechos humanos, según su perspectiva, no puede justificarse en virtud del principio democrático de las mayorías validando esta ley mediante una decisión soberana? ¿Debe la Comisión IDH dictar medidas cautelares (no autorizadas expresamente en la Convención) en temas políticos, como lo sucedido en el caso Petro c/Colombia⁷⁸?

La doctrina sentada por la Corte IDH en “Lopez Mendoza c/ Venezuela” al entender que el término “condena por juez competente en proceso penal” que autoriza con exclusividad la suspensión de derechos políticos conforme el artículo 23 numeral 2. de la Convención es cerrado y definido y, por tanto, tendría que ser simplemente adoptado por los derechos internos para tener efectividad. ¿Obligaría a los países que poseen instituciones parlamentarias o electorales con facultades de suspensión de los derechos políticos a reformar las mismas? ¿Entraría esto dentro del margen de apreciación de los Estados?

Evidentemente en el mundo globalizado del siglo XXI que transitamos los tribunales internacionales y los tribunales nacionales forman parte de una “red” jurídica de interpretación de los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales y el derecho interno. De allí la responsabilidad de todos de contribuir a ese sistema mediante el diálogo entre ellos y el razonamiento responsable de sus decisiones en torno a sus efectos.

⁷⁷ Corte IDH caso “Gelman v. Uruguay”, sentencia del 24 de febrero de 2011.

⁷⁸ Puede verse nuestra opinión en “Derechos Políticos y medidas cautelares de la CIDH” (en coautoría con Adelina Loianno), Diario “La Ley”, Buenos Aires, 25/07/14.



c) Otros desafíos: los desafíos estructurales.

El órgano encargado del control de constitucionalidad en una democracia constitucional, afronta papeles o roles potencialmente conflictivo. Debe ser el garante de la Constitución como norma suprema del ordenamiento defendiéndola de las violaciones que puedan cometer los poderes políticos; y también asegurar que éstos puedan desempeñar las facultades de gobierno que la propia Constitución les confiere.

Desempeñar estos papeles en forma simultánea es difícil en cualquier circunstancia y la misma se agudiza cuando las causas en las que se debe intervenir tratan asuntos de vital importancia para la sociedad y el Estado. Esta es quizás la razón por la cual el control constitucional y el órgano a su cargo están en permanente pugna, tensión y crítica frente a la política y a la doctrina especializada; y especialmente en países, como Argentina, que se ha caracterizado por la vocación política invasora y dominante sobre la composición de la Corte Suprema y los tribunales inferiores, sin otros límites o pruritos que los que marcó la oportunidad política.

Por ello, un desafío estructural para mi país y otros países de Latinoamérica, consiste en advertir la conexión existente entre el control de constitucionalidad y la calidad y estabilidad de la democracia, que deja al descubierto – desde mi perspectiva - cómo la falta de un rol activo u oportuno de las Cortes Constitucionales limitando al poder puede verse reflejando en la calidad y estabilidad de la democracia, ya que en el ámbito de una democracia constitucional la mayoría no puede tomar cualquier decisión sobre cualquier cuestión.

Constituyen también, desafíos estructurales la participación del control constitucional en el cumplimiento de las normas presupuestarias; así como la



permanente tensión en la armonización de los derechos individuales y los sociales, en el marco de una sociedad compleja, activa y plural.

Conclusión.

En el desarrollo de todos estos factores que se ha revisado en perspectiva y en prospectiva, el órgano encargado del control de constitucionalidad en un país y dicha función, constituyen – probablemente – unos de los epicentros más importantes institucionales y pedagógicos en el crecimiento de las sociedades y en la madurez de su cultura.

Referencia

- Amaya , J. A. (2005). Crisis de la función constitucional de la Corte Suprema Argentina. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*.
- Amaya, J. A. (2012). *Marbury v. Madison*. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad. Asunción: La Ley .
- Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación. (2005). El Juez constitucional argentino y su crisis. *Revista de Derecho de la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación*, 6 - 29.
- Basso, L. (1958). *Discorsi e scritti sulla costituzione*. Natura e funzioni dell'opposizione dell'ordinamento costituzionale italiano (pág. 377). Milano: Giuffrè.
- Chemmerinsky. (2004). In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism. *University of Illinois Law Review*.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación - Argentina. (2010). El control estricto de



la legitimación y el debido proceso democrático en el caso Thomas. Suplemento Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

García Mansilla. (2008). Harvard Law Review. Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos. Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Gelli, M. (2009). Los liderazgos de la Corte Suprema en la jurisprudencia del tribunal (2004 - 2009). XIX Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional. San Miguel de Tucumán.

Sagues, N. (2006). Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos. Buenos Aires: Ad Hoc.

Sagues, N. (2006). La interpretación judicial de la Constitución. Buenos Aires: Lexis Nexis.



Artículo original

Hechos punibles de carácter patrimonial como consecuencia del incumplimiento contractual

Punishable acts against patrimony as a result of breach of contract

Tembiapo vai opokóva tetãygua mba'ére ndojejapói rupi hekoitépe ojehai va'ekue kuatiáre

*Liz Carla Francisca Escobar Franco**

Ministerio Público de la República del Paraguay

Recibido: 19.09.16 Aceptado: 12.12.16

Resumen

El presente trabajo busca delimitar el campo de actuación del derecho penal, en los casos en que a raíz de un incumplimiento contractual derive en un hecho punible. La metodología utilizada es de carácter descriptivo con enfoque cualitativo, utilizando el análisis de contenido como técnica de recolección y análisis de datos. En tal sentido se puede llegar a la conclusión que el concepto de patrimonio en el fuero civil y penal difiere en el ámbito de protección normativa, ya que en el fuero civil comprende la universalidad de bienes, en cambio en el ámbito penal la protección normativa hace alusión a una parte integrante del patrimonio, salvo en los casos de estafa que también protege los derechos en expectativas; en ese orden de ideas, se puede apreciar que en los hechos punibles en los que se puede incurrir a raíz de un incumplimiento contractual, son la estafa por

* Asistente Fiscal Ministerio Público Paraguay, Caacupé. Email: carlaes89@hotmail.com

Egresada de la Universidad Nacional de Asunción, Especialista en Ciencias Penales por la Facultad de Postgrado Derecho UNA. Docente del Centro de Entrenamiento a partir del año 2015. Encargada de Cátedra en la Materia de Régimen Legal en la Universidad Nacional de Asunción Facultad de Ciencias Económicas Filial Caacupé. Cargo Actual Asistente Fiscal Ministerio Público Paraguay, Caacupé.



un negocio jurídico anulable y la lesión de confianza, por medio de un contrato de mandato con respecto a la administración de bienes de una persona. Finalmente se pudo delimitar las circunstancias en las cuales a raíz de un incumplimiento contractual deriva en hecho punible; en la estafa lo fundamental es la diferenciación entre el dolo civil y penal, y en la lesión de confianza la existencia de un contrato de administración de bienes, como así también el dolo como elemento subjetivo de la tipicidad.

Abstract

This paper wants to define criminal law's field of work, in cases where a punishable act follows after a breach of contract. The applied methodology is descriptive with a qualitative approach, using the analysis of contents as a collection technique. In this respect, this investigation comes to the conclusion that the concept "patrimony" has different regulatory protection in civil- and criminal jurisdiction; in civil jurisdiction, patrimony includes all of the assets, but in criminal jurisdiction, the protection of the patrimony is limited to an integral part of it, except for cases of fraud, where the protection also covers the rights of expectations; in this order of ideas, it was possible to identify two punishable acts that might follow a breach of contract: fraud as a result of a voidable legal business, and breach of trust, caused by the violation of an asset management mandate agreement.

At the end of the research, it was possible to define under what circumstances a breach of contract becomes a punishable act; in fraud cases the difference between civil and criminal intention is fundamental, and in cases of breach of trust, the existence of an asset management mandate agreement, as well as the



intent to breach it, as a subjective element for its classification as offense.

Ñembyapu'a

Ko tembiapo rupive ojeheka hína mamó guivépa oñepyrũ derecho penal rembiaporã ndojejapói ramo hekoitépe peñe'ẽme'ẽ-contratope oĩva ha oje'árõ tembiapo vaípe. Pe metodología ojeoporúva ningo ñemombe'upy ha ojesareko mba'éichapa oiko ra'e ha ohesa'yijó umi mba'e oĩva guive ipype, mba'éichapa oñemono'õ ha oñehesa'yijó opaite mba'e oñembyaty va'ekue. Ha péicha rupi oñeguahẽ peteĩ ñe'ẽme ha ojehechakuaa napeteĩcháiha ja'érõ tetãygua mba'e, oñeimérõ fuero civil térã penalpe, ojuavy ojehegui protección ha normativape, pe fuero civil ojesarekopaite opa mba'e ñane retãygua mba'ére ha penal katu ojesarekove ñeñangarekorã rehe, michĩháichave ñane retãygua mba'ére. Ndaha'éma guive estafa, kóva avei oprotege expectativa kuéra, ko'ã mba'e rupive ojehecha hína tembiapo vai oikórõ ndojejapóiva kuatañe'ẽ contrapope he'íva ha'e avei estafa, oñeme'ẽre peteĩ negocio jurídico ikatúva oñembogue, ha lesión de confianza, peteĩ contrato de mandato rupive opokóva ñane retãygua mba'e ñeñanagarekóre. Ipahaitépe ojekuaa porã avei mba'éicha javérõpa oje'a tembiapo vaípe ndejapói jave pe ñe'ẽme'ẽ-contratope he'icha, tembiapo vai estafape tekotevẽte eterei ojehechakuaa iñambueha ojuehegui dolo civil ha penal, ha lesión de confianzape katu ojekuaa va'erã oĩha ñe'ẽme'ẽ-contratope he'ihápe mba'épa ñane retãygua mba'e, upéicha avei ojesareko oĩpa py'aro vai ipype, ikatu haguãicha ojekuaa ha oñembohasa haguã mba'eichaguaitépe.

Palabras clave: Daño, responsabilidad, dolo, patrimonio.

Key words: damage, responsibility, intention, patrimony, contract

Ñe'ẽ tee: Ñembyaipyre, tekokatu, py'aro vai rembiapopy, tetãygua mba'e



El Código Penal Paraguayo, dentro del capítulo IV, tipifica a los hechos punibles contra el patrimonio, concepto de especial referencia para la determinación de la realización de la conducta punible por el sujeto.

Es necesario comprender el concepto de patrimonio, para determinar el alcance de la protección de la normativa penal.

Uno de los bienes jurídicos más importantes que posee el hombre es el patrimonio, este es un atributo propio a la persona, a la que no puede concebirse perpetuamente con carencia de este, ya que la misma es susceptible de poseerlo incluso antes de su nacimiento y que después de su muerte continua como una unidad que sucedería conforme a las reglas del derecho sucesorio a quienes corresponda y de esa manera perpetua a través del tiempo. El patrimonio, en este orden de ideas, no puede ser considerado como un determinado objeto de valor económico, sino más bien como bienes materiales e inmateriales, presentes y futuros susceptibles de una relación de quien es titular del derecho (Nuñez, 2015).

El patrimonio y las relaciones jurídicas que puedan surgir a raíz de él debe ser siempre objeto de protección del derecho, por una parte, al Derecho Civil se le encarga el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera surgir a raíz de una relación jurídica contractual y comporta, en la mayoría de los casos, una indemnización por los perjuicios ocasionados al sujeto jurídico. El Derecho Penal, por su parte, también se ocupa de protegerlo, por medio de sus herramientas coercitivas severas para quien cometa conductas intolerables dentro del tráfico jurídico.

En este sentido, es de relevancia comprender y delimitar la actuación de



uno u otro sector del ordenamiento jurídico para la determinación de la sanción jurídica correspondiente, ya sea del fuero civil o penal, como a la vez esclarecer la posibilidad de que se den conjuntamente ambas sanciones.

En lo que atañe al fuero penal es importante recurrir a los principios que rigen en la actualidad en la materia, como *última ratio* y su carácter fragmentario, es decir que los nuevos paradigmas del derecho penal buscan reducir al máximo su intervención por las consecuencias nocivas que en ocasiones las sanciones producen en las personas, en especial lo que hace a la pena privativa de libertad.

Por otro lado, cuando hablamos de bienes jurídicos de índole patrimonial el restablecimiento de la vigencia de la norma, así como la paz social, irá más de la mano con el resarcimiento del daño causado.

Cierto es que tal situación no es motivo para que el derecho penal deje de lado la protección de determinados bienes jurídicos por su carácter fragmentario, resulta también importante que lo proteja ante determinadas situaciones verdaderamente lesivas y de muy difícil aceptación por parte de la sociedad con el simple resarcimiento del daño a la víctima, sino que en este contexto es la sociedad la que exige la protección del derecho penal contra ese individuo que tiene el ánimo de perjudicar y con ese perjuicio obtener un beneficio.

A esta situación los operadores de justicia necesitan el correcto delineamiento entre una y otra situación y la intervención correcta del Estado de acuerdo a la casuística y elementos necesarios que deben reunir en cada fuero que es el motivo principal de este trabajo.

El presente trabajo va enfocado desde un punto de vista penal pero con



un necesario recorrido por el fuero civil para el correcto deslinde de cada parte del ordenamiento jurídico, desde el sector de los hechos punibles de carácter patrimonial donde concurre una voluntad contractual, es decir la voluntad del sujeto, recibida y aceptada por otro, pero cuyo objeto lesiona el patrimonio del destinatario de la declaración de voluntad. Refiriendo de esta manera a los hechos punibles de estafa y lesión de confianza.

Dentro de este marco, el objetivo general es determinar las condiciones en las que el daño por incumplimiento contractual extiende sus alcances en hechos punibles de carácter patrimonial. Los objetivos específicos planteados son: Identificar la diferencia del perjuicio patrimonial en el fuero civil y penal, y detectar las circunstancias en las que el daño emergente de la responsabilidad no deriva en hecho punible.

Como parte de la justificación se puede decir que la presente investigación se enfoca en estudiar, los hechos punibles de carácter patrimonial, como consecuencia del incumplimiento contractual, ya que en la praxis judicial los operadores de justicia tienden a criminalizar actos jurídicos que, más allá de producir un perjuicio en una de las partes, son actos reglados dentro de la órbita civil, que merece un tratamiento diferente, así como de consecuencias diferentes.

Hechos punibles contra el patrimonio y su contraste con la responsabilidad civil

El Derecho Penal tuvo grandes evoluciones con el transcurrir del tiempo, no solo desde el punto de vista de las sanciones, sino también de su intervención; es decir, cuando es necesaria su intervención. El actual Derecho Penal garantista lo que busca es penalizar solo aquellas conductas que verdaderamente la sociedad



considere lesivas y que afecte la convivencia de los individuos, como lo afirma L. Ferrajoli, “...la primera restricción del Derecho Penal consiste en la definición o prohibición de los comportamientos clasificados por ley como desviados y por tanto, en una limitación de la libertad de acción de todas las personas...” (2005, pág. 209).

El autor L. Ferrajoli sigue expresando: El problema de legitimación o justificación del derecho penal, consiguientemente, plantea en su raíz la cuestión misma de la legitimidad del estado, de cuya soberanía es precisamente ese poder de castigar, que puede llegar hasta el *ius vitae ac Necis*, la manifestación más violenta, más seriamente lesiva de los intereses fundamentales del ciudadano y en mayor medida susceptible de degenerar en arbitrariedades (2005, pág. 210).

La criminalización primaria, como lo manifiesta Zaffaroni (2014), debe ser susceptible de delimitaciones precisas que ayude por sobre todo a canalizar conductas que quedan exentas del ámbito de protección normativa del derecho penal.

La variante surge cuando la conducta en que incurre un sujeto hace suponer la infracción de una normativa penal, cuando en la realidad no resulta ser más que una infracción a una normativa civil, que trae aparejada otra actuación procesal. Es importante puntualizar que estas circunstancias por lo general se dan en los hechos punibles contra el patrimonio y cuyo nacimiento se manifieste por un acuerdo de voluntades.

Así lo que concierne a un acuerdo de voluntad previo a la configuración



del tipo delictivo, se lo encuadra dentro de la estafa y lesión de confianza, en el primero involucra el engaño como elemento principal para la determinación del tipo penal y en el segundo, un abuso del poder otorgado por medio de un contrato o resolución administrativa.

En ese contexto, surge la problemática fundamental y la correcta delimitación para no caer en la arbitrariedad, es decir, saber cuándo actúa cada rama del ordenamiento jurídico, cuando es necesaria la aplicación de una sanción penal por la comisión de un ilícito penal, o no es más que un incumplimiento contractual cuya sanción lleva implícito el resarcimiento del daño causado.

Esta hiperinflación del derecho penal, va en contra todos los principios penales proclamados en la actualidad, por lo que es motivo principal de este trabajo, explicar cuándo debe actuar cada rama del ordenamiento jurídico.

Se estudiarán los hechos punibles de carácter patrimonial donde concurra una voluntad contractual y cuyo objeto lesiona el patrimonio del destinatario.

Responsabilidad civil. Concepto

La Responsabilidad civil, Núñez define como:

El uso corriente del lenguaje asigna al vocablo responder la idea de “rendir cuenta” por nuestros actos. La responsabilidad consecuentemente, es la acción o efecto de responder por determinado obrar. Este significado nos acerca a la noción jurídica del término, cuyo contenido es la atribución de determinada consecuencia jurídica a un obrar humano voluntario, sin describir la fuente del precitado deber de responder ni el ámbito de incidencia de la imputación normativa (Núñez, 2015, págs. 178-179).



Si bien está cada vez más difundida la corriente doctrinaria dirigida a la teoría unitaria de la responsabilidad, no se puede soslayar la clásica distinción entre los dos grandes ámbitos o categorías de actos dañosos que sostiene Krismer, en la obra titulada “Responsabilidad Civil por Daños y Perjuicios” sostiene:

La responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Los partidarios de la unificación se amparan –entre otros argumentos– en que, en ambas esferas de responsabilidad, se trata de reparar el daño que la conducta del obligado causó en el patrimonio ajeno con independencia de las circunstancias que rodearon a ese daño (2008, pág. 47).

Para algunos autores la distinción entre ambas resulta inocua, ya que en ambos supuestos se lleva implícito el deber de no dañar que traería aparejado la obligación de resarcir el daño causado.

Como ratifica Krismer: “...la responsabilidad contractual no se funda necesariamente en la existencia efectiva de un contrato incumplido por el autor del daño, sino en la existencia de una concreta obligación preexistente, cualquiera sea su fuente...” (2008, pág. 47).

D. Núñez sostiene que, “En el ámbito del derecho privado, para dar una definición de responsabilidad se requiere examinar la situación *ex ante* y *ex post* de agente frente al ordenamiento jurídico” (Núñez, 2015, pág. 179). En este sentido, se hace oportuno citar la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala Civil– Madrid España en donde se confirma la Sentencia de Primera Instancia número 3 de Palencia, que resuelve declarar la nulidad de la compraventa celebrada entre las partes litigantes por dolo –vicio del consentimiento– el análisis realizado por



la autoridad civil, sobre la situación fáctica antes de la celebración del contrato anulado, resulta de tal relevancia, como así también la conducta de la vendedora al omitir advertir al contrayente la situación en la que se encontraba la finca.

Ahora bien, otros de los factores gravitantes en materia de responsabilidad civil, es la idea de imputabilidad, lo que se podría definir como la capacidad del sujeto de conocer las consecuencias de su conducta y determinarse conforme a ese entendimiento. El C.C.P. en el art. 1834 expresa los elementos de acto ilícito para la determinación de la voluntad, refiriendo como aquel acto humano voluntario, expresamente prohibido por las leyes u otros preceptos normativos de autoridad competente, que sea susceptible de producir un daño.

Estos llamados factores de atribución de la responsabilidad son los motivos por los cuales justifican que el daño que sufrió una persona sea reparado por alguien, en ese sentido Krismer enfatiza:

Los insignes maestros, en su “Tratado sobre Responsabilidad Civil”, dividen estos factores de atribución en dos grupos: subjetivos y objetivos. Entre los primeros, que se apoyan en la conducta del sujeto dañador, citan el dolo y la culpa. Entre los segundos, fundados en motivo ajenos al sujeto, sea en valoraciones sociales, económicas, políticas, etc., citan la garantía, el riesgo creado, la equidad y el abuso del ejercicio de los derechos y sitúan como mejor índice para determinar cuándo se está frente a uno y otros casos. Si la falta de dolo o de culpa puede liberar al autor, claramente el factor de atribución es subjetivo; si no lo libera, estamos frente a un factor objetivo. (Trigo Represas-López Mesacitado por Krismer, 2008, págs. 54-55).



La génesis de la responsabilidad civil deviene de lo preceptuado en el art. 421 del C.C.P. que establece:

El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o culpa irrogara al acreedor en el cumplimiento de la obligación. Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

Y el art. 422 C.C.P. continúa expresando: “El deudor responderá por el dolo o la culpa de sus representantes legales, o de las personas que hubiere utilizado para el cumplimiento de su obligación”.

De lo que guarda relación con lo establecido en el Libro Tercero del C.C.P. en lo que respecta a la Responsabilidad Civil, ya sea por hecho propio o ajeno, dice R.Krismer:

En efecto, el citado Título V del Libro Tercero autoriza a tratar la génesis de la responsabilidad civil, distinguiendo tres grupos de daños: los ocasionado por la actividad directa de la persona: Responsabilidad por hecho Propio (arts. 1833/1841, Código Civil); los producido por otra persona, de la que se tiene el deber de responder: Responsabilidad por hecho ajeno (arts.1842/1845, Código Civil); y los casos de Responsabilidad sin Culpa, entre los que caben mencionar los daños causado por el ejercicio de una actividad o profesión peligrosa, por la naturaleza de ellas o por los medios empleados y por las cosas o con las cosas (2008 arts. 1846/1854, Código Civil) (2008, págs. 57-58).



En este orden y contrastando lo expuesto en el ámbito punitivo del Estado, la Responsabilidad Penal es solo aplicado en el hecho propio, adoptando la teoría del dominio de la voluntad para la determinación de la responsabilidad a título de autor del hecho penalmente relevante.

En este punto, vale citar lo establecido en el art. 29 del C.P.P., el cual preceptúa:

1° Será castigado como autor el que realizare el hecho obrando por sí o valiéndose de para ello de otro., 2° También será castigado como autor el que obrare de acuerdo con otro de manera tal que, mediante el aporte, comparta con el otro el dominio sobre su realización.

Además, de las otras formas de participación criminal previstas en los arts. 30 y 31; pero siempre con la exigencia de un acto humano voluntario, que será sancionado conforme al grado de reprochabilidad de cada uno de los sujetos que cometan una conducta típica.

En ese contexto, según los párrafos anteriores se puede colegir que el ámbito de responsabilidad normativa del ilícito civil, si bien surgen ciertas semejanzas con el ilícito penal, tiene la nota distintiva de que en el ámbito penal se exige siempre una conducta humana.

Patrimonio. Concepto

El Código Civil Paraguayo en su Libro IV, Título, Capítulo I, art. 1.873 define el Patrimonio de la siguiente manera: “Los objetos inmateriales susceptibles de valor e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de bienes de una persona, con las deudas o cargas que lo gravan, constituye su patrimonio”.



En un concepto jurídico, Según Manuel Ossorio, “...el patrimonio representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y que pueden ser apreciables en dinero...” (2010, pág. 697).

Si bien es cierto, la doctrina se ha encargado de darle diversos conceptos de acuerdo al ámbito de actuación, vemos por ejemplo que la concepción económica de patrimonio según el Prof. Dr. Edgardo Alberto Donna es:

Es el conjunto de bienes que se encuentra bajo el poder fáctico de una persona, con independencia de que su relación con ellos se concrete o no en un derecho, o que sea o no susceptible de reconocimiento jurídico. Así, tanto las expectativas como las posiciones económicas antijurídicas, incluidas las referidas cosas extra commercium o de tráfico ilícito, forman parte del patrimonio, con tal que posean valor económico (2001, pág. 12).

El referido autor, con el que concordamos, sostiene que la más acertada concepción de patrimonio es la mixta, ya que le da calidad de tal a los objetos susceptible de tener valor, pero que además pertenezcan al tráfico jurídico lícito.

En otro orden de ideas, también es dable mencionar el concepto personal de patrimonio que reviste el sistema penal, en el cual, según Donna lo considera como una “unidad personalmente estructurada”, por lo que se reconoce la finalidad económica individual y la posibilidad de acción por parte del titular, aseverando el autor que en los delitos patrimoniales no se lesiona solo el patrimonio sino también el derecho de disposición para los fines perseguidos por el sujeto,



pero a la vez afirma que esta es una tesis muy criticada que podría ser comprendida dentro de la concepción mixta de patrimonio.

Ámbito de Protección de la normativa penal sobre bienes jurídicos patrimoniales

Una vez estructurado el concepto de patrimonio, corresponde analizar el ámbito de protección normativa que confiere el Derecho Penal al mismo.

Donna plantea que las diversas infracciones a que se hace referencia implican solo a una parte del bien en cuestión, con sus palabras se puede citar el siguiente apartado: "...se sobreentiende que cuando referimos a delitos contra el patrimonio, en realidad hacemos referencia a los delitos contra los elementos integrantes del patrimonio, que afectan a algún aspecto del patrimonio..." (2001, pág. 15).

Definido el bien jurídico tutelado en el Derecho Penal ahora conviene contrastarlo, demarcándolo en la órbita civil, ya que según lo que se desprende del art.1873 C.C.P., el patrimonio no solo forma el activo sino también el pasivo, cuestión esta, intrascendente para el Derecho Penal, ya que como se manifestó, importa solo el activo en cuestión.

También resulta útil acotar, en lo que se refiere al daño que puede sufrir una persona en su patrimonio, al fuero civil le está reconocido no solo la sanción al sujeto por el patrimonio dañado, sino también la lesión indirecta se sufre en el bien ya sea a título de dolo o culpa. Ese daño emergente al Derecho Penal por regla general ya no le interesa, ora por los principios que rige la materia, que más allá de tener la intención del restablecimiento de la norma, busca un arrepentimiento por el autor del ilícito cometido, tal como Donna menciona:



La propiedad comprende el conjunto de bienes que posee una persona y que integran su patrimonio; pero, como los tipos penales del título tienden a disminuir el patrimonio, integrado a su vez por el activo y el pasivo, el Derecho Penal protege la parte activa del patrimonio (Donna, 2001, pág. 9); cuestión esta que concuerda con nuestra ley penal y civil.

La estafa y el incumplimiento contractual

En el tráfico comercial puedan darse un sin número de situaciones por medio de las cuales uno de los sujetos de la relación jurídica pudiera incurrir en un error, ya sea por no haber tomado las precauciones debidas o porque uno de los sujetos desea obtener un beneficio patrimonial a costa del error del otro. En fin, en una relación jurídica contractual, por sobre todo debe primar la buena fe, elemento esencial para un negocio jurídico válido.

Según Borda el contrato es: "...un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos patrimoniales..." (2004, pág. 7). El Código Civil Paraguayo, en su Libro Tercero, establece una serie de disposiciones que rige en materia de contratos, dentro de los cuales está ampliamente conferido al Derecho Privado, además de otorgar amplias facultades a las partes contratantes, con la sola limitación de la observación de las normas imperativas de la ley.

En este contexto, surge la importancia de citar al art. 715 que reza:

Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas", de lo que se infiere que en un negocio jurídico debe primar la buena fe de las partes.



Por su parte Núñez sostiene que, “En el marco de un negocio jurídico, el objeto de la obligación se corresponde con la clásica tripartición de dar, hacer u abstención de determinada acción” (2015, pág. 183).

La responsabilidad por el incumplimiento contractual hace posible al acreedor compeler su ejecución indirecta, ya que el fundamento del mismo radica en la frustración de una expectativa legítima de quien celebró el acto jurídico con el responsable de la frustración de la expectativa (Núñez, 2015).

Ahora bien, a raíz de este negocio jurídico pueden devenir las confusiones del ámbito de actuación entre el fuero civil y penal, ya que las personas afectadas tienden a denunciar como hechos punibles de estafa, un mero incumplimiento contractual y los operadores de justicia tienden a hacer viable el curso de dichas denuncias, cuando que el ámbito de actuación es completamente distinto en uno y otro fuero, ya sea por los principios que rige en cada materia, así como la importancia de interés en juego. Además, el mero incumplimiento contractual escapa del interés público, pero el hecho punible de estafa importa al Estado, ya que debe aplicar una sanción al infractor de la norma penal.

La estafa y el negocio jurídico anulable por vicio de la voluntad o error

El Código Penal Paraguay ubica a la estafa dentro de los hechos punibles contra la propiedad, siendo importante puntualizar que la función de los rótulos que encabezan los distintos tipos penales, no son necesariamente los bienes que protege (Donna, 2001).

Técnicamente, conviene hablar de los delitos contra el patrimonio pues incluye también las acciones u omisiones que lesionan valores patrimoniales,



como la posesión, derecho de crédito y también las expectativas (Donna, 2001). A diferencia de otros tipos penales, como el hurto o el robo, en el caso de la estafa, la distinción es aún más evidente, pues no se protege un determinado elemento integrante del patrimonio, sino que se toma en cuenta al patrimonio de la víctima como unidad o conjunto.

De esto deriva –como pone de resalto Bajo Fernández– que el ataque a un elemento integrante del patrimonio (propiedad, posesión, derecho de crédito, etc.) solo podría constituir estafa cuando de él se derive una disminución en el valor económico de patrimonio globalmente considerado; mientras que en otros tipos, basta el ataque a dicho elemento patrimonial aislado para que se consume el delito, aun cuando el patrimonio, considerado unitariamente, reste incólume, o incluso, beneficiado (Bajo Fernández citado por Donna, 2001, págs. 263-264).

Dicho, en otros términos, protege el señorío que tiene una persona con relación a la disposición de sus bienes, siempre que se materialice sobre el daño en un bien o valor concreto.

Otro punto importante es que nuestro Código Penal sanciona la tentativa en el hecho punible de estafa, en consecuencia, se puede arrimar a que otro bien jurídico protegido en el hecho punible de estafa es la buena fe en los negocios jurídicos, cuestión esta no aceptada por muchos doctrinarios, como lo expresa Donna:

El ardid y el engaño previstos en el tipo como forma de comisión constituyen simplemente los medios con los que se produce el daño patrimonial



del sujeto pasivo, de modo que el quebrantamiento de la buena fe es el *modus operandi* que va a determinar la lesión jurídica patrimonial, pero no el objeto de la tutela, ni directa ni indirectamente. Si la buena fe fuese el bien jurídico amparado, la consumación del delito debería producirse con la sola realización del engaño, sin necesidad de que se ocasionara perjuicio patrimonial alguno, solución que resulta inaceptable desde el punto de vista legal (2001, pág. 265).

Se puede afirmar, que, si bien es cierto que el bien jurídico primario protegido por la estafa es el patrimonio activo globalmente considerado, según la redacción de nuestro artículo, al sancionar también la tentativa, la buena fe es considerada como objeto de protección en este tipo penal.

El Código Penal Paraguay en su art. 187 define a la estafa como:

La acción de obtener para sí o un tercero un beneficio patrimonial indebido y mediante la declaración falsa sobre un hecho, produjera en el otro un error que le indujera a disponer de todo o parte de su patrimonio o el de un tercero a quien represente y con ello causare un perjuicio patrimonial para sí mismo o para éste, en los cuales se sancionará también la tentativa.

De la mencionada definición surgen los elementos constitutivos del tipo para la determinación de la conducta delictiva: el ánimo de lucro, error, un acto de disposición y el perjuicio patrimonial, dentro de la cuales debe existir una relación de causalidad, siempre que se haya causado el daño en concreto. En el caso de la tentativa, bastaría el engaño con un acto de disposición, como ser, por ejemplo, la firma del sujeto, sin que aún se haya cobrado el cheque y que por circunstancias ajenas a su voluntad el hecho no se haya materializado.



Ahora bien, en el marco de un negocio jurídico, por lo general el autor se vale del contrato, para perpetrar el engaño, de modo que simula contratar, cuando en realidad lo único que pretende es aprovecharse del cumplimiento de la otra parte.

Al momento de calificar la conducta como un tipo penal de estafa a causa del incumplimiento contractual, es justo diferenciar cuándo estamos ante una cuestión meramente civil y cuándo podría configurarse una conducta típica a raíz del negocio.

En tal sentido, el Acuerdo y Sentencia n.º 48 dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Asunción, Sala 3, de fecha 03/08/2010, caratulado Rousillon Pascottini, Isidro Romildo y otros s/ estafa, en el cual la defensa se agravia contra la sentencia que declaró probada la existencia del hecho punible de estafa y se condena a los acusados a una pena privativa de libertad de dos años y el Tribunal de Apelación resuelve anular la resolución recurrida, por considerar que se trataba de una conducta atípica, en que el conflicto surgido entre las partes debía dirimirse en el fuero civil, que era la autoridad competente para declarar el dolo en el contrato y el compromiso no cumplido por los acusados, quedó en suspenso justamente por falta de pago.

Además de ello, se sostiene que no se puede criminalizar un acto jurídico civil y que el incumplimiento de alguna formalidad debe traer aparejadas las sanciones civiles, que, en circunstancias, como ser la comprobación de dolo de uno de los contratantes, puede acarrear una consecuencia penal, pero se establecería como un requisito sine qua non la declaración del dolo por la autoridad civil y la anulación del negocio jurídico.



En este punto, expresa Donna, que para afirmar que se está ante un delito de estafa es indispensable un engaño inicial a la contratación, así es que el autor utiliza el contrato como un medio para perpetrar el ilícito y de esa manera, constituyen los esquemas contractuales para un lucro propio en perjuicio de las víctimas, prescindiendo de toda idea del cumplimiento del mismo (Donna, 2001).

Delimitación entre ambas figuras

Es menester comprender que uno de los vicios de la voluntad, a consecuencia del cual se declara la nulidad del acto es el dolo. En tal sentido, los arts. 290 y 291 del C.C.P. preceptúa a la acción dolosa como toda “...aserción falsa o disimulación de lo verdadero, cualquier astucia, artificio o maquinación que se empleó con ese fin...”. “Para que el dolo cause la nulidad del acto se requiere que haya determinado la declaración de voluntad y que ocasione el daño...”.

Si bien es cierto que, a raíz del fallo citado precedentemente, por el cual se declaró la nulidad de la sentencia que probó el hecho punible de estafa, en una de sus consideraciones sostuvo que se hace necesaria la declaración del dolo por la autoridad civil para la determinación de la acción penal, siendo importante la diferenciación del dolo civil y el dolo penal.

Tanto en la estafa como en el dolo civil de un contrato, las características son similares y la doctrina, así como la jurisprudencia, ha procurado establecer criterios para poder determinar en qué circunstancias la conducta llevada a cabo por el sujeto es constitutiva o no del delito de estafa.

Vicente Tejera, opina que la doctrina se encuentra tendiente a buscar “... la distinción que no existe entre el Dolo Civil y El Dolo Penal. Establecer esta di-



ferencia, para este autor, parece querer conceptualizar un derecho buscando un límite que no encontrará nunca...”(2011, pág. 19).

En cambio, Sebastián comenta que el dolo civil como vicio de la voluntad no debe ser equiparado incorrectamente al dolo penal, ya que nada tienen en común como forma o especie de culpabilidad, lo cual nos indica la necesidad de trazar una línea divisoria entre ambos (Suañez Tejera, 2011).

Dentro de las teorías desarrolladas por la doctrina encontramos a la teoría objetiva, la teoría subjetiva y la teoría mixta.

Asimismo Tejera afirma, “Las concepciones objetivas se fundamentan en la naturaleza del ataque o del bien lesionado y el modo de considerar el acto ilícito por el derecho, que deriva también aspectos de la política criminal” (2011, pág. 7).

Según las concepciones desarrolladas, tratarían de solucionar el problema por medio de los diversos elementos distintivos, fundados en la voluntad exteriorizada del sujeto y el cual ocasiona un daño, real o potencial y que sean tutela del Derecho Penal (Suañez Tejera, 2011).

En cambio, las concepciones subjetivas aglomeran aquellas cuyo elemento principal se basa en la voluntad de hecho del autor, dirigida hacia un fin, considerando la culpabilidad como el elemento imprescindible de la parte subjetiva de todo delito y la finalidad y citando la posición de Del Vecchio, para quien el dolo es “la voluntad en la acción o en la omisión que presupone de lo ilícito” (Suañez Tejera, 2011).

Sin embargo, la concepción mixta resuelve que el dolo debe ser medido



tan objetiva como subjetivamente, es decir, hay que valorar la trascendencia del engaño por la forma de manifestarse y la forma que adopte en función a las circunstancias fácticas y personales del caso y víctima concretos (Suañez Tejera, 2011).

Dicho, en otros términos, cuando el engaño se limita a inducir al otro sujeto de la relación contractual, un acuerdo de partes que tiendan a producir efectos jurídicos, con el solo propósito de lograr su consentimiento, estamos ante un dolo civil. En cambio, si del engaño sucumbe un elemento adicional provocando un error en la víctima con la intención de obtener un beneficio patrimonial indebido, estamos ante un delito de estafa.

Si bien es cierto que, tanto en el dolo civil como en el delito de estafa, se lesiona o se pone en peligro el patrimonio como la buena fe de las partes, el objeto que se persigue son diferentes, el dolo civil utiliza el ardid o engaño al solo efecto de la celebración del acto, en cambio, en la estafa ese engaño va más allá de la celebración del acto, más bien hacia el cumplimiento de lo acordado, y con ello obtener un beneficio patrimonial indebido (Suañez Tejera, 2011).

La lesión de confianza y el daño patrimonial resultante de la ejecución.

Este tipo penal es concebido en la doctrina como el abuso de confianza. En el Derecho Romano no se conocía esta forma de aparición del delito contra el patrimonio. (Donna, 2001).

El Código Penal Paraguayo ubica a la lesión de confianza entre los hechos punibles contra la propiedad, catalogando como bien jurídico de protección a la misma, se trata pues de un abuso de confianza y no de una estafa, ya que el sujeto pasivo entrega la cosa libre y voluntariamente, iniciando una relación



completamente lícita, a diferencia de lo que ocurre en la estafa, en un negocio jurídico, que al nacimiento de la relación el acto se haya viciado.(Donna, 2001).

En ese contexto Donna manifiesta:

Se trata este caso de un supuesto abuso de confianza pues el autor defrauda abusando de la situación que tiene frente a los bienes ajenos que se le ha confiado, con un determinado fin, a un título jurídico que no le transfiere su propiedad (2001, pág. 406).

Si bien es cierto que a prima facie se puede colegir que el bien jurídico protegido por la lesión de confianza es la propiedad, muchos otros autores sostienen que además se protege la confianza, es decir la rectitud o buena fe en los negocios jurídicos (Donna, 2001).

La confianza en la lealtad del Derecho y el tráfico económico se encuentran protegidos, pues la infidelidad punible según Donna abarca "...no solamente el perjuicio patrimonial producido a través del quebrantamiento de la confianza, sino al mismo tiempo la ruptura de la confianza mediante la lesión del patrimonio..." (2001, pág. 406).

Sobre el punto en cuestión, es importante definir si cualquier violación del deber constituirá el tipo penal (Donna, 2001). En los hechos punibles contra el patrimonio como la extorsión, la estafa, robo, hurto, etc., todos los ataques contra los bienes patrimoniales vienen desde afuera, es decir, que el sujeto activo nada tiene que ver con el patrimonio; en cambio, en el hecho punible de lesión de confianza, el ataque por decirlo así, viene desde adentro, ya que el sujeto tiene una relación de confianza puesta en el patrimonio ajeno (Donna, 2001).



Se debe comprender que cuando hablamos de la lesión de confianza por medio de un acto jurídico (contrato), en la relación se crean vínculos obligacionales de carácter patrimonial que se pueden dar en las relaciones de factores, comisionistas, administradores albacea. La nulidad de cualquier contrato no excluye la responsabilidad penal incriminatoria, porque la relación puede ser no solo de derecho, sino también de hecho (Donna, 2001).

Es importante puntualizar que el mero incumplimiento contractual que correspondería al fuero civil genera otro tipo de intervenciones, es que el sujeto de la relación jurídica tuvo que haber querido un provecho económico en virtud de dicho incumplimiento. Es decir, ocasionar un perjuicio económico de manera culposa no podría ser considerado una lesión de confianza, más bien acarrearía consecuencias civiles.

En tal sentido, el Acuerdo y Sentencia n.º.100 dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Asunción, sala 1, de fecha 20 de octubre del año 2004, en el expediente caratulado Hug de Belmont, Rubén Darío s/ Hechos Punibles contra el Patrimonio, resolvió confirmar la sentencia que absuelve de culpa y pena a los procesados, ya que en el momento en que realizaron las transacciones, no existía ninguna regulación legal referente a los límites de financiamiento y no se acreditó debidamente el dolo como provecho económico, tipificándose sus actuaciones en simples faltas administrativas.

Marco metodológico

Esta investigación es de tipo descriptivo con enfoque cualitativo. Es descriptivo porque se observan dos fallos emanados por los operadores de justicia, además de contrastarlos con las posiciones doctrinarias y las posiciones asumidas



por la ley de referencia, y es de enfoque cualitativo porque solo utiliza primero para descubrir y refinar las preguntas de investigación, pero no necesariamente implica la prueba de hipótesis (Hernández Sampieri, 2010). Se ha escogido como delimitación geográfica el Poder Judicial de la ciudad de Asunción.

La técnica de recolección de datos utilizada es la observación documental y el análisis de contenido de los fallos. El instrumento utilizado para la recopilación de la información es el fichaje, que sirve para registrar, ordenar y almacenar la información obtenida. El instrumento de recolección ha sido una matriz de análisis de contenido que contempla el análisis de las variables e indicadores planteados.

Resultados

Uno de los objetivos de este trabajo es poder establecer la diferencia entre perjuicio patrimonial en el fuero civil y penal, para poder determinar el ámbito de protección normativa de cada parte del ordenamiento. Es así que, como primer punto se recurrió a la definición de patrimonio en el Código Civil paraguayo, en su art. 1.873 lo define de la siguiente manera: “Los objetos materiales e inmateriales susceptibles de valor e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de bienes de una persona, con las deudas o cargas que lo gravan, constituye su patrimonio”. Es decir, desde el punto de vista civil, el patrimonio abarca los bienes presente y futuros o llamados derechos en expectativas, además del pasivo, es decir el gravamen que posee una persona; en consecuencia, el ámbito de protección normativa es mucho más amplio y extiende sus alcances a circunstancias no previstas en el fuero penal.



En ese orden de ideas, Donna, explica al patrimonio considerado por el Derecho Penal como objeto de tutela jurídica y plantea que las diversas infracciones contra él implican solo a una parte del bien en cuestión, en palabras del mismo podíamos citar el siguiente apartado: "...se sobrentiende que cuando referimos a delitos contra el patrimonio, en realidad hacemos referencia a los delitos contra los elementos integrantes del patrimonio, que afectan a algún aspecto del patrimonio..." (2001, pág. 15).

Importante la distinción de Donna, con respecto al delito de estafa y los demás tipos penales que protegen el patrimonio, ya que en este no solo es objeto de la tutela jurídica un elemento integrante, sin los derechos en expectativas, porque el tipo penal considera al patrimonio activo universalmente comprendido y que ha sufrido un menoscabo en su ataque.

Continuado con el planteamiento de nuestros objetivos, es necesario individualizar los hechos punibles en que se puede incurrir a raíz de un incumplimiento contractual. La Lesión de Confianza es el hecho punible más propenso a confusión por incumplimiento contractual relacionado con el contrato de mandato y la estafa es una figura que utiliza un deudor con ánimo de eludir la obligación contraída y de esa manera, fracasar la representación legítima del acreedor a quien la ley le otorga la facultad legal de reclamar el daño ocasionado por las vías pertinentes.

Esta situación siempre fue un debate de arduo trayecto desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, tal es así que se busca un documento que sirva para la demarcación correcta, al que se pueda recurrir en caso de conflicto sobre una situación fáctica y de esa manera llegar a la tan anhelada correcta interven-



ción de la administración de justicia.

El último objetivo es delimitar la circunstancia en la cual el daño emergente de un incumplimiento contractual no deriva en hecho punible, en ese sentido, se vio la necesidad de analizar fallos dictados por el Poder Judicial, que sirvan de referencia y hacer un análisis comparativo con la doctrina y legislación nacional, es así que para la Estafa, se extrajo el siguiente fundamento del Acuerdo y Sentencia n°48/10:

“...La base de la presente acción penal es el incumplimiento de un contrato de carácter civil, por ende, debe ser dirimido como en principio había accionado correctamente el hoy querellante Pedro Enrique Pérez Von Schemeling...” (2010, pág. 7).

Como se ve, el Sr. Pedro Luis Enrique Pérez Von Schmeling exigió a Experiencia Comunicaciones S.R.L. hacer escritura pública de transferencia, cuando tampoco cumplió con su obligación de pago total de las cuotas estipuladas en el contrato de cesión de usufructo y compromiso de venta, según surge del expediente de cobro de guaraníes que Experiencias Comunicaciones S.R.L. promovió en su contra. Se constata que el vencimiento de último pagaré que el Sr. Pedro Luis Enrique Pérez Von Schmeling debía a Experiencia Comunicaciones S.R.L., es de fecha 25 de febrero de 2003. A pesar de haber usufructuado desde la fecha del contrato de cesión de usufructo...” (2010, págs. 7-8).

Cuando un acto jurídico legítimo y sobre todo de carácter civil, como es el caso de autos “Contrato de Cesión de Usufructo y compromiso de compraventa, quedando pendiente la venta a la cancelación de las cinco cuotas documen-



tadas en pagarés, que según surge del Acta de Juicio Oral tampoco fue abonado por el querellante, en su totalidad; el Código Civil y Procesal Civil vigentes, establecen las condiciones y los mecanismos procesales pertinentes para solucionar cualquier lesión que pudiere sufrir una de las partes, en el transcurso de su ejecución, como en el caso denunciado....(2010, pág. 8).

“...La ley no faculta a ninguna de las partes y mucho menos al órgano jurisdiccional, a penalizar un acto jurídico de carácter civil, a no ser que eventualmente, en virtud de una sentencia emanada de la jurisdicción competente, declare que uno de los contratantes actuó de mala fe o con dolo, que serían los elementos que constituirían la punibilidad del acto, es recién allí donde nacería la acción penal en contra de los contratantes (2010, pág. 8).

“Las sanciones de naturaleza criminal se deben reservar solamente para los casos en los cuales los restantes medios de tutela jurídica se revelan insuficientes para la protección de intereses o para la realización de valores de fundamental importancia, por eso no dudo en concluir que el a quo no se ajustó a lo establecido en el art. 467, porque ha inobservado y aplicado erróneamente los preceptos legales de fondo y de forma, consecuentemente la sentencia impugnada se halla viciada de nulidad absoluta”(2010, pág. 8).

Dicho, en otros términos, cuando el engaño se limita a inducir al otro sujeto de la relación contractual, a un acuerdo de partes que tienda a producir efectos jurídicos, con el solo propósito de lograr su consentimiento, estamos ante un dolo civil. En cambio, si el engaño sucumbe un elemento adicional provocando



un error en la víctima con la intención de obtener un beneficio patrimonial indebido, estamos ante un delito de estafa.

“Si bien es cierto que tanto en el dolo civil como en el delito de Estafa se lesiona o se pone en peligro el partimento como la buena fe de las partes, el objeto que se persigue son diferentes, el dolo civil utiliza el ardid o engaño al solo efecto de la celebración del acto, pero en la estafa ese engaño va más allá de la celebración del acto, lleva hacia el cumplimiento de lo acordado y con ello, a obtener un beneficio patrimonial indebido” (Suañez Tejera, 2011).

Otro punto importante para establecer una distinción clara de la figura del incumplimiento contractual es el fallo internacional dictado por el Tribunal Supremo, Sala Civil de Madrid, España, en el cual declara la nulidad del contrato de compraventa por dolo –vicio del consentimiento– que es su parte pertinente estableció:

“La razón esencial de la declaración de nulidad de dicho contrato de compraventa se halla en la consideración de que en el contrato medió dolo, vicio de consentimiento, por razón de que la vendedora conocía la existencia de un grave defecto en la finca que transmitía hasta el punto que resultaba inidónea para el fin que iba destinada, que era la edificación. Se considera que concurren todos y cada uno de los requisitos que se menciona para que en el caso que nos ocupa sea apreciable el dolo...” literalmente la juez de Primera Instancia. (2010, pág. 4).

Lo cual es confirmado por la Audiencia Provincial que observa: “...como si el Derecho debiera ser más el protector de los astutos que el defensor de los



fiados” (2010, pág. 4).

Se puede afirmar que para que proceda el tipo delictivo de estafa no es relevante la declaración del dolo por la autoridad civil, ya que el dolo civil hace referencia al engaño para la celebración del acto, que, bajo las circunstancias reales, una de las partes no hubiera presentado su consentimiento, por no cumplirse las condiciones que la misma estaba pretendiendo, independientemente que la prestación se realice. Sin embargo, puede darse la circunstancia que también corresponda el dolo civil y este se dé en simultaneidad con el dolo penal, pero la diferencia fundamental radicaría, en que en este último el sujeto no tiene la intención de realizar una contraprestación a la otra parte, solo tiene la intención de obtener un beneficio patrimonial en perjuicio de la otra.

La lesión de confianza, que surge a raíz de un contrato de mandato con respecto a la administración, que conlleva el manejo cuidadoso del patrimonio del mandante, consensuando de esa manera la posición de garante frente a los bienes de un tercero. En caso que el sujeto haya incumplido el contrato de mandato en perjuicio de su mandante, si este incumplimiento se debe a una negligencia por parte de mandatario, las consecuencias que tendrá el mismo serán meramente civiles.

En el Acuerdo y Sentencia n.º 100/04 Hug de Belmont, Rubén Darío s/ Hecho Punible c/ el Patrimonio:

Si bien los apoderados de una entidad bancaria y de firmas fideicomitentes beneficiarias con créditos y garantías concedidas por ésta, los cuales



al no ser pagados ocasionaron perjuicio patrimonial a la mencionada entidad, actuaron en contravención al art. 35, in a) de la ley n.º417/1973 que establece límites a la concesión de préstamos y garantías bancarias, corresponde confirmar la sentencia que los absuelve de culpa y pena, desde que en el momento en que fueron realizadas la transacciones, no existía ninguna regulación referente a los límites de financiamiento bajo la figura de negocio fiduciario utilizada por los apoderados en la operaciones realizadas y no se acreditó el dolo como el provecho económico, tipificándose sus actuaciones como simples faltas administrativas (2004).

Continúo expresando el *a quo* que:

“...Tratándose de los demás hechos acaecidos en el manejo de un banco de inversión, que tiene características y particularidades diferentes a las de un banco comercial, y a los efectos de entender apropiadamente el tema del fideicomiso, consideramos necesario precisar algunos conceptos respecto a esta institución que en la época de los hechos no se hallaba legislada en nuestro país...” (2004, págs. 6-7).

El libro de contratos bancarios de Sergio Rodríguez Azuero, resaltó que es complejo manejar un concepto general del fideicomiso, ya que los países latinoamericanos han adoptado diversas nociones del mismo, que responden a diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica del negocio fiduciario, dentro de lo que es importante destacar la que equipara al contrato de mandato revocable, entre otras importantes distinciones que son propias del negocio jurídico (2004).



Conclusión

Como corolario del presente trabajo de investigación, se puede decir que el patrimonio en el fuero civil pertenece a la universalidad de bienes que posee una persona, sean estos presentes y futuros, incluso las cargas que lo gravan. Esos bienes pueden ser materiales e inmateriales, así como los derechos en expectativas, todos estos tutelado por el Derecho Civil.

En cambio, cuando hablamos de la tutela jurídica que otorga el Derecho Penal al patrimonio, se limita mucho más el campo de intervención y este solo protege un elemento activo, integrante del patrimonio de una persona, es decir, que para que el fuero penal intervenga el menoscabo al bien jurídico protegido debe ser comprendido como una parte integrante y no por la universalidad de bienes que posea una persona.

Así también se pudo establecer los hechos punibles en que se puede incurrir a raíz de un incumplimiento contractual, de lo que se pudo apreciar que la lesión de confianza, un tipo penal cuya tipificación puede surgir a partir de un contrato de mandato con respecto a la administración, cuidado y manejo de los bienes, y que además el perjuicio debe ser ocasionado en manera intencional, ya que la negligencia por parte del mandatario solo traería aparejadas consecuencias civil y no de índole penal.

La estafa, a partir de un negocio jurídico anulable por vicio del consentimiento, también es un tipo penal en el que su puede incurrir a raíz de un incumplimiento contractual, ya que el autor del hecho se vale del instrumento jurídico para la perpetración del ilícito y de esa manera burlar el consentimiento de la víctima para obtener un beneficio patrimonial indebido.



Finalmente, se buscó delimitar la figura del incumplimiento contractual que trae aparejado consecuencias meramente resarcitorias, de los tipos penales en que se pudiera incurrir a raíz de ese incumplimiento que fue el motivo fundamental del trabajo y responde a los postulados de última ratio del Derecho Penal y que además acarrea un desgaste innecesario de toda la maquinaria estatal, que al final tendría que desvirtuar la labor de los operadores de justicia, ya sea porque se criminalizó un acto jurídico, ya sea porque se dejó impune conductas que alteran el orden público.

En la estafa el punto determinante para la demarcación de la conducta típica fue el dolo, ya que, si bien es cierto, como se pudo apreciar a lo largo de este trabajo, dentro de los vicios del consentimiento se encuentra también el dolo, siendo necesario diferenciar el dolo previsto para cada parte del ordenamiento jurídico. El dolo civil es la astucia o artificio, disimulación de lo que es verdadero, se utiliza para la celebración de un acto jurídico, que la otra parte contratante no lo hubiera celebrado en tales condiciones, ya que la presentación realizada no sería la que se pactó en el contrato, y bajo esa circunstancias correspondería la nulidad del contrato por vicio del consentimiento.

El dolo penal, por su parte, se refiere a un elemento subjetivo de la tipicidad de la conducta, él que al realizar una conducta conoce y quiere todas las circunstancias descriptas en el tipo penal.

Cuando se celebra un contrato, en el cual una de las partes disimuló las circunstancias verdaderas del objeto del contrato, pero se produce una contraprestación real, estamos ante un dolo civil; pero cuando de parte del otro sujeto



no existe la intención de la realización de una contraprestación del objeto del contrato se da en concomitancia el dolo civil y penal, y proceda tanto la nulidad del contrato, como así también el sometimiento del individuo a la justicia penal por el hecho punible de estafa.

Un ejemplo gráfico de tal situación se puede dar, en que A vende a B un terreno para la edificación de una casa, en el contrato de compraventa constan las dimensiones, además del estudio de impacto ambiental que es apto para la construcción, circunstancia esta maquinada por A para que B celebre dicho contrato; ante esta circunstancia es evidente que existe un incumplimiento contractual por vicio del consentimiento –dolo– pero si se le agregara una pequeña situación fáctica más, como es el caso de que A celebra el contrato con B además sabiendo que el inmueble en cuestión, ya no le pertenece porque el mismo fue objeto de un embargo; es decir no existe en la voluntad del sujeto la contraprestación. En esa situación estaríamos ante el hecho punible de estafa, además de un negocio jurídico anulable por vicio de la voluntad.

Ahora bien, la lesión de confianza como consecuencia del incumplimiento contractual, exige en un primer término, que el contrato de mandato se torne con relación a la administración, manejo y cuidado de los bienes, como así también el dolo como elemento subjetivo de la tipicidad, es decir que el mandatario conozca y quiera la conducta realizada en perjuicio de su mandante; una simple negligencia en su actuar, que a la vez cause un perjuicio en el patrimonio de su mandante, llevaría consigo implícito la revocación del mandato y la indemniza-



ción de los daños y perjuicios que ocasione, orbita esta del derecho civil.

Referencias

- Albertini, Pág. D. (2008). Responsabilidad Civil Daños y Perjuicios. Asunción: Intercontinental Editora.
- Borda, G. A. (2004). Manual de Contratos . Buenos Aires: LaxisNexis Abelardo-Perrot.
- Donna, E. A. (2001). Derecho Penal Parte Especial Tomo II-B. Buenos Aires: Rbinzal- Culzoni Editores.
- Ferrajoli, L. (2005). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.
- Krismer, Pág. D. (2008). Responsabilidad Civil de Daños y Perjuicios. Responsabilidad Civil de Daños y Perjuicios . Asunción, Paraguay: Intercontinental.
- Núñez, M. D. (2015). Los Hechos Punibles contra el patrimonio de génesis voluntaria recepticia: Contraste con la responsabilidad civil. ARAN- DU-UTIC-Revista Científica Internacional- Vol.II , 178-179.
- Ossorio, M. (2010). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires: Heliasta.
- Suañez Tejera, Y. (Mrazo de 2011). Google Académico. Recuperado el 2 de julio de 2016, de www.eumed.net/rev/cccss/11/
- Código Civil Paraguayo, Ley n.º 1.183/85, Ediciones y Librería el Foro S.A.
- Cabral, M. O. (2014). Código Penal Comentado. Asunción: Intercontinental.
- Hug de Belmont, Rubén Darío s/ Hecho Punible c/ el Patrimonio, 100 (Tribunal de Apelaciones en lo Criminal de Asunción, Sala 1 Miércoles de Octubre de 2004).



Nulidad de Contrato de Compraventa por Dolo Vicio del Consentimiento, 129 (Tribunal Supremo de Madrid- Sala de lo Civil- Madrid Viernes de Marzo de 2010).

Rousillon Pascottini, Isidro Romilido y otros s/ Estafa, 48 (Tribunal de Apelación en los Criminal, Asunción, Sala 3 Martes de agosto de 2010).



Artículo original

Hechos punibles de violencia familiar en Encarnación. Descripción del aumento de las denuncias recibidas entre el periodo 2000 a 2012 **Description of the increase in allegations of family violence in Encarnación, between 2000 and 2012. Recidivism**

Ñemombe'upy hetahetave denuncia ogapýpe ñeñorãirõ rehegua oikóva Encarnaciónpe upe 2000 ha 2012pe. Je'ajey rehegua

*Mabel Carolina Núñez Riveros**

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

Recibido: 19.09.16 Aceptado: 07.12.16

Resumen

La investigación tiene como finalidad conocer las características cuantitativas de las denuncias por hechos punibles de Violencia Familiar recibidas en sede del Ministerio Público de la ciudad de Encarnación, entre los años 2000 a 2012. En este periodo de tiempo, se registran 1408 denuncias, en los que se puede observar el aumento significativo por año. Por ejemplo: en el año 2000 ingresa un total de 10; en el año 2006, 84; en el año 2010, 13; el año 2012 aumentó a 176, conforme a los registros que obran en dicha sede Regional. Estos datos, representan un incremento de 10 a 172 causas, que equivalen a una diferencia de 166 causas en 12 años. El análisis deja visible 26 casos de reincidencias, todos son del

* Funcionaria del Ministerio Público desde el año 2010, Paraguay, Itapúa Encarnación. Email: mabeln25@gmail.com.

Egresada de la Universidad Nacional de Itapúa (2014), docente desde el año 2000. Egresada del I.F.D. del C.R.E.E de Encarnación. Especialista en Docencia Universitaria de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Itapúa, voluntaria del programa Fiscalía en Escuelas y Colegios, Asignada como Enlace en el E.C.L. del Plan Nacional de Itapúa 2016. Funcionaria del Ministerio Público desde el año 2010, Paraguay, Itapúa Encarnación.



sexo masculino, de los cuales 4 fueron denunciados en tres oportunidades y 22 de ellos, en dos oportunidades. Se resalta que los hechos relacionan a la misma víctima y victimario. Esta situación, requiere del Ministerio Público una actuación organizada y el compromiso firme de manera a aplicar salidas adecuadas que desalienten las reincidencias, al considerar que, en cada situación se encuentra en peligro la vida de una persona, en este caso de una mujer y se extiende hacia los hijos. En esa línea, se analiza la normativa nacional y las convenciones internacionales vigentes a los efectos de identificar las herramientas con los que se cuenta, la manera en que la institución aborda esta problemática con el fin de garantizar el acceso a la justicia.

Abstract

The present work is presented with the purpose of knowing the quantitative characteristics of the complaints received in the Public Ministry of the city of Encarnación, for punishable acts of Family Violence between the years 2000 to 2012, there are 1408 criminal cases of Family Violence in these twelve years, for example, in order to visualize the degree of increase, I mention that in 2000 a total of 10 complaints have been filed; In 2006, 84 complaints; In 2010, 131; While the year 2012 increased to 176 criminal charges for punishable acts of domestic violence. That is to say, in twelve years has gone from 10 denunciations to 176 denunciations. When analyzing the data that are detailed in the previous paragraph, the recidivism becomes visible, we highlight 26 people recidivists in this period -2000 to 2012 - all of whom are male, four of them were reported on three occasions by the Same victim. The remaining of 22 perpetrators were denounced on two occasions. After these data, the commitment of the Public Ministry is greater in the fight against domestic violence, to evolve as the law evolves. In this sense,



this Regional Office of Encarnación committed to guarantee equality in access to justice and to ensure compliance with the criteria of institutional policy.

Ñembyapu'a

Ko tembiapópe ojeheja kuatiáre ojekua haguã mboy ha mba'éichagua denunciapa oñemoguahẽ Ministerio Público oĩva Encarnaciónpe, tembiapo vai ñorãirõ ogapýpe oikóva 2000 guive 2012 peve. Ojejuhu 1408 ikáusa vaíva ogapýpe ñorãirõ rehegua 12 ary pukukue, tembiecharãmint, ojehecha porãve haguã ha'éta upe ary 2000pe oike va'ekue 10 denuncia; ary 2006pe oike 84 denuncia; 2010pe oikéma 131; ha upe 2012pe katu ohupíma 176 pe umi denuncia penal tembiapo vai ñorãirõ ogapýpe rehegua. Péva he'ise 12 ary pukukuépe ojupi 10gui 176pe umi denuncia. Oñehesa'yijo porãvérõ ko'ã jepapapy oje'e ramóva, ojejuhu hetaitemi voi umi ho'a jey va'ekue hembiapo vaikuépe upe 2000 guive 2012 peve, ha ojejuhu kuimba'e memete umíva, irundy tapichápe katu oñedenuncia voi mbohapy jey, umi ivíctima jey odenuncia ichupe. Hembyre, umi 22 mba'evai apoha katu oñenuncia ichupe mokõi jey. Ojejuhúvo ko'ã mba'eta oiko va'ekue, oñeñandu ojejopyve Ministerio Públicope oñeha'ãve haguã ojesareko ogapýpe ñorairõ rehegua. Ojehecha haguã mba'éichapa ojepyso ko derecho. Upéva rupi, ko Fiscalía Regional oĩva Encarnaciónpe oñeha'ãmbaite ogarantiza peteichapa maymave tapicha oikotevêva hi'aguĩ justiciagui ha oiko haguã hekoitépe opaite umi política institucionalpe oje'éva.

Palabras claves: violencia familiar, reincidencia, víctima, acceso a la justicia, hecho punible.

Key words: Family violence, recidivism, victim, access to justice, punishable offense, perpetrator.



Ñe'ẽ tekotevẽte: ñorairõ ogapype. Je'ajey tembiapo vaípe, ojehu vai va'ekue ichupe, justicia ñemo'ãguĩ, mba'evai apohare.

Descripción del aumento de las denuncias de violencia familiar recibidas en la sede Regional de Encarnación entre el periodo 2000 al 2012

Este trabajo apunta a describir el aumento de denuncias de violencia familiar presentados ante la sede Regional de Encarnación en los últimos 12 años.

Con ese fin, se analiza la problemática de la Violencia Familiar, a partir de las denuncias formuladas por las víctimas. Así mismo, se observa los datos que registra la encuesta nacional de Demografía y Salud Sexual y Reproductiva (2008) realizada por el Centro Paraguayo de Estudios de Población, a los efectos de hacer una comparación con las denuncias recibidas en la sede de Encarnación y se pudo deducir un crecimiento considerable. Dicha encuesta da cuenta que un 36% de las mujeres casadas o unidas de hecho, alguna vez reportó violencia, lo que revela un ligero aumento comparado con la encuesta del 2004 donde fue de 33,4% (CEPEP, 2008).

Como objetivo general de la investigación se plantea describir las denuncias por hechos punibles de Violencia Familiar en Itapúa, entre los años 2001 al 2012, y las reincidencias que se registran en ese periodo de tiempo.

Como objetivos específicos del trabajo se apunta a:

Determinar la frecuencia con que se denuncian hechos punibles de Violencia Familiar ante la oficina de la Fiscalía Regional de Encarnación entre los años 2000 y 2012.

Conocer los distritos de Itapúa en donde se registra mayor porcentaje de



hechos punibles de violencia familiar según las denuncias entre registradas en los años 2000 al 2012.

Describir las modificaciones que ha sufrido el artículo 229 del Código Penal referente a la Violencia Familiar en los últimos doce años.

Justificación

Es importante conocer qué cantidad de denuncias referentes a hechos punibles de Violencia Familiar ingresan en el Ministerio Público, identificar si aumenta o disminuye, si existen reincidencias en cuanto a las víctimas y victimarios, ya que se encuentra ante una problemática no sólo nacional sino regional y hasta se diría de carácter mundial, que afecta a sectores vulnerables como lo son: mujeres, niños, niñas y adolescentes y en ocasiones doblemente susceptibles por una la condición socioeconómica en la vive.

Este trabajo analiza el marco legal vigente con énfasis en el abordaje a las modificaciones del artículo que registra el Código Penal, específicamente en su art. 229 que aborda los hechos punibles dichos hechos punibles. En ese sentido, uno de los cambios significativos es el aumento de la expectativa de pena. Al remontarse del año 2000 hasta el 2012, se puede observar que en doce años, la expectativa de pena varió de seis meses de pena privativa de libertad o multa, a seis años de pena privativa de libertad, hecho que le modifica también la calificación, pues, de considerarse un delito pasa configurarse un crimen.

Esta última modificación, trae un nuevo paradigma en la política criminal para la administración de la justicia, en especial para los agentes fiscales, pues, con el aumento de la expectativa de pena también, se debe atender el desa-



fío que implica al momento de la aplicación de las salidas procesales.

Además de las modificaciones realizadas al Código Penal para la regulación de este hecho punible, es importante destacar el trabajo que se viene realizando a los efectos de crear mecanismos y herramientas que permitan articular actividades conjuntas entre instituciones del Estado que de alguna manera intervienen, sea en la prevención, conciliación, represión y y otras medidas como el ofrecimiento temporal de una lugar de alojamiento, alimentación y protección al menos mientras dura el proceso de investigación fiscal.

En ese entendimiento se han diseñado manuales de procedimientos a través de un trabajo conjunto para fortalecer el buen tratamiento de la investigación desde el inicio del hecho punible hasta el final. Estas herramientas se realizan en apoyo no sólo a la víctima sino también a los familiares que vienen a conformar lo que se denomina víctimas secundarias. Es importante resaltar que el abordaje se hace complejo cuando las parejas en conflicto tienen hijos menores de edad, o cuando el hombre ejerce de jefe de familia con mayor posibilidad de un sustento familiar, aunque no es menos importante mencionar que esta problemática constituye un fenómeno que no respeta las clases sociales.

De esa manera se puede mencionar el Convenio 07-C01-053 de Fortalecimiento de servicios de atención primaria con énfasis en salud mental infantil, sexual y reproductiva, a través del que se aprueba el Manual de Atención Integral a Víctimas en el Sistema de Salud, Violencia Intrafamiliar y de Género, producto de un largo proceso de trabajo en el que intervienen varias instituciones gubernamentales y no gubernamentales como: el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, Ministerio Público, Ministerio de la Mujer, Cruz Roja Española, Agencia



de Cooperación Internacional para el Desarrollo, AECID, con el fin de: “presentar de manera conjunta un instrumento que permita otorgar respuesta adecuada y oportuna, basada en los derechos humanos de las personas víctimas de violencia” (2012 pág. 11).

Uno de los objetivos del Programa Nacional para la prevención y la atención integral de mujeres, niños, niñas y adolescentes en situaciones de violencia basada en género en el que se resalta:

Fue elaborado para la atención integral de personas víctimas de violencia intrafamiliar y de género, buscando que sea útil tanto al Sistema Nacional de Salud como al Ministerio Público en los casos de hechos punibles vinculados a esta problemática, así como aquellas que si bien son tipificadas como de acción penal pública, requieren de un acercamiento humanizado y profesional para atender con claridad y calidez a quienes se acercan a los diversos servicios de salud... (Social, M. 2012. pág. 13).

Por otro lado, en el año 2015, se trabajó por el diseño de un Protocolo para la investigación de la violencia contra la mujer en el ámbito familiar desde una perspectiva de género. El documento fue elaborado por el Ministerio Público en coordinación con el Ministerio del Interior, la Policía Nacional y el Ministerio de la Mujer, en el marco del Proyecto de Euro social con el fondo de la Unión Europea, ocasión para el que se conformó un equipo de trabajo interinstitucional.

Esta publicación es fruto del esfuerzo conjunto de personas e instituciones con un firme y definido compromiso para combatir la violencia hacia las mujeres.



Al considerar que la violencia familiar no es una problemática que sucede en el ámbito nacional, sino en el contexto internacional, en el 2012, se realizó un encuentro la acción de EURO social II, Violencia de Género e Iberoamérica: investigación de delitos, atención a víctimas y coordinación interinstitucional impulsada desde la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, en adelante AIAMP, la organización internacional que agrupa a los Ministerios de Justicia e instituciones homólogas, en adelante, COMJIB y con la coordinación técnica y financiera de EUROsocial. En esa ocasión participaron representantes de cinco Ministerios Públicos y cinco representantes del Ministerio de Justicia, convencidos de la importancia y necesidad de unificar criterios y abordar la problemática de manera integral.

Aproximación a la Violencia familiar

José Alberto Garrone, refieren a la violencia como:

La coerción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona para determinarla contra su voluntad, a la realización de un acto... (Garrone, 1991 pág. 759).

Así mismo, el Manual de Atención Integral a Víctimas en el Sistema de Salud la define de la siguiente manera:

El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daño psicológico, trastornos del desarrollo o privaciones (MS PB y S, 2010. pág. 21).

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la vio-



lencia contra la mujer ratificó: “que la violencia en todas sus manifestaciones es una prioridad de Salud Pública, que amenaza el desarrollo de los pueblos, afecta la calidad de vida y erosiona el tejido social”. (SOCIAL, 2012. pág. 17).

Violencia de Género

La violencia basada en género se relaciona con la violencia ejercida contra la mujer o contra el hombre por el hecho de ser hombre; en esta clasificación entra en juego la sociedad en que está inmersa este hombre o esta mujer víctima de violencia por su condición, por el género con el cual nació, ya que la cultura que rodea a estas sociedades facilita este tipo diferencial de violencia.

El Plan Nacional de Salud Reproductiva del MSP y BS (2009-2013) señala: “La violencia basada en género es una manifestación de discriminaciones, desigualdades y asimetría del poder, generalmente de los varones sobre las mujeres, por lo que se ejerce una violencia sobre éstas por el sólo hecho de ser mujeres”.

Por su parte, el art. 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer, establece:

A los efectos de la presente Declaración por –violencia contra la mujer– se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Por otro lado, Soto Clyde la define como:

La violencia basada en género puede entenderse como aquella que se



ejerce en contra de las mujeres o de los varones, cuyas causas y manifestaciones tienen que ver con la particular configuración que adquiere el ser mujer u hombre en una sociedad determinada, a partir de la construcción que cada cultura y sociedad hace entre la diferencia entre los sexos (2003. pág. 10).

Contexto de la violencia de género en el Paraguay

El Estado ha ratificado convenios y acuerdos internacionales para combatir y erradicar la violencia de género, en especial la violencia contra la mujer, como refieren varios autores y atendiendo al derecho positivo vigentes pueden citarse en el siguiente orden:

La Convención Internacional para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer, conocida como la Convención de Belem Do Pará, ratificada por el país por la Ley n.º 605/95.

La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, en adelante CEDAW, ratificada por la Ley n.º 1215/86 y la Ley n.º 1683/01 que ratifica el Protocolo Facultativo de la CEDAW.

También el Paraguay participó de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1979, donde se adoptó la Convención sobre todas las formas de Discriminación contra la mujer CEDAW para abordar la discriminación continúa contra la mujer; para afianzar y expandir sus derechos proporcionados por otros instrumentos de derechos humanos.

La CEDAW obliga a los Estados partes a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer con miras a lograr la igualdad de jure y de facto entre el hombre y la mujer en el goce de los derechos humanos y las



libertades fundamentales de ambos. En ese sentido, el art. 5, establece:

“Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (COCEDAW, 1979).

La Carta Magna brinda como base sólida la defensa y protección contra la violencia de género, facilitando las condiciones para la igualdad entre el hombre y la mujer y la plena realización y el ejercicio de los derechos, así lo reza en su art. 48:

De la igualdad de derechos del hombre y de la mujer: El hombre y la mujer tienen iguales 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 la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional.

Asimismo, en su art. 60 establece: De la protección contra la violencia, estipula: “El Estado promoverá políticas que tengan por objeto evitar la violencia en el ámbito familiar y otras causas que atenten contra su solidaridad”.

El Código Penal, con relación a la violencia familiar ha modificado en 17 años tres veces su artículo 229, pasando de ser un hecho punible considerado delito a ser tipificado como un crimen, es decir ampliando la pena y muy especiales



para su tipificación.

A continuación, se detalla contextualmente esta transformación:

Ley n.º 1.160/1997, Código Penal, en su art. 229. Violencia Familiar establecía: “El que, en el ámbito familiar, habitualmente ejerciera violencia física sobre otro con quién conviva, será castigado con pena de multa”.

El marco se sitúa en el ámbito familiar, es decir en el seno del hogar y delimita a los autores al decir que esa violencia se ejerce sobre el otro con quien conviva y “habitualmente” es decir en forma reiterada, el frecuente ejercicio de la violencia física.

María Agustina Unger en un artículo presentado en la Revista Jurídica del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público refiere a la violencia de la siguiente manera:

“...La violencia es el empleo ilegítimo de la fuerza que vulnera o amenaza los derechos fundamentales de la persona, con afectación de la convivencia pacífica y el quebrantamiento del orden, que se produce en el hogar, de ahí la denominación de violencia familiar o intrafamiliar”. (2012. pág. 65)

En el año 2008 este artículo 229 de Violencia Familiar es modificado por primera vez por la Ley n.º 3.440/2008 quedando redactado como sigue: “El que, en el ámbito familiar, ejerciera o sometiera habitualmente a violencia física o dolores psíquicos considerables sobre otro con quien conviva, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o multa”.

El marco situacional no se modificó y siguió siendo en el ámbito familiar,



la acción misma del hecho punible que únicamente era la violencia física fue conjugada con una arista más, al ampliar al hecho de someter a la víctima a dolores psíquicos considerables, situación ante el que se prevé el marco penal para el infractor con pena privativa de libertad de hasta de dos años o multa. Originalmente fue solamente castigado con pena de multa.

Al respecto menciona María Agustina Unger (2012):

La violencia familiar ya no es solo un fenómeno que en la familiar puede desembocar en la muerte, lesiones físicas o abusos sexuales, sicológicas, etc., sino también se manifiesta en la agresión verbal, el trato denigrante y las diferentes formas de agresión por omisión, tales como la negligencia en el cumplimiento de múltiples deberes derivados de la pertenencia del grupo familiar, como, por ejemplo, el abandono, la diversidad de ataques a la libertad y dignidad individual. De esto deviene que la violencia familiar con la redacción vigente, no se restringe a las circunstancias físicas de la fuerza humana, sino que también aborda el daño o lesiones físicas y sicológicas. (pág. 66 y 67).

Nuevamente dicho art. 229, sufre una modificación, en el año 2014, en este caso fue la tercera y se concreta por el art. 1 de la Ley n.º 5378/2014, y se redacta como sigue:

El que, aprovechándose del ámbito familiar o de convivencia, ejerciera violencia física o psíquica sobre otro con quien convive o no, será castigado con pena privativa de libertad de uno a seis años. 2º- cuando el hecho de violencia provoca los resultados de la lesión grave, se aplicará la sanción prevista en el artículo 112 del Código Penal.



De esta manera, el art. 229, amplió su horizonte de acción cubriendo las distintas situaciones al sostener que el agresor, puede convivir o no con la víctima. Además, de la sanción impuesta, el marco penal ha dado un salto importante al afirmar que el autor será castigado con pena privativa de libertad de uno a cinco años, dejando de tipificarse como delito para configurarse en un hecho punible de la categoría de crimen, según lo establece el art. 13 del Código Procesal Penal.

El inciso 2° del art. 13 no deja a la deriva a las víctimas que son gravemente lesionadas, al afirmar que se aplicará la sanción prevista para la lesión grave prevista en el art. 112 C.P., referente a la lesión grave, que reza:

1° será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años el que, intencional o conscientemente, con la lesión:

pusiera a la víctima en peligro de muerte;

la mutilara considerablemente o la desfigurara por largo tiempo;

la redujera considerablemente y por largo tiempo en el uso de su cuerpo o de sus sentidos, de su capacidad de cohabitación o de reproducción, en sus fuerzas psíquicas o intelectuales o en su capacidad de trabajo; o causara una enfermedad grave o afligente.

Con estas modificaciones se puede afirmar que el Estado paraguayo está comprometido con la protección a las víctimas de violencia familiar.

A fin de delimitar el trabajo se presenta el universo, población y muestra utilizada para la investigación.

La unidad de análisis fueron las denuncias sobre hechos punibles de violencia familiar formuladas ante el Ministerio Público con sede en Encarnación entre los años 2000 al 2012.



En dicho lapso de tiempo fueron recibidas un total de 1408 denuncias penales por hechos punibles de violencia familiar, descartando las caratuladas por coacción, daño, lesión, amenaza, entre otras, es decir únicamente fueron estudiadas las carpetas fiscales con caratuladas como violencia familiar que fueron atendidas por las distintas unidades penales de la sede.

Con ese fin, el tipo de estudio utilizado es el descriptivo con un enfoque cuantitativo porque se basa en la medición numérica, el conteo y el uso frecuente de la estadística.

Delimitación geográfica, Justificación de la delimitación

El estudio fue realizados en la ciudad de Encarnación, ya que los hechos punibles de violencia familiar recepcionados ante el Ministerio Público de esta ciudad no son exclusivamente de dicha ciudad, sino que provienen de varios puntos del departamento, como ser: Cambyretá, Capitán Miranda, María Auxiliadora, Jesús, Trinidad, San Juan del Paraná, entre otras ciudades del interior de Itapúa, incluyendo aquellas que en ese momento aún no contaba con Fiscalías Zonales, por ejemplo Mayor Otaño, Las Colonias Unidas, María Auxiliadora y La Paz.

Técnicas de recolección de datos procesamiento

La técnica de recolección de datos se basó en la observación y análisis documental del contenido de los datos estadísticos de las causas penales por violencia familiar, ingresadas al Ministerio Público, sede Encarnación, entre los años 2000 al 2012 y las recibidas en la Tercera Circunscripción.



Resultados

Las denuncias presentadas ante el Ministerio Público con sede en la ciudad de Encarnación por hechos punibles de violencia familiar entre los años 2000 al 2012, han presentados las siguientes características:

Las mujeres son las que denuncian estos hechos punibles en mayor número. Haciendo una relación conforme a las denuncias que se registran se pudo observar que el 92% de las víctimas son mujeres y sólo el 8% son varones. Ahora bien, en cuanto a las denuncias reiteradas, son las mujeres las que volvieron a realizar o denunciar otros hechos de violencia familiar, en estos 12 años. Existen 26 personas reincidentes en este periodo, todos del sexo masculino, 4 de ellos fueron denunciados en tres oportunidades por la misma víctima. Los 22 victimarios restantes fueron denunciados en dos oportunidades.

Tabla 1: Distribución de denuncias según la reincidencia por año

Año	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Denuncia reincidente	00	00	01	01	02	05	04	04	02	00	01	03	07
Total	00	00	01	01	02	05	04	04	02	00	01	03	30

Fuente: Oficina de Acceso a la Información Pública. Ministerio Público.

Tabla 2: Distribución de denunciados según el género. Clasificación por año.

Año Género	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Mujer	00	00	09	04	02	07	06	07	05	10	13	23	26
Varón	10	15	83	67	90	88	82	84	81	75	131	240	250
Total	10	15	92	71	92	95	88	91	86	85	144	263	276

Fuente: Oficina de Acceso a la Información Pública. Ministerio Público.

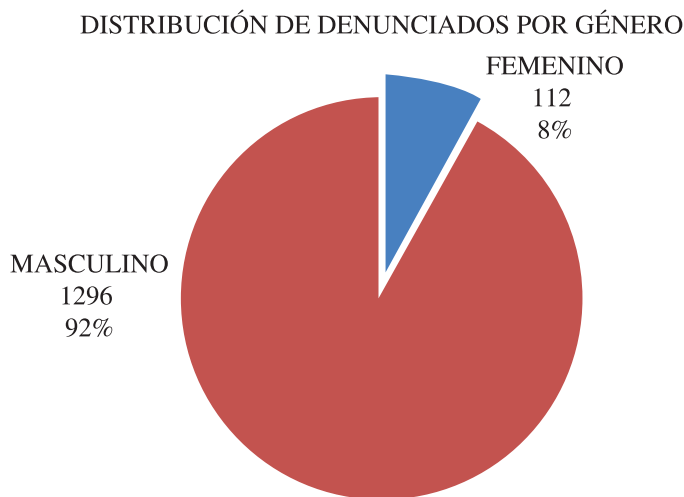


Tabla 3: Expedientes sobre casos de violencia familiar ingresados al tribunal de Encarnación

Año	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Cantidad	10	05	10	12	30	34	46	44	58	49	71	51	71
Total	10	05	10	12	30	34	46	44	58	49	71	51	491

Fuente: Sistema de Gestión Judicial, Oficina de Estadística de Encarnación.

Gráfico 1: Distribución de denunciados por género, periodo 2000 al 2012.



Total: 1408 causas

Fuente: Oficina de Acceso a la Información Pública del Ministerio Público.

Conclusión

Con la Ley n° 1160/1997, el marco penal dictaba únicamente pena de multa para el hecho de violencia familiar, que rigió hasta la primera quincena de año 2008, con lo cual fueron medidos un total de 550 causas penales. La ley n° 3440/2008, modifica el artículo n° 229 de Violencia Familiar que dicta la pena



privativa de libertad y aumenta a dos años o multa, con este marco penal fueron analizados las restantes 862 causas penales denunciados por hechos punibles de Violencia Familiar.

Cabe acotar que en el año 2014 con la Ley n.º 5378/14, el marco para este hecho punible aumenta de 1 a 6 años de pena privativa de libertad pasando de ser delito a convertirse en crimen.

Se destaca que con el aumento del marco penal y la atención especial a este flagelo particular la denuncia por este hecho punible ha aumentado con el paso del tiempo, en el 2000 se recibió un total de 10 denuncias, en el año 2006: 84 denuncias en el 2010: 131 mientras que el año 2012 aumentaron a 176 denuncias penales por hechos punibles de violencia familiar; en doce años hemos pasado de 10 denuncias a 176 denuncias por este hecho punible.

En estos 12 años de análisis las reincidencias de hacen visibles, se destacan 26 personas reincidentes en este periodo de tiempo de los cuales todos son del sexo masculino, 04 de ellos fueron denunciados en tres oportunidades por la misma víctima. Los restantes 22 victimarios fueron denunciados en dos oportunidades.

El mayor porcentaje de denuncias por hechos punibles de Violencia Familiar fueron derivadas del distrito de Encarnación, luego le sigue el distrito de Cambyretá, Capitán Miranda, San Juan del Paraná entre otros distritos.

Resulta sumamente complicado ubicarse en el lugar de las otras personas, y más aún lo es, colocarse en el lugar de una mujer víctima de violencia familiar, esta debe acudir a la Comisaría más cercana o en el peor de los casos a algún puesto de salud para ser atendida, luego va al Ministerio Público y como



se visualiza en el presente trabajo puede ir a denunciarle a la misma persona más de una vez, por el mismo hecho punible, esperando ayuda y representación legal al caso.

Seguir trabajando institucionalizados, como un todo integrado tanto informática como humanamente, seguir perfeccionando la atención a la víctima y su familia, solicitar el castigo ejemplar al agresor de las normas jurídicas y dar a conocer aquello con el fin de salir al auxilio de esa mujer y de tantas otras mujeres víctimas renuentes y sin confianza en el Ministerio Público.

Recomendaciones

Se resalta la importancia la implementación de las unidades penales especializadas en Violencia Familiar, con agentes fiscales y funcionarios fiscales capacitados especialmente para esa función, en coordinación con los Juzgados Penales de Garantías que atiendan estos hechos punibles. En el formulario de ingreso de causas que llegan de la oficina de denuncias penales sería de suma importancia un campo específico en donde se podría colocar las denuncias anteriores hechas por la víctima, en resumen, colocar o resaltar si es o no una denuncia reincidente, con el objeto de que el Agente Fiscal tome conocimiento y proceda conforme a ello.

Se considera importante para otras investigaciones, analizar cualitativamente las causas penales sobre violencia familiar especialmente aquellas reincidentes, atendiendo el nuevo marco penal y la aplicación efectiva del artículo 229 del Código Penal.



Referencias

Ley n.º 1160/97, A. n. (1997). Código Penal y sus modificaciones.

COCEDAU. (1979). Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer.

EUROsocial, pág. (2015). Protocolo para la investigación de la violencia contra la mujer en el ámbito familiar, desde una perspectiva de género. Madrid: Cyan Proyectos Editoriales, S.A.

Social, M. d. (2012). Manual de Atención Integral a Víctimas en el Sistema de Salud. Asunción: AGR Servicios Graficos.

Unger, M. A. (2012). La Violencia Familiar y el Maltrato Físico, dos aspectos de un mismo problema. Revista Jurídica del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público. Segunda Edición 2012. págs. 65, 66, 67,68.



Artículo original

Reflexiones sobre el recurso de casación en Colombia

Considerations about cassation in Colombia

Ñehesa'ỹijo Casación rembiporu Colombiapere rehegua

*Diana María Ramírez Carvajal**

Universidad Católica de Oriente. Medellín, Colombia

Recibido: 13.07.16 Aceptado: 13.09.16

Resumen

La relatividad es una teoría expuesta por el físico Albert Einstein, según la cual las leyes físicas se transforman, cuando se cambia el sistema de referencia. Este es un tema fascinante para la ciencia, que ha logrado encontrar la unidad esencial entre materia y energía y potencialmente puede ser también un tema de gran interés para los juristas, que, a partir de las transformaciones del derecho, después de la postguerra, han encontrado campos de enlace entre teorías tradicionales con el neoconstitucionalismo. Este es el caso de la casación en Colombia, tanto en el área civil como penal. Un recurso que nació con una claridad vertical y que poco a poco se ha ido acercando al complejo mundo de los derechos humanos. La constitucionalización del derecho es una realidad, pero que transforme instituciones como la casación, para algunos puede ser un logro de las transformaciones jurídicas, para otros una deformación forzada y a lo mejor, excesivamente costosa. Parece que la relatividad de Einstein, no solamente se aplica a las

* Directora de posgrados de la Universidad Católica de Oriente, en Colombia, Medellín. E-mail: radiana21@hotmail.com radiana2113@gmail.com

Profesora Universitaria, Abogada, Magister en Derecho Profesora Universitaria, Abogada, Magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín y Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es la directora de posgrados de la Universidad Católica de Oriente, en Colombia, Medellín.



leyes de la física, sino también a las leyes del ordenamiento jurídico, igualmente permeables a las asombrosas tendencias cuánticas.

Abstract

Relativity is a theory exposed by physicist Albert Einstein, according to which physical laws transform, when the reference system is changed. This is a fascinating subject for science that has managed to find the essential unity between material and energy, and potentially can also be a topic of great interest to jurists, that from the changes in the law after the postwar, found fields linked between traditional theories and the neoconstitutionalism. This is the case of cassation in Colombia, in both civil and criminal area. A legal resource that saw the light with a vertical clarity and gradually has been moving closer to the complex world of human rights. The constitutionalization of law is a reality, but to transform institutions like cassation, for some it can be an achievement of legal changes, for others a forced deformation, and maybe, too costly. It seems that Einstein's relativity not only applies to the laws of physics, but also the laws of the legal system, equally permeable to the amazing quantum trends.

Ñembyapu'a

Albert Einstein, físico, oheja va'ekue peteĩ kuaapy hérava teoría de la relatividad. Kóva he'i umi léi oĩva guive omongu'epaha opaite mba'e ha ñambue kuaaha pe sistema mbojojaha ñambue vove ojuehegui. Ko kuaapyrã ningo ojehecha ramo eterei ciencia ryepýpe ojejuhúgui ojoaju mbarete etereiha ojuehe materia ha energía, ko mba'e kuaapy ikatu avei oipytyvõ mbarete maymave juristape, ohechakuaávo ñambueha ohóvo heta mba'e ha oñemomba'e haguã añetehápe yvypóra mba'etee, upe ñorairõ guasu rire, upérõ ojejuhu va'ekue ojoajupaha ojue-



he umi teoría yma guare ipyahuvévandí, hérava neconstitucionalismo. Kóva hína pe káso hérava casación oiko va'ekue Colombiape, civil ha penal ryepýpe. Kóva peteĩ tembiporu heñói va'ekue hesakã porã itereígui sa'i sa'ípe ñemoañete ohóvo umi yvypóra mba'etee. Kóva oikove ñepyrũma voi añetehápe derecho ryepýpe, institución kuéra ñemoambue casación rupive ningo oĩ ohecha porãva oikuaágui oguerutaha teko ambue jurídico ryepýpe ambue tapichápe guarã katu kóva omb-yaipa ha he'i hepyvetaha. Ha'ete vaicha pe relatividad oikuaauka va'ekue Einsten ndaha'úi oikóva físicape añañte oiko avei jurídico ryepýpe, péicha jahecha kuaa avei oikepaiteha opaite henda rupi ñemomba'e guasuetéva cuánticas hérava.

Palabras claves: recurso, casación, derecho, protección, derechos humanos, proceso

Key words: cassation, right protection, human rights, process

Ñe'ẽ tee: tembiporu, casación, mba'etee, ñeñangareko, yvypóra mba'etee, jeroguata.

La Casación en el Proceso Civil y Penal Colombiano

En Colombia, la casación tradicionalmente había sido regulada en el ordenamiento jurídico como un recurso de impugnación “extraordinario”, para proteger el orden legal, en las diversas áreas del derecho: penal, civil o laboral.

Su origen en el país tomó la línea francesa y en su aplicación siguió de cerca la tradición de la escuela procesal italiana de principios del siglo XX, pues Colombia ha copiado en sus normas muchas de las tendencias procesales producidas o discutidas por sus exponentes más clásicos: Chiovenda, Calamandrei y especialmente Carnelutti.



Al ser parte de la familia del Civil Law, el Gobierno entendió y desarrolló el derecho exclusivamente bajo el precepto de ley, una enunciación legítima del legislador en representación del pueblo y para el pueblo. Por eso, este recurso fue dispuesto para proteger la aplicación de la norma, del derecho, de la regla y de su “correcta” interpretación judicial, no para estudiar los hechos, el caso o la situación fáctica. Incluso por tradición, la casación prohibió poner en estudio la valoración de la prueba producida por los jueces en la decisión.

Los países latinos vienen adoptando la constitucionalización del derecho y las teorías del garantismo, mucho de ello producto de las tendencias de la segunda postguerra. Y esto, por supuesto lleva a nuevas propuestas hermenéuticas, a una nueva forma de entender el concepto del “derecho” e incluso a proponer nuevas responsabilidades al Juez, pero en esta transformación vale la pena analizar a profundidad instituciones jurídicas como la casación, que nacieron para cumplir una función tan específica como la protección del derecho escrito.

En ese orden de ideas, es importante preguntarse ¿Es pertinente la transformación del tradicional recurso extraordinario a un recurso constitucional?, ¿No existen ya numerosas rutas sustanciales y procesales para defender los derechos fundamentales? Será que su pertinencia ya no es clara en el derecho contemporáneo?.

De eso se trata este artículo, de crear inquietudes al describir la paulatina transformación del recurso de casación en el ámbito civil y penal. En esta dinámica se deja espacio al estudioso del derecho para encontrar puntos de análisis propios, que permitan llevar a investigación la viabilidad futura de la casación y por qué no, de las Cortes Supremas.



Marco teórico

Calamandrei, un insigne procesalista seguido por la doctrina colombiana más tradicional, defendió una casación pura, que se centrara en el estudio concreto de los errores de derecho, como lo expone Taruffo (2005):

Calamandrei se dio cuenta que, más que ajustes, debía proponer drásticas transformaciones de lo que era la disciplina de la Casación (...) un instituto que llegó a considerar como completamente ajeno del interés privado de las partes, y orientado exclusivamente al fin general de asegurar la uniformidad de la jurisprudencia. En esta perspectiva, él realizó más bien afirmaciones extremas, como, por ejemplo, que la Casación debe cuidarse, más que de resolver según la justicia el caso concreto, de sugerir hacia el futuro la interpretación teórica correspondiente en abstracto con la voluntad del legislador, de modo que la Casación permanezca sin que el directo contacto con los hechos enturbie el trabajo, en el puro oficio de formulación de máximas (pág. 80).

Siguiendo esta teoría, el Código Procesal Civil colombiano de 1970, en su artículo 365, afirmaba que el recurso de casación tenía como fin primordial unificar la jurisprudencia nacional y proveer la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos, esto según López (1993) por cuanto aunque:

Cada juez es autónomo en dar a la ley la interpretación que sus conocimientos y sentido jurídico le indiquen, no es menos que buscan la guía orientadora que frente a la normatividad existente han realizado sus superiores (...) La jurisprudencia es un factor de paz social y contribuye al orden, a evitar la litigiosidad, porque al señalar derroteros claros, perma-



nentes y adecuados al alcance de la Ley, evita que se acuda al litigio con sentido de aventura, con la esperanza de lograr una interpretación que contraría el sistema (pág. 644).

Esto le significó al derecho colombiano, adoptar un recurso a veces tratado como medio de impugnación, otras como recurso extraordinario, pero siempre de una gran rigidez y formalidad. Como lo enseñó Azula (1994):

Casación –vocablo originado en la palabra francesa *casser*, significa romper, quebrar o anular– es un recurso extraordinario que procede contra las sentencias dictadas en los procesos perentoriamente indicados por la ley y por las causales taxativamente señaladas en ella y con el objetivo primordial de unificar la jurisprudencia y defender el derecho objetivo violado (pág. 356). En esta perspectiva, “la ratio de la Casación se funda sobre el presupuesto que premisa de derecho y premisa de hecho son netamente separables” (Taruffo, 2005, pág. 64).

Es decir, el recurso atendía más a la formalidad de las actuaciones que a la vulneración del derecho material, mucho menos se ocupaba de discutir conceptos como justicia de la decisión o justicia social. Era por decir lo menos, la casación en Colombia, un recurso eminentemente formal-legal, en el sentido de que “una interpretación o una decisión deriva, en efecto, de relaciones de compatibilidad formal con el sistema y de criterios de validez, no de valoraciones “de contenido” (Taruffo, 2005, pág. 16). Esta forma de entender el derecho se ha llamado también tutela legal positiva.

En ese momento histórico, no se entendía la legalidad de la norma como



validez constitucional, tratar los fenómenos legales desde la escuela de la exégesis y el formalismo radical, se entiende adecuado con respecto a los principios constitucionales, pues la Constitución de 1886 que regía para ese momento en el país, asumía la ley como máxima expresión de la democracia. Tampoco se discernía sobre posibles confusiones epistemológicas, como que la uniformidad y la coherencia de la jurisprudencia, sería finalmente irrealizable “porque reduciría a cero la independencia del juicio y la discrecionalidad de la interpretación de la ley, se presenta el problema de qué uniformidad, en qué grado y en qué modo concretada es la racionalmente posible en un sistema que también debe asegurar la necesaria evolución de la jurisprudencia” (Taruffo, 2005, pág. 21).

Probablemente, reflexiones como las anteriores, fueron el principio de las discordias por la casación, que poco a poco se convirtió en un modelo de impugnación obsoleto, lento e ineficiente, además bastante desacreditado pues muy pocos consorcios de abogados en el país, la promovían con éxito ante la Corte Suprema de Justicia, como máximo tribunal de cierre en las decisiones judiciales.

Pero en medio de estas discusiones, la aplicación y la interpretación del ordenamiento jurídico en Colombia, cambió radicalmente con la promulgación de la Constitución de 1991.

Esta Carta Política asume una concepción material e integradora del derecho. La Constitución se produce en el centro de la Asamblea Nacional Constituyente donde confluyen muchos sectores políticos y filosóficos (positivistas clásicos, ius naturalistas y pluralistas, entre otros, fueron sus gestores), por ello se afianza con fluidez en teorías y tendencias garantistas y neo-constitucionalistas.



Esta norma de máxima jerarquía produce varios cambios de fuerte impacto en el ordenamiento jurídico y su aplicación, entre ellos se puede mencionar por lo menos los siguientes:

- Crea la Corte Constitucional, como máximo órgano de interpretación y aplicación de la norma constitucional, con poder para vigilar e intervenir a través de diversas figuras jurídicas las actuaciones del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y también del Poder Judicial en cuanto a las sentencias emitidas por este.
- A través de la teoría del bloque de constitucionalidad, la Constitución colombiana, se ubica en el vértice de la pirámide legal, como “norma de normas”, con capacidad de influir directamente en la interpretación y aplicación eficaz de todas las leyes. Es más, con pretensión de aplicación directa para la solución de algunos casos.
- Da vida a las acciones constitucionales para la protección prioritaria de los derechos fundamentales y los principios constitucionales. Entre ellas se destaca la tutela, una figura procesal prevalente que permite la resolución inmediata de conflictos constitucionales y que tiene prioridad frente a cualquier otro proceso judicial. Su tiempo de respuesta generalmente no supera los 15 días.
- Nace una concepción material de derecho fundamental, a partir de la creación jurisprudencial como aquella de la sentencia T-406 de 1992. Así, los derechos fundamentales en Colombia no están taxativamente normados en la Constitución, sino que pueden surgir de la interpretación



por “conexidad” que haga cualquier juez de la República.

Estos cambios, entre otros, han ocasionado una gran modelación alrededor de la tradición jurídica incluyendo la procesal y la probatoria, la misma función del juez se amplía y se repliega sobre las normas y los principios constitucionales.

A todo ello no fue ajeno el recurso de casación y por ello se interpela su finalidad. La casación debe seguir buscando la aplicación del derecho, privilegiando la protección del ordenamiento jurídico vigente, mediante la unificación de jurisprudencia o ¿es posible que la protección del ordenamiento jurídico se lleve a cabo también mediante la defensa material y concreta de la dignidad humana y los derechos fundamentales? Esa era la gran pregunta, que finalmente se resolvió a favor de la postura constitucional.

Un jurista de alto prestigio, como el ex - ministro de Justicia de Colombia (Ramírez, 2006) explica el fenómeno del constitucionalismo colombiano en perspectiva de la casación, así:

Es por supuesto una obviedad la existencia de una relación directamente proporcional entre garantías fundamentales y libertad social, pues la fortaleza de una democracia se mide por el grado de protección y respeto de los derechos fundamentales de sus ciudadanos y que, desde tiempos inmemoriales el proceso, especialmente el penal, es el escenario donde con mayor intensidad se vive la tensión entre los poderes que el Estado tiene de limitar o restringir esos derechos y los correlativos deberes de protección que ese mismo Estado tiene frente a las garantías fundamen-



tales, recogidos en el concepto global de debido proceso público.

El concepto de dignidad humana representa entonces en la concepción del Estado moderno, el valor central, el fin y el objetivo de la organización del poder y de la sociedad, razones para decir que el Estado de derecho es hoy en día un Estado antropocéntrico, o sea que tiene por eje y centro al hombre como ser digno, libre, y que es intrínseco e innato titular de derechos humanos (Preámbulo y artículos 1, 2, 94 Const. Pol.).

El recurso de casación tal como está diseñado en sus fines por la legislación colombiana, es una magnífica herramienta para la protección de los derechos fundamentales:

(...) El recurso de casación aparece pleno como mecanismo de control material y formal de constitucionalidad de las sentencias penales de segunda instancia, en los casos enunciados por la ley, explicándose de esa manera su contenido íntegro de constitucionalidad, el cual –salvo la unificación de la jurisprudencia, tiene por finalidad esencial la protección de los derechos constitucionales fundamentales vinculados a la investigación y juzgamiento de los delitos (artículos 180 y 181 Ley 904 de 2004). En efecto: la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes y la reparación de los agravios inferidos con el delito, constituyen derechos fundamentales tal como lo reglamenta la Carta Política y lo ha reiterado en reciente fallo la Corte Constitucional (Sentencia C-370 de 2006).

Esa situación conlleva a orientar la casación en una dirección radical-



mente garantista y esencialmente protectora de los derechos fundamentales de las partes e intervinientes en el proceso, lo que significa que sin perder el rigor jurídico que la ha caracterizado, la casación se enaltece mucho más y con ello la misión que cumple la Corte Suprema, pues la procedencia del recurso se vincula expresamente a la afectación de “derechos o garantías fundamentales” para que se haga efectivo y real en el caso concreto el principio constitucional de “prevalencia del derecho sustancial” (artículos 228 Const. Pol. y 181C.P.P.) frente a desconocimientos del derecho sustancial aplicable, a violación a las garantías procesales o a vicios in iudicando o in procedendo.

Desde esta perspectiva, es plausible sostener que la casación actualmente es un recurso que busca la protección del ordenamiento jurídico por medio de la unificación de la jurisprudencia y que es competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, parece que su objetivo adhiere en su proceso a la protección de las garantías y derechos constitucionales. Para sobrevivir como institución válida en el ordenamiento jurídico constitucionalizado y garantista, debió transformar su conocida rigidez, el exceso de formalismo y formulismo, para ubicarse como institución que da prevalencia a la protección de los derechos fundamentales, lo cual se adaptó tanto en el proceso civil como para el proceso penal.

1- La casación en el proceso civil.

El reciente Código General del Proceso, que rige los procesos civiles, amplía el espectro de interés del medio de impugnación, en contravía de su antecesor. En su artículo 333, el Código Procesal civil ahora vincula la casación no



solo con la protección del ordenamiento jurídico, sino además con el control de legalidad de los fallos, la protección de los derechos constitucionales y la reparación de agravios que se hayan podido cometer con ocasión de la sentencia objeto del recurso.

Estas disposiciones responden según la ley a una tendencia de modernización. No en vano, la procedencia del recurso se amplía desde las sentencias dictadas en procesos declarativos a proteger también las sentencias promulgadas en las acciones de grupo y las que declaran uniones maritales de hecho (Ley n.º 1564 de 2012, artículo 334).

En cuanto a las causales de casación, el artículo 336 de la Ley n.º 1564 de 2012 determina que se promueve por la violación directa de una norma jurídica sustancial. La violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, o de una determinada prueba. Igualmente, por no estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio. También, por contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación del apelante único o por haberse dictado sentencia en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieren sido saneados.

La rigidez del recurso, en las formas, se modela y flexibiliza a dimensiones impensables antes de la Constitución de 1991, pues si bien es cierto que la Corte no puede tener en cuenta causales distintas de las que han sido expresa-



mente alegadas por el demandante, el artículo 333 de la Ley n.º 1564 de 2012, le permite al juez casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que ella compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales.(s.f.t).

También le imprime flexibilidad al proceso de casación, la posibilidad de aportar un dictamen pericial, para fijar el interés económico afectado con la sentencia. No obstante, la concesión del recurso no impedirá que la sentencia se cumpla, salvo cuando verse exclusivamente sobre el estado civil, o se trate de una sentencia meramente declarativa, o cuando haya sido recurrida por ambas partes. Pero el registro de la sentencia, la cancelación de las medidas cautelares y la liquidación de las costas causadas en las instancias, solo se harán cuando quede ejecutoriada la sentencia del tribunal o la de la Corte que la sustituya.

Destaca la ley procesal civil que en la oportunidad para interponer el recurso, el recurrente podrá solicitar la suspensión del cumplimiento de la providencia impugnada, ofreciendo caución para garantizar el pago de los perjuicios que dicha suspensión cause a la parte contraria, incluyendo los frutos civiles y naturales que puedan percibirse durante aquella.

El mismo artículo 341 indica que el recurrente podrá, al interponer el recurso, limitarlo a determinadas decisiones de la sentencia del tribunal, en cuyo caso podrá solicitar que se ordene el cumplimiento de las demás por el juez de primera instancia, siempre que no sean consecuencia de aquellas y que la otra parte no haya recurrido en casación. Con estas mismas salvedades, si se manifiesta que con el recurso se persigue lograr más de lo concedido en la sentencia del tribunal, podrá pedirse el cumplimiento de lo reconocido en esta.



En cuanto a la admisión del recurso de casación, dice la ley procesal civil en el artículo 342, que la sentencia deberá estar suscrita por el número de magistrados exigidos, so pena de devolución del expediente. Será inadmisibile el recurso si la providencia no es susceptible de casación, por ausencia de legitimación, por extemporaneidad, o por no haberse pagado las copias necesarias para su cumplimiento, si fuere el caso.

Una vez admitido el recurso se le da traslado por treinta (30) días para que los recurrentes presenten las demandas de casación, y si no se presentan oportunamente, el magistrado sustanciador declara desierto el recurso.

La demanda de casación deberá contener los siguientes requisitos:

La designación de las partes, una síntesis del proceso, de las pretensiones y de los hechos materia del litigio.

La formulación, por separado, de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara, precisa y completa y con sujeción a las siguientes reglas:

- Tratándose de violación directa, el cargo se circunscribirá a la cuestión jurídica sin comprender ni extenderse a la materia probatoria.
- En caso de que la acusación se haga por violación indirecta, no podrán plantearse aspectos fácticos que no fueron debatidos en las instancias.
- Cuando se trate de error de derecho, se indicarán las normas probatorias que se consideren violadas, haciendo una explicación sucinta de la manera en que ellas fueron infringidas. Si se invoca un error de hecho manifiesto,



se singularizará con precisión y claridad, indicándose en qué consiste y cuáles son en concreto las pruebas sobre las que recae. En todo caso, el recurrente deberá demostrar el error y señalar su trascendencia en el sentido de la sentencia.

Los cargos por las causales tercera y cuarta, no podrán recaer sobre apreciaciones probatorias. Cuando se invoque la infracción de normas de derecho sustancial, será suficiente señalar cualquier disposición de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa.

Cuando se trate de cargos formulados por la causal primera de casación, que contengan distintas acusaciones y la Corte considere que han debido presentarse en forma separada, deberá decidir sobre ellos como si se hubieran invocado en distintos cargos. En el mismo evento, si se formulan acusaciones en distintos cargos y la Corte considera que han debido proponerse a través de uno solo, de oficio los integrará y resolverá sobre el conjunto, según corresponda.

Si se presentan cargos incompatibles, la Corte tomará en consideración los que, atendidos los fines propios del recurso de casación, a su juicio guarden adecuada relación con la sentencia impugnada, los fundamentos que le sirven de base, la índole de la controversia específica resuelta mediante dicha providencia, la posición procesal adoptada por el recurrente en las instancias y, en general, con cualquier otra circunstancia comprobada que para el propósito indicado resultare relevante.



Una medida que ha tomado la ley, dirigida a mermar en el país las tasas de congestión y demoras, fortaleciendo con esto la oportunidad de las decisiones y la eficacia de la administración de Justicia, es la posibilidad que se le da a la Corte de seleccionar los recursos sobre los que se estudiará la casación.

La Ley procesal civil en el artículo 347, ha dispuesto para este efecto las siguientes posibilidades para la Corte Suprema de inadmitir la demanda de casación, aunque la demanda cumpla con los requisitos formales:

1- Cuando exista identidad esencial del caso con jurisprudencia reiterada de la Corte, salvo que el recurrente demuestre la necesidad de variar su sentido.

2- Cuando los errores procesales aducidos no existen o, dado el caso, fueron saneados, o no afectaron las garantías de las partes, ni comportan una lesión relevante del ordenamiento.

3- Cuando no es evidente la trasgresión del ordenamiento jurídico en detrimento del recurrente.

Otro cambio muy valorado por la comunidad jurídica frente al recurso de casación, es la posibilidad de tener audiencia (artículo 349). La audiencia se realizará bajo la dirección efectiva del presidente de la Sala, quien podrá limitar las intervenciones de las partes a lo que sea estrictamente necesario. Los magistrados podrán interrogar a los abogados sobre los fundamentos de la acusación contra la sentencia. En la misma audiencia, la Sala podrá dictar la sentencia si lo estima pertinente.

En la sentencia, la Sala examinará en orden lógico las causales alegadas por el recurrente. Si prospera la causal cuarta del artículo 336, dispondrá que



según el momento en que ocurrió el vicio, la autoridad competente rehaga la actuación anulada; si se acoge otra de las causales, la Corte casará la sentencia recurrida y dictará la que debe reemplazarla. Cuando prospere un cargo que sólo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia, procederá el estudio de las demás acusaciones.

Antes de dictar sentencia de instancia, la Sala podrá decretar pruebas de oficio, si lo estima necesario.

La Sala no casará la sentencia por el solo hecho de hallarse erróneamente motivada, si su parte resolutive se ajusta a derecho, pero hará la correspondiente rectificación doctrinaria.

Si no prospera ninguna de las causales alegadas, se condenará en costas al recurrente, salvo en el caso de que la demanda de casación haya suscitado una rectificación doctrinaria.

Cuando la Corte case una sentencia que ya fue cumplida, declarará sin efectos los actos realizados con tal fin, y dispondrá cuanto sea necesario para que no subsista ninguna consecuencia derivada de la sentencia casada.

Por último, resulta interesante que la ley permita que se puedan acumular y decidir varios asuntos en una misma sentencia. De ello se dejará constancia en la respectiva sentencia, cuyo texto será incorporado en cada uno de los procesos.

2. El recurso de casación en el proceso penal

La casación en el área penal, es un recurso de gran importancia y tradición. Su evolución hacia la protección de las garantías y derechos constitucionales y hacia las formas más flexibles, ocurrió diez años antes que, en el área civil,



lo cual es bastante destacable, dadas las finalidades que tienen desde las teorías jurídicas estos procesos.

El Código de Procedimiento Penal afirma que el recurso pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia.

El recurso se propone como control constitucional y como un recurso de control legal, (artículo 181 Ley n.º 906 de 2004) y procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales.

A criterio de Reyes (2006):

Las cuatro causales de casación (...) tienen como presupuesto la vulneración de un derecho o garantía fundamental, pues i) la “falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso”, implica el desconocimiento del derecho fundamental a ser juzgado de conformidad con la “ley penal preexistente al caso que se imputa”; ii) el “desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de las garantías debidas a las partes”, conlleva el agravio al derecho fundamental al “debido proceso penal”; iii) el “manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”, presupone la vulneración de la garantía de legalidad de la prueba y del interés jurídico de presunción de inocencia. Y con relación a la causal iv) de la mencionada preceptiva re-



ferida a “cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil”, no debe entenderse en el sentido de que la víctima constituida en parte civil sólo pueda recurrir en casación el fallo para reclamar sobre esos puntuales aspectos pues ella al interior del proceso penal es titular de los derechos constitucionales y fundamentales de verdad, justicia y reparación, los cuales también pueden ser vulnerados en su esencia, *vr. gr.*, mediante falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma constitucional o legal llamada a regular el caso.

Definida la causal, el recurso se interpondrá ante el tribunal dentro de un término común de sesenta (60) días siguientes a la última notificación de la sentencia, mediante demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos.

Vencido el término para interponer el recurso, la demanda se remitirá junto con los antecedentes necesarios a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que decida dentro de los treinta (30) días siguientes sobre la admisión de la demanda.

No será admitida, por auto debidamente motivado presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público, la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos:

- Si el demandante carece de interés,



- Prescinde de señalar la causal,

Para el efecto, se fijará fecha para la audiencia de sustentación que se celebrará dentro de los treinta (30) días siguientes, a la que podrán concurrir los no recurrentes para ejercer su derecho de contradicción dentro de los límites de la demanda.

Cuando la Corte aceptare como demostrada alguna de las causales propuestas, indica la ley procesal penal en su artículo 185 que se dictará el fallo, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la audiencia de sustentación, contra el cual no procede ningún recurso, salvo la de revisión.

La Corte está facultada para señalar en qué estado queda el proceso en el caso de determinar que este pueda recuperar alguna vigencia. En caso contrario, procederá a dictar el fallo que corresponda.

Cuando la Corte adopte el fallo, dentro del mismo lapso o a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, citará a audiencia para lectura de la resolución.

A juicio de la Sala, por razones de unificación de la jurisprudencia, podrán acumularse para ser decididas en un mismo fallo, varias demandas presentadas contra diversas sentencias. Además, la decisión del recurso de casación se extenderá a los no recurrentes en cuanto les sea favorable, artículo 187 de la Ley 906 de 2004. Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal, el Ministerio Público, la víctima o su representante, cuando tuviere interés, la hubieren demandado.



Proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años.

Durante el trámite del recurso extraordinario de casación lo referente a la libertad y demás asuntos que no estén vinculados con la impugnación, serán de la exclusiva competencia del juez de primera instancia.

Por último, el Código Procesal Penal contempla que, por razones de interés general, la Corte, en decisión mayoritaria de la Sala, podrá anticipar los turnos para convocar a la audiencia de sustentación y decisión (artículo 191 Ley 906 de 2004).

En conclusión, según Reyes (2006):

El proceso penal, en cuanto el recurso extraordinario de casación, cumpliendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza “a todas las personas por igual una efectiva protección judicial para el ejercicio de sus derechos, así como a “un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes” a fin de que las amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, lo que implica que siendo las víctimas del delito titulares por disposiciones Convencionales y Constitucionales de derechos fundamentales de justicia, verdad y reparación, cuando quiera que estos sean vulnerados por la decisión judicial de segunda instancia, procede de conformidad con el artículo 181 del Estatuto Procesal Penal, el recurso de casación como medio para



hacer efectivas las garantías constitucionales y la prevalencia del derecho sustancial.

Marco metodológico.

La presente investigación se ubica en el modelo analítico jurídico, porque tiene por objeto un fenómeno jurídico complejo y sus finalidades sociales.

En ella se considera el recurso de casación como un producto de las necesidades concretas en la aplicación del derecho, así se somete a un análisis crítico, específicamente en la transformación paulatina que sufre con la constitucionalización de las formas jurídicas.

Con base en la adopción de la metodología cualitativa, como corresponde en un trabajo teórico descriptivo-analítico, se procedió a realizar un estudio documental, se hizo una exploración en el ámbito normativo, constitucional y legal, respecto de la casación.

Para complementar el estudio analítico documental, se adelantó un estudio hermenéutico respecto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Análisis de los resultados.

En Colombia, la Casación tradicionalmente había sido regulada en el ordenamiento jurídico como un recurso extraordinario, rígido, conceptualmente estático y con un casi abrumador formalismo. En el proceso penal, desde la adopción de la Ley n.º 906 de 2004, la casación se convierte en un recurso para la protección directa de las garantías fundamentales y no tanto para la revisión del ordenamiento jurídico. E igualmente, el proceso civil con la Ley n.º 1564 de 2012, adopta esta tendencia garantista, algo no común en los ordenamientos jurídicos



de tradición Civil Law.

Conclusiones.

Colombia ha sido uno de los países latinoamericanos donde han tenido mayor incidencia las tendencias de la constitucionalización del derecho y el garantismo, como parte integradora del ordenamiento jurídico.

En este sentido, introdujo reformas en el recurso extraordinario de casación, en la ley procesal penal desde 2004 y en la ley procesal civil en 2012. Mediante ellas, se da una nueva visión al recurso de casación, se le da un entorno más contemporáneo y actual al medio de impugnación, lo cual probablemente pueda en el mediano plazo, superar los dos problemas más profundos de la casación, los cuales son:

En lo jurídico, la uniformidad de la jurisprudencia. Sostiene Taruffo (2005, pág 48), que “por los altos costos y la larga duración del proceso, hay una incapacidad de la Casación de conseguir su fin institucional. Más allá de la cuestión de si la uniformidad de la jurisprudencia es oportuna o teóricamente posible, se observa que, de cualquier modo, la Casación no la garantiza”. Bajo este aspecto, se deberán redoblar esfuerzos para que la protección de los derechos fundamentales que realiza la Corte Constitucional de Colombia no choque con algunos criterios que puedan surgir en la Corte Suprema de Justicia con el recurso de Casación. Si esta coherencia no se logra, no existe ninguna particular razón para preferir el sistema de Casación, porque iguales eficacias de precedente tendrían los pronunciamientos en los recursos de revisión.

En cuanto al problema político, que implica la contención de sistemas anti-democráticos. Como expone Taruffo (2005, pág. 49) “el desencuentro entre las



alternativas de Casación y la tercera instancia, se genera más (...) en las diversas ideologías del Poder Judicial. La afirmación según la cual la casación sería un instituto democrático, destinado a la tutela de las libertades es decididamente rechazada sobre la base de la experiencia que muestra que la presencia de la Corte de Casación en el vértice del ordenamiento, en absoluto ha impedido que diversos regímenes políticos sean autoritarios y antidemocráticos”

Esta perspectiva garantista, podría o no, fortalecer de alguna manera la igualdad de los ciudadanos y su efectiva protección aún en contra del poder político imperante.

La evolución de la casación, desde un recurso que propicia la unificación de la jurisprudencia, a uno que condensa la protección amplia de las garantías y derechos constitucionales, puede ser además a mediano plazo, una buena salida para los múltiples problemas de falta de eficacia y de exceso de rigidez del recurso; no obstante, la otra reflexión que queda para Colombia es cuál de las dos Cortes debe ceder su espacio, pues de manera evidente se ve una confluencia de actividades. La Corte Constitucional, que se ha erigido como garante máxima de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales o la Corte Suprema de Justicia, que desde sus orígenes se ha comportado como el órgano de cierre de las relaciones jurídicas entrabadas en un proceso judicial.

Este es un problema jurídico que espera respuesta, pues de lo contrario Colombia seguirá con una base de jueces de conocimiento que se comportan en cuanto a las acciones constitucionales como jueces de control y garantía de los derechos fundamentales y unas Cortes Supremas, enfocadas en la protección de ellos, como órganos del vértice de la pirámide judicial.



Nada claro, excesivamente farragoso y por qué no, excesivamente costoso para un presupuesto nacional. Parece, como se manifestó al inicio de esta reflexión, que la relatividad de Einstein, no solamente se aplica a las leyes de la física, sino también a las leyes del ordenamiento jurídico, también permeables a las tendencias cuánticas.

Referencias

- Azula, Jaime. Manual de Derecho Procesal Civil. Bogotá, Editorial Temis, 1994.
- López, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Bogotá, Editorial ABC, 1993.
- Ramírez bastidas, Yesid. Presidente Corte Suprema de Justicia, Intervención en el marco de la celebración de los 70 años de creación de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín 7 de sept. 2006
- Taruffo; Michele. El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil. Lima, Palestra Editores, 2005.
- Corte Constitucional Sentencia C-880 de 2014, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional sentencia C-590 de 2005, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita Barón
- Ley n.º 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal colombiano
- Ley n.º 400 de 1970
- Ley n.º 1564 de 2012 Código General del Proceso
- Decreto n.º 1736 de 2012





Artículo original

Funciones y disfunciones del Proceso Penal Paraguayo. Etapa Intermedia **Functions and dysfunctions of the Paraguayan Criminal Procedure** **Intermediate Stage**

Tembiaporākatu ha tembiaporākatu'ỹ Proceso Penal Paraguayo rehegua. **Etapa Intermedia**

*María Carolina Llanes Ocampos**

Instituto de Previsión Social – Paraguay

Recibido: 27.07.16 Aceptado: 05.10.16

Resumen

El presente trabajo ha sido abordado a partir de la praxis judicial de los operadores del sistema, en contraste con la normativa legal vigente: Constitución Nacional y Código Procesal Penal, desde una perspectiva crítica a una fase procesal que es la etapa intermedia. En ese sentido se han descripto las disfunciones generadas por la actividad procesal defectuosa, señalando que han ocasionado la desvirtuación de los principios político-procesales que rigen al modelo acusatorio vigente, causando distorsiones y retrocesos, antes que avances en su implementación. Situación que se considera un motivo para levantar la voz de alerta –desde el ámbito académico– y a la luz de lo legislado, exhortar a los operadores a reencauzar rumbos y rectificar errores, releyendo el Código Procesal Penal, de mane-

* Asesora principal de la Presidencia del Instituto de Previsión Social – IPS. Asunción, Paraguay. Email. mcllanes@ips.gov.py.

Egresada de la Universidad Nacional de Asunción (1988), Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Asunción (2005), Docente universitaria y de Postgrado. Autora del Manual para Fiscales Penales (2000). Autora de la Guía de Procedimientos Penales (2002). Asesora del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (2012/2013). Cargo Actual Asesora principal de la Presidencia del Instituto de Previsión Social-IPS, Paraguay, Asunción.



ra integral y aplicando correctamente sus disposiciones. En ese sentido, las premisas como la inmediación y la oralidad deben aplicarse en determinadas etapas y actuaciones, los operadores no pueden alterar arbitrariamente dicha modalidad, efectuando los actos procesales de manera escrita y diferida. Dichos principios son corolarios del principio republicano de publicidad, que los operadores abusivamente desacatan con estas modificaciones arbitrarias.

Abstract

The present work has been approached from the judicial praxis of the system operators, in contrast to the current legal regulations: National Constitution and Criminal Procedure Code, from a critical perspective to a procedural phase that is the intermediate stage. In this sense, the dysfunctions generated by defective procedural activity have been described, indicating that they have led to the distortion of the political-procedural principles that govern the current adversarial model, causing distortions and setbacks, rather than progress in its implementation. Situation that is considered a reason to raise the alert voice - from the academic scope - and in the light of the legislated, to exhort to the operators to redirect courses and to rectify mistakes, rereading the Code of Criminal Procedure in a comprehensive way and applying its provisions correctly. In this sense, premises such as immediacy and orality must be applied in certain stages and actions; operators could not arbitrarily alter this modality, performing procedural acts in a written and deferred manner. These principles are corollaries of the republican principle of publicity, which operators abusively disagree with these arbitrary modifications.



Ñembyapu'a

Umi tapicha operador omo'akãva Praxis Judicial rembiapo ári ojejapo ko jehaipy, ojo'avýre ñe'ëteko ojeiporúva ko'ãga ndive. Constitucion Nacional ha Código Procesal Penal, peteĩ ma'ẽ pypuku rupive ojehechakuaa hendapè'ỹme oĩva pe Fase Procesal hérava hína Etapa Intermedia. Upe tembiapo rehehápe ojehai ha ojehechakuaa pe jo'avý omoñepyrũva tembiapo Actividad Procesal hekope'ỹ. Omyesakã upéicha rupi oñembyaiha pe Político-Procesal pyenda ombohapéva pe Modelo Acusatorio ojeiporúva ko'ãga. Ombyaíre ha ombotapykueve rupi, ikatu rangue kuri; oñemombarete ha oñemotenondeve. Pévare oñemopu'ã ñe'ẽ ha oñeñanduka maymavave jehekombo'e jere guive. ha ñande rekorã jehaipy resakãme, onambipoka ha oikutu kutu tapicha operador kuéra oguata karẽvape, oguata jey haguã tape potĩre ha omyatyrõ haguã hembiapo. Omoñe'ẽ jeýre Código Procesal Penal iñepyrumby guive ipahaite peve, oiporu haguã hekopete umi he'iva ipype. Upéicharõ umi tembiapo ha'e háicha hína pe intermediacion ha pe oralidad ojeiporu ha oñemohenda va'erã ñekotevẽ jave hendapete, he'i háicha Código Procesal Penal, tapicha kuéra operadores omoakãva tembiapo ndaikatúi omohenda vai térã ombojoavy ko'ãva ýrõ katu omoambue ha ojapo ojapose háicha.

Palabras claves: oralidad, intermediación, continuidad, plazos razonables, soluciones alternativas al juicio, control de calidad de la acusación, celeridad procesal.

Key words: orality, immediacy, continuity, reasonable deadlines, alternative solutions to the trial, quality control of the prosecution, procedural speed.

Ñe'ẽ tee: ñe'ẽ rupive, temiandu katu, ohóva hese hína, arapypegua, ñemyatyrõmby ñembohovake mboyve, control de calidad de la acusación, ñembogua-ta pya'e



Funciones y disfunciones del Proceso Penal Paraguay

Habiendo transcurrido más de dieciséis años de la puesta en vigencia del nuevo sistema procesal penal, más que avances, se han producido extravíos y regresiones en su aplicación, generándose diversas aberraciones jurídicas que —prácticamente— se han naturalizado en la práctica forense, dando lugar a precedentes jurisprudenciales perniciosos para el derecho vigente y la seguridad jurídica. Todo lo cual obliga a levantar la voz de alerta —desde el ámbito académico— y a la luz de lo legislado, exhortar a los operadores a reencauzar rumbos y rectificar errores, relejendo el Código Procesal Penal, en adelante C.P.P. de manera integral y aplicando correctamente sus disposiciones.

En este contexto se observa una permanente desvirtuación del Sistema Acusatorio, pervirtiendo principios como la oralidad, inmediación, continuidad, economía, a lo cual se suma una manipulación perversa de los institutos procesales, como el régimen de la acción y sus diversos modos de ejercicio, la competencia de los jueces y tribunales respecto al control de garantías y la regularidad del litigio, el manejo arbitrario de las medidas cautelares y la actividad probatoria, el régimen de las nulidades, la distorsión de las etapas procesales, sus fines y funciones; y la deformación del régimen recursivo y de la ejecución penal inclusive.

Cabe recordar que los principios procesales son premisas fundamentales del sistema. Son pilares que sostienen la estructura normativa constituyendo la plataforma obligatoria sobre la cual deben interpretarse las normas, construirse los conceptos y los argumentos jurídicos, que sustentarán los requerimientos de las partes y las decisiones judiciales.

En ese sentido, si el Código establece —verbigracia— que las premisas o



reglas como la inmediación y la oralidad deben aplicarse en determinadas etapas y actuaciones, los operadores no pueden alterar arbitrariamente dicha modalidad, efectuando los actos procesales de manera escrita y diferida. Dichos principios son corolarios del principio republicano de publicidad, que los operadores abusivamente desacatan con estas modificaciones arbitrarias.

De igual manera, en virtud de la discrecionalidad, incorporada como reverso del principio de legalidad procesal, si la consigna es la aplicación racional de los mecanismos de conclusión alternativa del proceso penal, dicha ambivalencia y la racionalidad, necesariamente deben constituir la base sobre la que se erigirán las soluciones procesales.

En la mayoría de los casos, los operadores se enfocan sólo al anverso (legalidad) y no al reverso (discrecionalidad), desvirtuando esta singularidad del sistema que impone descartar primero las soluciones alternativas, antes de encarar la persecución penal, hasta sus últimas consecuencias, la aplicación de la sanción.

En mayor o menor medida, similares deducciones erradas se extienden a los demás institutos procesales al momento de su aplicación, causando severas distorsiones del sistema acusatorio y, por ende, graves retrocesos y deficientes resultados en la administración de justicia penal.

Uno de los espacios procesales donde se visibilizan gran parte de estas distorsiones es la etapa intermedia; creada por el legislador para hacer una parada estratégica dentro del proceso, a fin de examinar las actuaciones, depurar los vicios y adoptar las decisiones más útiles para el conflicto y más eficientes para el sistema.



La etapa intermedia es una fase del procedimiento ordinario, que precede al Juicio, constituida por una serie de actos procesales, cuyo objetivo es la corrección o saneamiento formal y sustancial de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación. Es un mecanismo concreto para evitar o restringir la utilización de los recursos de apelación durante la etapa preparatoria (control horizontal), que permite salvar el principio de progresividad del proceso penal. Es un mecanismo para evitar demoras durante la investigación (utilización racional del tiempo). Es un mecanismo para definir anticipadamente el conflicto.

En la praxis, sin embargo, se observan disfunciones diversas como:

- No hay un verdadero control de los actos conclusivos.
- No se sanean ni eliminan los vicios procesales.
- No se promueven efectivamente, las soluciones alternativas.
- No se desarrolla la capacidad de negociación.
- No hay un control real de garantías.
- Se envían a juicio procesos malogrados desde el inicio.
- Se convalidan vicios graves invaliables.

La etapa intermedia, así como se desarrolla actualmente, no cumple los objetivos políticos procesales para los que fue creada.

En efecto, atendiendo que dicha fase procesal se funda en la idea de que los juicios orales deben ser preparados con responsabilidad y solo se debe llegar a ellos cuando haya mérito para aplicar efectivamente la ley penal.



Por lo que en ella se deben depurar, filtrar, pasar en limpio los actos realizados en la etapa preparatoria, de manera que se cuente con una síntesis del caso sin vicios de ningún tipo, que permita solucionar el conflicto o bien encaminar la solución hacia el juicio oral.

Por ello es necesario que los operadores (abogados, y magistrados) se rijan estrictamente por los lineamientos político-procesales de la normativa establecida y los que en virtud de ellas defina la Fiscalía General del Estado, a través de sus instructivos generales, a fin de efectivizar cabalmente las finalidades del sistema.

Distorsiones en el ejercicio de Acción Penal Pública

Tal como se indicaba en la introducción, es fundamental que los operadores encaren racionalmente cada caso, desde el inicio mismo del proceso penal empezando por el ejercicio de la acción penal¹, que está diseñada en ese sentido y que se despliega durante el transcurso de todas las etapas procesales.

Dicha actividad se halla regida por lo establecido en los arts. 14 al 26 del C.P.P. La imperatividad consignada en el art. 15² debe ser armonizada con la discrecionalidad³ legal prevista en los arts. 18, 19, 21, 25, 26 y concordantes; así como los arts. 301, 305, 307, 308, 310 y 311 del C.P.P.

1 Artículo 14°.- ACCIÓN PENAL. La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este código concede a la víctima. El ejercicio de la acción penal pública dependerá de instancia de parte, sólo en aquellos casos previstos expresamente en el código penal o en las leyes especiales.

2 Artículo 15°.- ACCIÓN PÚBLICA. Los hechos punibles serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público, según lo establecido en este código y en las leyes.

3 Artículo 18°.- LEGALIDAD. El Ministerio Público estará obligado a promover la acción penal pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, siempre que haya suficientes indicios fácticos de la existencia de los mismos. Cuando sean admisibles, se aplicarán los criterios de oportunidad establecidos en este código.



Esta normativa determina la posibilidad de dosificar el ejercicio de la acción según los diversos criterios doctrinales y legales (bagatela, insignificancia, reparación económica, reinserción social, saturación de penas, extinción, etc.) a los cuales deben agregarse los lineamientos de política criminal, trazados por la Fiscalía General del Estado con respecto al ejercicio de la acción penal. De esta manera se racionaliza la frecuencia e intensidad de la persecución penal, impulsándola hasta el juicio oral solamente en casos graves y aquellos que interesen a la sociedad. Los demás procesos deben pasar por el tamiz de las mencionadas herramientas. Se observa una insuficiente y a veces nula utilización de estos institutos, por parte de los operadores en general; o lo que resulta aún peor, una aviesa tergiversación de ellos a situaciones que no corresponden legalmente.

En este contexto es prioritario el análisis del art. 301 y concordantes del C.P.P. que establece un orden de prelación en la formulación de los requerimientos fiscales, empezando por el primer aspecto que debe ser examinado antes de iniciar la persecución penal, el hecho según la estructura de la teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad, reprochabilidad y punibilidad), puede efectuarse el siguiente paso (arts. 301 inciso 1º y 305 o 302 del C.P.P.); para luego solicitar la desestimación de las actuaciones, la formulación de cualquier otro requerimiento o la imputación. Esto es clave para la organización del trabajo de la Fiscalía y del Poder Judicial y para el resultado de la causa, inclusive; pues confluyen en esta normativa los principios de legalidad y discrecionalidad que gobiernan el ejercicio de la acción penal pública.

El art. 301 del C.P.P. establece un orden lógico, dentro del cual debe abordarse cada denuncia, querella o actuación policial y formularse, en consecuencia,



el requerimiento fiscal que resulte adecuado o conveniente a la situación.

En efecto, el inciso 1° exige un examen formal (vigencia de la acción, existencia de obstáculo legal) y sustancial (existencia del hecho o participación) antes que cualquier otra verificación. Si bien este es un requerimiento propio de la etapa preparatoria, y en este trabajo se ha decidido circunscribirse a las disfunciones de la etapa intermedia, no se puede dejar de mencionarlo, tratándose del primer requerimiento que debe considerar el fiscal al recibir cualquier acto inicial del procedimiento.

Otro de los aspectos que se entiende riñe con el ejercicio de la acción penal pública tal como ha sido concebida, es la intervención del Ministerio Público de manera espuria, en hechos punibles de acción privada. Formulando requerimientos propios y exclusivos de hechos de acción penal pública, sin legitimación alguna; como la desestimación para hechos de acción penal privada. De esta manera fuerza al órgano jurisdiccional a actuar —sin ser competente— en el análisis y decisión respecto a delitos concebidos por el legislador dentro de la esfera privada.

La desestimación es un acto procesal de naturaleza requirente en virtud del cual ante la ausencia de presupuestos o existencia de obstáculos legales el Ministerio Público prescinde del ejercicio positivo de la acción. Es decir, ante dichas circunstancias legales, decide no actuar, aunque tenga acción y legitimación para hacerlo.

Conforme al diseño procesal, son dos caras de la misma moneda; porque al solicitar la desestimación, el Ministerio Público ejerce igualmente la acción penal pública, aunque en sentido negativo (ejercicio negativo de la acción). Pues



para arribar a esa conclusión, necesariamente debe adentrarse al análisis sustancial de la situación y ello sólo es factible cuando el que lo hace, posee la acción legal, por lo tanto, está habilitado para ser parte procesal (legitimación).

Por todo ello se entiende que el Ministerio Público no puede formular válidamente requerimientos conclusivos (desestimación de una denuncia, querella o intervención policial) con respecto a hechos en los que carece de acción, de legitimación (delitos de acción penal privada); aunque nadie lo cuestione. Porque su deber es actuar “velando por la correcta aplicación de la ley”⁴ (art. 54 C.P.P.); no provocando y propiciando su quebrantamiento, movilizándolo a toda la estructura jurisdiccional para entender en causas, en las que no son competentes.

Entonces la Fiscalía debería apartarse de aquellos casos de acción penal privada que se presentan ante debe alegar ausencia de acción y de legitimación activa y recomendar que acudan los recurrentes ante los órganos competentes.

En estos casos, los jueces de garantías cuya competencia legal es exclusiva para hechos punibles de acción pública deberían declararse incompetentes.

Actuaciones procesales propias de la Etapa Intermedia. Distorsiones.

Con la presentación de los actos conclusivos y la puesta a disposición de las actuaciones y evidencias reunidas durante la investigación prevista en el art. 352⁵ del C.P.P. se inicia la etapa intermedia y con ella la obligación de habilitar

4 Artículo 54.- OBJETIVIDAD. El Ministerio Público regirá su actuación por un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley y tomando en consideración los elementos de cargo y de descargo en relación al imputado.

5 Artículo 352.- AUDIENCIA PRELIMINAR. Presentada la acusación o las otras solicitudes del Ministerio Público y del querellante, el juez notificará a las partes y pondrá a su disposición las actuaciones y las evidencias reunidas durante la investigación, para que puedan examinarlas en el plazo común de cinco días. En la misma resolución convocará a las partes a una audiencia oral y pública, que deberá realizarse dentro



efectivamente dicha etapa de examen.

En realidad, no se halla suficientemente instalada en la praxis, como exige la ley y, las partes desperdician el plazo de cinco días y no realizan el análisis cabal de las actuaciones, no presentan dentro del mismo plazo los planteamientos que se desarrollarán en la audiencia.

Esta situación da lugar a postergaciones indebidas de la audiencia preliminar, que contribuyen en gran medida, a su desnaturalización. Con esta distorsión empiezan las dificultades de esta etapa procesal.

La fijación de la audiencia dentro de los plazos legales (10 a 20 días) es otra quimera difícil de alcanzar, que aniquila toda posibilidad de celeridad entre una y otra etapa, por lo que se producen postergaciones indefinidas, que retrasan el proceso en su totalidad.

Y como si no fuera suficiente en ese intervalo entre las diversas fijaciones de audiencias y realización efectiva, las partes presentan planteamientos escritos que son tratados fuera del espacio procesal establecido para ello, cual es la audiencia preliminar, con lo que se desnaturaliza completamente esta etapa procesal, de vital importancia para la correcta realización de la siguiente etapa de juicio oral y público.

Los operadores todos deben saber que cuando el C.P.P. establece la oralidad e inmediación, como modalidad procesal, ellos no pueden modificarla arbitrariamente, convirtiendo la actuación o la etapa en escrita y carente de in-

de un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte días.



mediación, acarreando vicios y nulidades. La aplicación de los principios no es facultativa, sino imperativa y obligatoria.

El legislador ha establecido oralizar actuaciones relevantes del proceso, como las referentes a aplicación de medidas cautelares, aplicación de mecanismos de conclusión anticipada del proceso, la etapa intermedia, la etapa del juicio oral propiamente dicho y las audiencias de fundamentación de pruebas en otras instancias.

En este contexto, cabe destacar que el trámite del recurso de reposición presenta la modalidad oral sólo cuando se plantean durante las audiencias orales; por lo que fuera de estos casos, la regla es que el trámite sea escrito. Se hace esta aclaración porque es corriente observar que los jueces le dan trámite oral a las reposiciones que se plantean fuera de las audiencias y trámite escrito a actos procesales de relevancia, como la audiencia preliminar, a la que no asisten, dejando el desarrollo a cargo de un funcionario sin competencia ni responsabilidad.

Nunca funcionará la etapa intermedia ni se cumplirá su finalidad política procesal, si el órgano jurisdiccional competente encargado de realizarla y resolverla delega su poder, no asistiendo a la audiencia preliminar ni efectuando el verdadero control de calidad de los actos conclusivos de la etapa preparatoria. Por lo que antes que buscar su eliminación del ordenamiento, deberían decidirse a cumplir sus reglas y probar su conveniencia político procesal para el sistema.

Conforme al diseño legal, previsto en el art. 353 del C.P.P., las partes tienen la facultad de proponer diversos planteamientos procesales, conforme el caso y la estrategia trazada para intervenir. Por lo que las funciones principales son



el control formal y sustancial de los resultados de la investigación, la depuración del proceso de vicios adquiridos durante la investigación (sanear, convalidar o anular) para evitar que estos se trasladen al juicio; la verificación del mérito de la acusación y los medios de pruebas ofrecidos (calidad), a los efectos de dictar la apertura a juicio o aplicar soluciones alternativas al juicio oral.

Siendo la acusación un acto de procesal de gran relevancia para el sistema, la prioridad en esta audiencia es su presentación sintética –de manera oral– en presencia del juez de garantías a fin de que proceda al traslado respectivo a la adversa y esta pueda indicar –oralmente– los vicios y objeciones¹, formulando los planteamientos que correspondan (Incidentes de nulidad, sobreseimiento definitivo, provisional, excepciones, otros incidentes, etc.) a fin de que el juez pueda resolverlos en la misma audiencia, tal como lo establece el art. 356² del C.P.P.

¹ Ejemplos:

Objeciones formales: Datos del acusado, falta de acreditación de medios de pruebas, etc.

Objeciones sustanciales: Ausencia del relato fáctico, incongruencia entre el hecho punible y la calificación, falta o insuficiencia de pruebas.

2 Art. 356.- RESOLUCIÓN. Inmediatamente de finalizada la audiencia, el juez resolverá todas las cuestiones planteadas y, en su caso:

- 1) admitirá, total o parcialmente, la acusación del Ministerio Público y del querellante, y ordenará la apertura a juicio;
- 2) ordenará la corrección de los vicios formales de la acusación del Ministerio Público y la del querellante;
- 3) resolverá las excepciones planteadas;
- 4) Sombrerera definitiva o provisionalmente, según el caso;
- 5) Suspenderá condicionalmente el procedimiento o aplicará criterios de oportunidad, resolviendo lo que corresponda;
- 6) Ratificará, revocará, sustituirá o impondrá medidas cautelares;
- 7) Ordenará el anticipo jurisdiccional de prueba, conforme a lo previsto en este código;
- 8) Sentenciará según el procedimiento abreviado;
- 9) Aprobará los acuerdos a los que hayan llegado las partes, respecto a la reparación civil y ordenará todo lo necesario para ejecutar lo acordado;
- 10) Admitirá o rechazará la prueba ofrecida para el juicio. Podrá ordenar prueba de oficio sólo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas; y,
- 11) Ordenará la separación o la acumulación de los juicios.

La lectura pública de la resolución servirá de suficiente y debida notificación.



Este es un momento trascendental, pues de su correcto desarrollo podrá realizarse un acabado control de la acusación (formal y sustancial). Es significativo destacar que más allá de que la etapa intermedia no se aboca a cuestiones de fondo, si se plantean incidentes de nulidad o de sobreseimiento fundados, que conlleven la conclusión definitiva del proceso, el juez no debe derivarlos directamente al juicio, eludiendo su obligación de tratarlos y resolverlos según el caso, por ejemplo, si concurren aspectos relacionados a la perentoriedad del plazo o de la etapa, nulidades inevitables relacionadas a elementos probatorios decisivos sobre la existencia del hecho o la participación.

De lo contrario se trasladarán al juicio vicios que debieron haberse eliminado o saneado en la audiencia preliminar, perturbando de manera innecesaria la finalidad de la etapa de juicio. En el mismo sentido las excepciones previstas en el art. 329 del C.P.P. deberían ser tratadas y resueltas en dicha audiencia o antes inclusive, ya que pueden ser planteadas desde el inicio mismo del proceso; siempre que concurren los presupuestos.

Al plantear las objeciones e incidencias y si estas son contundentes, la defensa técnica debe solicitar dentro del sobreseimiento definitivo. En el caso del sobreseimiento provisional, no basta que existan diligencias pendientes, además, estas deben ser relevantes para la determinación de los presupuestos de la acusación, debiendo indicarlos en forma precisa.

Por su parte el juez podría planificar la audiencia recibiendo por su orden los planteamientos, siguiendo el esquema del art. 353³. O, en su defecto, orde-

3 Artículo 353.- FACULTADES Y DEBERES DE LAS PARTES. Dentro del plazo previsto en el artículo anterior, las partes podrán manifestar, por escrito, lo siguiente:



nar la audiencia por temas, primero los requerimientos conclusivos del proceso (conciliación, oportunidad, suspensión condicional, abreviado), el tratamiento de los vicios, saneamiento y nulidades; y por último la acusación, calificación y ofrecimiento de medios de prueba, anticipos, declaración del acusado y medidas cautelares en su caso. Es importante recordar que este es un espacio vital para el proceso, pues de su correcto desarrollo dependerá alcanzar la solución definitiva del conflicto o la posibilidad de remitir al juicio oral un caso depurado, para su juzgamiento sin obstáculos.

Con respecto a la acusación y su tratamiento, el juez debería ocuparse de que los acusadores respondan: ¿Qué pasó, ¿quién lo hizo, ¿cómo?, ¿cuándo dónde y por qué?, en su caso, de manera que se cuente con todos los elementos indispensables del relato de los hechos, que le permita encuadrar la conducta en la normativa invocada o la que él considere adecuada; ya que en esta audiencia, el juez puede corregir errores en la calificación jurídica.

-
- 1) Señalar los vicios formales o el incumplimiento de aspectos formales de la acusación;
 - 2) Objetar la solicitud de sobreseimiento, sobre la base de defectos formales o substanciales;
 - 3) oponer las excepciones previstas en este Código, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos;
 - 4) solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional;
 - 5) proponer la aplicación de un criterio de oportunidad. El imputado sólo podrá proponerlo cuando alegue que se ha aplicado a casos análogos al suyo y siempre que demuestre esa circunstancia;
 - 6) solicitar la suspensión condicional del procedimiento;
 - 7) solicitar la imposición o revocación de una medida cautelar;
 - 8) solicitar el anticipo jurisdiccional de prueba;
 - 9) proponer la aplicación del procedimiento abreviado conforme a lo previsto en el Libro Segundo;
 - 10) proponer la conciliación;
 - 11) plantear cualquier otra cuestión incidental que permita una mejor preparación del juicio; y,
 - 12) el imputado y su defensor deberán proponer la prueba que producirán en el juicio.
- Dentro del mismo plazo las partes deberán ofrecer los medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar. El juez velará especialmente que en la audiencia preliminar no se pretenda resolver cuestiones que son propias del juicio oral y público. El secretario dispondrá todo lo necesario para la organización y desarrollo de la audiencia, y la producción de la prueba.



Una tarea crucial para el juicio, y que frecuentemente es omitida por los jueces de garantías, es la verificación de la pertinencia, utilidad y legalidad de cada uno de los medios de pruebas ofrecidos por las partes, tal como lo prevén los arts. 173 y 174 del C.P.P.. Lo cual genera que remitan al juicio oral una lista enorme y ociosa de medios de pruebas pasadas sin ningún control de las partes ni del juez en la audiencia preliminar; soslayando su función depurativa. Ello congestiona innecesariamente el juicio, entorpeciendo el dinamismo y claridad que debe tener dicha etapa, como única y última oportunidad procesal para llegar a la verdad sobre los hechos, tal como lo exige el art. 172 del C.P.P.

En la audiencia preliminar el juez debe tener claro el hecho y sus circunstancias, de manera a saber identificar correctamente, la pertinencia, utilidad y legalidad (criterios legales)⁴ que deben concurrir para admitir cada medio de prueba y lograr así, dictar un auto de apertura que responda sintéticamente a cada uno de los presupuestos exigidos por el art. 363⁵ del C.P.P. y al raciocinio

4 Examen de Admisibilidad o test de calidad de la información obtenida durante la investigación.

Principios rectores:

Libertad probatoria: ¿Es pertinente, es útil para el alcanzar la verdad?

Exclusiones probatorias: Es eficaz?

5 Artículo 363.- AUTO DE APERTURA A JUICIO. La resolución por la cual el juez decide admitir la acusación del Ministerio Público y del querellante, en su caso, y abrir el procedimiento a juicio oral y público, contendrá:

- 1) La admisión de la acusación, con la descripción precisa del hecho objeto del juicio y de los procesados acusados;
- 2) Las modificaciones introducidas al admitir la acusación, con la indicación detallada de las circunstancias de hecho extraídas o agregadas;
- 3) Cuando la acusación ha sido interpuesta por varios hechos y el juez sólo la admite parcialmente, determinará con precisión los hechos por los que abre a juicio y la resolución de lo que corresponda respecto de los otros hechos;
- 4) Las modificaciones en la calificación jurídica del hecho punible, cuando se aparte de la acusación;
- 5) La identificación final de las partes admitidas;
- 6) La procedencia o rechazo de las medidas cautelares o su sustitución, disponiendo en su caso, la libertad del imputado.
- 7) La intimación a todas las partes, para que, en el plazo común de cinco días, concurran ante el tribunal de



del juez y no un mosaico amorfo e incoherente de planteamientos suministrados electrónicamente por las partes que terminan indefectiblemente embarrando y malogrando el proceso.

Con respecto a las medidas de mejor proveer, previstas en el inciso 10° del art. 356 del C.P.P., resulta claro que procederán en el ámbito probatorio, para contrarrestar la negligencia de las partes, únicamente cuando ella sea evidente; y la omisión se refiera a actuaciones ya realizadas. Fuera de estos casos se entenderá que el juez se limitará a recibir los medios de pruebas ofrecidos, examinándolos según los criterios legales y disponiendo su admisión o rechazo según el caso. De todo lo cual se desprende que de ninguna manera las medidas de mejor proveer, se aplicarán para suplir a las partes.

Durante esta fase, el control jurisdiccional sobre el agotamiento del principio acusatorio está plasmado en el art. 358⁶ del C.P.P., que establece diversas situaciones: Cuando el fiscal no acusa directamente, cuando pide sobreseimiento u otro requerimiento alternativo al juicio y cuando habiendo acusado no sostiene su acusación o la retira en audiencia.

En todos estos casos, si el juez considera la conveniencia de la acusación, deberá decretar un cuarto intermedio de la audiencia, disponer un traslado por tres días⁷ y remitir las actuaciones a la Fiscalía General del Estado, para que se

sentencia, se presenten y fijen domicilio procesal; y,

8) La orden de remitir las actuaciones al tribunal de sentencia competente.

6 Artículo 358.- FALTA DE ACUSACIÓN. Cuando el Ministerio Público no haya acusado y el juez considere admisible la apertura a juicio, ordenará que se remitan las actuaciones al Fiscal General del Estado para que acuse o ratifique el pronunciamiento del fiscal inferior. En este último caso, el juez resolverá conforme al pedido del Ministerio Público. En ningún caso el juez podrá decretar el auto de apertura a juicio si no existe acusación fiscal.

7 Artículo 164.- TRASLADOS A LAS PARTES. Cuando este código lo disponga, se correrán traslados a



expida sobre la situación dentro de dicho plazo; luego, debe devolver, las actuaciones al juez de garantías, para que prosiga la audiencia preliminar.

Este trámite es común que los juzgados decreten indebidamente, “traslados” por diez días, provocando la interrupción de la audiencia preliminar, que se rige por los mismos principios de inmediación y continuidad del juicio oral. En el art. 358 del C.P.P. no se establece plazo legal para la remisión a la Fiscalía General en los supuestos de falta de acusación, por lo que de conformidad al art. 164, párrafo 3° del mismo cuerpo legal,” Todo traslado que no tenga plazo legal fijado, se considerará otorgado por tres días”.

Según el diseño procesal de la audiencia preliminar, esta ha sido concebida para que su desarrollo y conclusión se efectúe en un solo acto. Es decir, sin mediar plazo alguno entre el desarrollo y la decisión, el juez deberá resolver cada una de las cuestiones formuladas en la audiencia, art 356°.- Resolución. “Inmediatamente de finalizada la audiencia, el juez resolverá todas las cuestiones planteadas y, en su caso”.

Resulta claro, entonces, que la regla es que el juez debe resolver seguida-

las partes, que serán diligenciados por el secretario o por el ujier notificador, según el caso; entregándose al interesado, bajo recibo, las actuaciones en las que se ordenaren o sus copias, a su costa. El secretario o el ujier notificador hará constar la fecha del acto, mediante providencia escrita en el expediente, firmada por él y por el interesado.

Todo traslado que no tenga plazo legal fijado se considerará otorgado por tres días.

Cuando no se encontrare a la persona a la cual se deba correr el traslado la resolución será notificada conforme a lo dispuesto en el artículo 157 de este código.

El término comenzará a correr desde el día hábil siguiente.

El interesado podrá retirar de secretaría el expediente o sus copias, a su costa, por el plazo que faltare para el vencimiento del término.

Vencido el plazo por el cual se corrió el traslado sin que las actuaciones fueran devueltas, previo informe del secretario, se librará orden judicial inmediata al oficial de justicia para que las requiera o las incaute, autorizándolo a allanar domicilios y a hacer uso de la fuerza policial, según el caso. Los traslados serán nulos en los mismos términos que las notificaciones.



mente al último de los planteamientos realizados en la audiencia.

Sin embargo, se ha instaurado en la práctica, diferir la decisión a cinco días o a plazos indefinidos inclusive, vulnerando los principios de inmediación, plazo razonable, derecho a la defensa, igualdad; realizando una interpretación análoga a lo prescripto en el art. 399 del C.P.P., referente al plazo para el dictamiento de la sentencia definitiva dispuesta en la etapa de juicio oral. El cual tampoco constituye una regla, sino una excepción; ya que se aplica sólo cuando suceden situaciones complejas.

En la praxis de los juicios orales la regla es diferir la redacción y lectura del fallo a cinco días de dictado. La interpretación análoga no está permitida en el sistema, salvo cuando sea más favorable al imputado, art. 10 C.P.P..

Al parecer, los operadores confunden la “decisión” con el dictamiento de la “resolución escrita”, que, si bien puede ser materializada con posterioridad a la audiencia, la decisión propiamente dicha, debe ser comunicada de inmediato.

Parece que dicha exigencia legal es de difícil cumplimiento en la realidad; sin embargo, ello sería factible si los jueces no delegaran su poder, estuvieran presentes en la audiencia y se enteraran de lo sucedido en ella. Y si las partes fueran técnicas y concisas en sus planteamientos y éstos se formularán siguiendo el derecho vigente, la lógica del proceso y fundamentalmente, respetando los principios procesales y el objeto de la audiencia preliminar.

Con relación al auto de apertura, cabe destacar que, conforme al diseño procesal, las cuestiones resueltas en la audiencia preliminar, no son factibles de ser examinadas a través del sistema recursivo tradicional (control vertical), pues



se ha instaurado un mecanismo de control horizontal en primera instancia, a través del tribunal de sentencia, quien tiene habilitada una fase incidental, según el art. 382 C.P.P..

Se ha discutido mucho sobre la posibilidad de resolver las cuestiones apelables, en dos autos interlocutorios de manera que se tramiten las apelaciones separadas del auto de apertura, que es irrecurrible según el art. 461 in fine del C.P.P.. Sin embargo, ello podría dar lugar a dilaciones indebidas, que justamente es el problema que se ha tratado de evitar con este diseño legal, preservando la progresividad de las etapas y la utilización racional y no dispendiosa de los plazos.

Asimismo, prácticamente todas las cuestiones tratadas en la audiencia preliminar se hallan intrínsecamente relacionadas con la acusación y sus presupuestos, por lo que mal podría decretarse un auto de apertura a juicio por un lado y disponerse el trámite recursivo por el otro sobre cuestiones entrelazadas, sin incurrir en el riesgo de propiciar resoluciones contradictorias. Todo esto también se evitaría si se aprovechara realmente la audiencia preliminar tal como ha sido diseñada, con todos sus recursos técnicos y procesales.

Conclusión

Conforme a este resumido abordaje, se puede concluir, que la mayoría de los problemas y disfunciones de la etapa intermedia se han generado por diversos factores, entre ellos la incorrecta aplicación de la normativa procesal y un ostensible apartamiento de los objetivos político-procesales de la etapa intermedia, por parte de los operadores y las mismas instituciones que deben regularlos. Todo ello, a través de la permanente tergiversación de los principios y el procedimien-



to; motivados por la manifiesta resistencia de los operadores, a utilizar los nuevos paradigmas de racionalización del proceso penal.

No obstante, también cabe considerar que, a pesar de las marchas y contramarchas, el sistema se dirige hacia la optimización del modelo acusatorio; que dieciséis años, no son suficientes para la plena consolidación pues requiere seguir perfeccionándose en el conocimiento y la técnica, que contribuirán a desarrollar el aprendizaje y la experiencia necesaria, para que la etapa intermedia cumpla con los objetivos para los cuales ha sido creada.

Referencias

Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992

Código Procesal Penal de la República del Paraguay

Código Procesal Penal de la República del Paraguay





Artículo original

Alcances del principio de publicidad en la etapa preparatoria The scope of the publicity principle at the preparatory stage of a criminal investigation

Publicidad pyenda rehegua tembiapo ñepyrũbýpe

*Cynthia Carolina Ortiz Ramírez**

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

Recibido: 01.08.16 Aceptado: 28.10.16

Resumen

El objeto del presente trabajo es exponer acerca del principio de publicidad, que rige en todo el proceso penal, pero más aún analizar las restricciones que el Código Procesal Penal establece durante la etapa preparatoria o investigativa para dicho principio, al considerar además las consecuencias de su aplicación en esta etapa, y la eventual confrontación con otros principios o derechos de terceros. Dicha observación adquiere relevancia a fin de marcar pautas en el avance de la investigación versus el principio amplio de publicidad, que rige para los terceros, ajenos al proceso penal en esa fase del procedimiento. Sin embargo, el contenido de la investigación es conocida en la mayoría de las veces mediante el director de la investigación, otras veces a través del auxiliar de la investigación, como la policía nacional. Estas situaciones, con frecuencia, ocasionan una información

* Asistente Fiscal del Ministerio Público, Paraguay, Asunción. Email: cynthiaortizra-mirez@hotmail.com.

Egresada en el Cuadro de Honor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (2009), Especialista en Didáctica Universitaria de la U.N.A. (2011), Egresada del Curso de Especialización en Ciencias Penales de la U.N.A. (2014), Auxiliar de la Enseñanza en la Asignatura Derecho Penal de la Carrera de Notariado de la U.N.A. (2010, 2011), Docente Encargado de Cátedra en la Asignatura Historia de las Instituciones Jurídicas Carrera de Derecho. (2011-2014). Cargo Actual: Asistente Fiscal del Ministerio Público, Paraguay, Asunción.



distorsionada de la realidad al considerar que la investigación sigue vigente y no es recomendable establecer certeza de los hechos sin haber comprobado cada una de las hipótesis. La inobservancia de esta regla perjudica al inculpado al violentar el principio de la inocencia, y no solo eso, si no también podría perjudicar el sistema de garantías del propio proceso penal. Las razones por lo general obedecen al temor a la presión de la prensa, presión mediática.

Abstract

The purpose of this paper is to state the principle of publicity, along the criminal process, and analyze legal restrictions that the Criminal Procedural Code sets out to this principle, during the preparatory stage, considering the consequences of its use at this point of the criminal investigation, and the eventual confrontation with other principles and rights of third parties. This point turns relevant in order to set standards along the investigation versus the wide principle of publicity, valid for third parties, with no competence in the criminal process at the beginning of the procedure. Nevertheless, the content of the criminal investigation is usually revealed by the head of the investigation or the police. This early disclosure, frequently leads to misinformation, taking into account that the investigation continues, and at that stage it is not yet possible to establish legal certainty of the facts, without having contrasted all of the hypothesis. The non-compliance of this rule undermines the accused person by infringing the principle of innocence, and not only that, but it could also affect the guarantee scheme of the criminal process itself. The reasons for disclosing an open investigation are usually related to a fear towards media pressure.



Ñembyapu'a

Ko tembiapo rupive oñemombe'u Publicidad pyenda ojejapoháicha proceso penal ryepýpe. Ko'ýte voi ohesa'ýijio paite umi mba'e omochi'íva pe Código Procesal Penal rembiapo pe etapa ñepyrũrã térã investigaciónrã, Ojehecha kuaa avei mba'épa ogueru hapykuéri tembiapo ko etapa pegua, ha ikatuha ndojogue- raha porãi umi principio oguererekóva ambue tapicha kuérandi. Ojehecha kuaa tekotevêha oñemoĩ umi tembiaporã katu, moõ pevépa ojeypyso investigación rem- biapo ha moõ pevépa publicidad oñemomba'évo ambue tapicha rekove noĩriva upe proceso penal ryepýpe upe tembiapo oñemboguata aja. Ko mba'e, py'ýinte katu ojekuaapáma okápe mba'épa oñemboguata hína pe investigación ryepýpe, Heta jey osẽ directorgui voi térã katu auxiliar de la investigacióngui térã policía nacionalgui voi osẽ. Ko'ã mba'e heta jey ombotyai umi información oñekotevê- va pe investigación ryepýpe ha ndojehecha porãi avei oje'ẽro añeteguaiterõ Ko regla/mbojojaha, ndojeporúiramo hekopete, katuate nunga ombyai upe tapicha oñembojaha hese upe tembiapo vai apo, ha péicha ikatúma oñeviolenta pe princi- pio de la inocencia hérava, ha ndaha'ei upéva añónte, ikatu ombyai avei pe siste- ma de garantías ojeruréva upe proceso penal, kóva oiko ojekeyhyjégui upe oikóva ne'ĩramo gueteri ojekuua porã upéichaitépa ra'e upe oñemo'áva oikoha. prensa ojopýramo guarã ha oñemosarambipa ha ojejopy tuichaháicha.

Palabras Claves: Principio de inocencia, publicidad, etapa preparatoria, controversias, garantías.

Keywords: Principle of innocence, publicity, preparatory stage, contro- versies, garantés.



Ñe'ẽ apytere Pyenda opaite tapicha imba'eporãha, tembiapo ñepyrũmby ñe'ẽ joapi, jeroviauka

Alcances del principio de publicidad en la etapa preparatoria

Publicidad. Concepto.

Puede definirse la publicidad, como la cualidad de lo público o conocido, o aquella difusión o propagación de algún dato o información (Diccionario enciclopédico ilustrado oriente).

El principio de publicidad encuentra fundamento en el derecho de la información que tiene la sociedad por conocer el sistema de justicia, y en la mayoría de los casos, se tiene acceso a través del denominado periodismo de investigación, sistema muy aplicado en el país. Es por ello que el periodismo puede ser considerado como aquella manifestación principal de la libertad de expresión en el que se manifiesta parte del pensamiento, pues crea un derecho inherente a todo ser humano.

En ese orden de ideas, la búsqueda, la recepción y la difusión de información se constituyen en la función primordial del periodista y del periodismo. No debe olvidarse, además, que la importancia de este derecho se vincula estrechamente a los medios de comunicación, cuando estos se instituyen en verdaderos instrumentos de la libertad de expresión, debiendo recoger las más diversas opiniones, datos o informaciones, de manera a evitar la restricción de este.

Ahora bien, cabe referir que el principio de publicidad se desprende de un mandato constitucional, que garantiza su funcionamiento al establecer expresamente: la libertad de expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento, de las opiniones, sin más limitaciones que el derecho de terceros.



La norma impone, la obligación del respeto al derecho que tienen las personas a forjar, procesar o difundir información valiéndose de cualquier medio lícito para ese efecto⁸.

En cuanto a los medios masivos de comunicación, en el art. 27 de la C.N., garantiza el pluralismo informativo y, además, no olvida la protección que necesitan los derechos del niño, los del joven, los analfabetos, el consumidor y la mujer⁹.

En cuanto al derecho que tienen las personas, o la sociedad, la Constitución Nacional es clara, en reconocer que dichas informaciones, deben recibir información veraz, comprometida y ecuánime y, en caso contrario, el afectado por una difusión falsa, errada, distorsionada o ambigua tiene derecho a requerir la rectificación o aclaración utilizando el mismo medio, y en las mismas condiciones, conforme lo establece en su art. 28¹⁰. Así mismo, regula el ejercicio del

8 Art. 26 de la Constitución Nacional, dispone De la libertad de expresión y de la prensa. Se garantiza la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de opinión, sin censura laguna, sin más limitaciones que las dispuestas en la Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa. Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines”

9 Art. 27 de la Constitución Nacional, dispone: Del empleo masivo de los medios de comunicación social. El empleo de los medios de comunicación es de interés público; en consecuencia, no se podrá clausurar ni suspender su funcionamiento. No se admitirá la prensa carente de dirección responsable. Se prohíbe toda práctica discriminatoria en la provisión de insumos para la prensa, así como interferir las frecuencias radioeléctricas y obstruir, de la manera que fuese, la libre circulación, la distribución y la venta de periódicos, libros, revistas o demás publicaciones con dirección o autoría responsable. Se garantiza el pluralismo informativo. La ley regulara la publicidad a los efectos de la mejor protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer”.

10 Art. 28 de la Constitución Nacional, dispone: Del derecho a informarse. Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz responsable y ecuánime. Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulara las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo. Toda persona afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua tiene derecho a exigir su rectificación o su aclaración por el mismo medio y en las mismas condiciones que hay sido divulgada, sin perjuicio de los demás derechos compensatorios”.



periodismo, en cualquiera de sus formas.

Esta contextualización, hace un acercamiento a la protección que otorga la Carta Magna al derecho de expresión y al ejercicio del periodismo, y en el que campea, la objetividad, la que no siempre es “total”, porque ella no existe absolutamente, en razón a que dos periodistas, verbigracia, nunca reflejaran el mismo objeto, ello dependería según el estado de ánimo de cada uno de ellos, es decir la objetividad, se instituye como un valor relativo.

En tanto que la imparcialidad implica ser neutral, y ello se traduce en no asumir el no compromiso con los problemas públicos. El periodismo, antes que nada, debe ser independiente, prudente y razonable.

Es importante preguntarse si estos derechos pueden constituirse en elementos primordiales en la actuación de una justicia democrática, en el marco del Estado de derecho.

El principio de publicidad, se conforma en requisito esencial dentro del proceso acusatorio de tinte adversarial, en razón a que contribuye a formar la opinión pública. Y tal vez, ese es el sentido que le otorgó Beccaria cuando expresó: “Serán públicos los juicios y las pruebas de un delito, para que la opinión, que es quizá el único fundamento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones (...) (1993, pág. 109)”.

Sin embargo, no debe perderse de vista que, en el proceso penal, la regla es la publicidad y la excepción, se encuentra en la etapa preparatoria de dicho proceso.



Por ello se hace imperioso analizar dicho principio desde la perspectiva del proceso penal propia mente dicho, y particularmente en la primera etapa denominada investigativa, preparatoria o preliminar

Atribuciones del Ministerio Público en la Etapa Investigativa

El Ministerio Público por mandato constitucional se erige en representante de la sociedad ante los juzgados y tribunales, y en ese contexto uno de sus deberes primordiales es el ejercicio de la acción penal pública, debiendo velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales que asisten a todas las personas, y sobre todo a aquellas que se encuentran ligadas a un proceso penal, ya sea en calidad de víctima o victimario.

Está dotado de una característica esencial que le faculta al control de sus investigaciones en lo que refiere a la dirección: mandato, decisión y realización o no de actos de investigación tendientes a esclarecer los hechos puestos a su conocimiento, así como la comprobación de la participación de los supuestos autores en el hecho objeto de investigación¹¹.

El proceso penal se encuentra estructurado en tres etapas; la preparatoria, la intermedia y la de juicio oral y público. En la primera se desarrolla la investigación, en la segunda etapa se decide sobre la procedencia o no de un juicio oral y público, y en la última etapa se juzga a la persona involucrada en el hecho punible, a los efectos de dar una salida al proceso, que puede ser la condena o absolución del procesado.

¹¹ art. 18 del Código Procesal Penal, dispone: “Legalidad. El Ministerio Público estará obligado a promover la acción penal pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, siempre que haya suficientes indicios facticos de la existencia de los mismos. Cuando sean admisibles, se aplicarán los criterios de oportunidad establecidos en este código”.



En ese entendimiento, en la etapa preparatoria se buscan elementos, pertinentes y conducentes a buscar la verdad histórica de lo acontecido. Y la actuación del fiscal, en ese contexto, no se encuentra sometida a discusión, aunque las partes pueden proponer el diligenciamiento de varios actos, tal como lo establece el art. 317 C.P.P., al referirse a la Participación en los actos, refiere: “El Ministerio Público permitirá la presencia de las partes en los actos que practique, velando que su participación no obstruya el desarrollo de las actividades”. Así mismo, en el art. 318 C.P.P., hace referencia a la Proposición de diligencias en los siguientes términos: “cualquiera de las partes podrá proponer diligencias en cualquier momento de la investigación. El Ministerio Público deberá realizarlas si las considera pertinentes y útiles, debiendo hacer constar las razones de su negativa, a los efectos que ulteriormente correspondan”.

Es potestad del Ministerio Público la admisión de las partes en los distintos actos o diligencias que se practiquen, no con el fin de restringir la presencia de ellos, defensa, querella, etc., sino con el objetivo primordial de precautelar el desarrollo de los actos de investigación, con el fin de evitar la obstrucción a la investigación, unas de esas decisiones tiene lugar con el resguardo del lugar de los hechos, la escena del crimen, y de las evidencias que pudieran hallarse allí.

Así, la etapa preparatoria tiene la característica principal de ser privativa para las “partes”, con la obligación de guardar secreto de las actuaciones desarrolladas. “Si algún acto pusiere en peligro los fines de la investigación verdad histórica— existe la posibilidad de ordenar la reserva de las actuaciones”, para la realización, por ejemplo, de allanamientos, etc. Ley n.º 1562/2000, Orgánica del Ministerio Público, en su art. 35, de las relaciones con las partes, establece: “El



agente fiscal desarrollará su tarea actuando de buena fe, sin ocultar elementos de prueba a ninguna de las partes e informándoles de todo aquello que sirva a su defensa”, el art. 323, remarca acerca de la reserva de las actuaciones: “El Ministerio Público podrá solicitar al juez, la reserva parcial de las actuaciones por un plazo que no podrá exceder los diez días corridos, siempre que sea imprescindible para la eficacia de un acto durante la investigación. Las reservas de las actuaciones establecidas en este código, solo podrá ser invocada a beneficio de la investigación y nunca en perjuicio del ejercicio de la defensa”

La ley procesal vigente, además, consagra un derecho de petición, mediante el cual el denunciante y la víctima, al no ser partes del procedimiento penal, tienen la posibilidad de serlo mediante la instauración de la querrela adhesiva. Y, he aquí un claro ejemplo de los límites en cuanto a participación en el procedimiento, es decir, hasta a la víctima y denunciante conocedores del hecho punible, tienen restringida la participación en el procedimiento penal, pudiendo intervenir de forma directa solo cuando la ley lo permite. Verbigracia: Objeción del archivo (art.313), Impugnación del Sobreseimiento Definitivo y la Desestimación (art. 68).

Cabe mencionar que estas situaciones no ocurren solamente en el marco de un proceso penal, pues se dan de una manera similar en la diversidad de leyes vigentes. Uno de los casos se registra con la Ley n.º 1680/2001, Código de la Niñez y la Adolescencia, en su art. 27, del Secreto de las actuaciones:

“Las autoridades y funcionarios que intervengan en la investigación y decisión de asuntos judiciales o administrativos relativos al niño o adolescente, están obligados a guardar secreto sobre los casos en que intervengan y conozcan,



los que se considerarán siempre como rigurosamente confidenciales y reservados. La violación de esta norma será sancionada conforme la legislación penal”

De esta manera taxativamente regula la prohibición de hacer pública las decisiones sean estas judiciales o administrativas, relativos a los niños y adolescentes, y prohíbe, que por cualquier medio de comunicación se haga saber los nombres, datos, fotografías, filmaciones de niños y adolescentes que estén sometidos a procesos judiciales o administrativos. El no cumplimiento de dichas disposiciones acarrea responsabilidad penal, según lo establecido en el art. 147 y 148 del C.P.P., sancionando con pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa, además de las sanciones administrativas dispuestas en las reglamentaciones disciplinarias, ya que el incumplimiento de dicho secreto, también es considerado falta grave.

Principio de Inocencia

Tanto el derecho penal como el procesal penal, se fundan principalmente, en las garantías constitucionales, y en leyes especiales previas al hecho, tal como se enuncia en el principio de legalidad “no hay delito ni pena, sin ley previa que las determine, y cualquier omisión legal debe resolverse a favor del imputado”. El derecho procesal penal cuenta con un conjunto de principios y garantías básicos, que rigen todo el proceso, como lo es el principio de inocencia, que tiene un asidero lógico respecto de la regulación probatoria, al Indubio pro reo, a la reserva sobre el ámbito de privacidad de las personas sometidas al proceso, y sobre todo, la inviolabilidad de la defensa.

El principio de inocencia implica que solo a través de un juicio que demuestre la culpabilidad de la persona, el Estado puede aplicar una sanción o pena.



Este principio cardinal encuentra justificación internacional, en razón de que es una garantía procesal consagrada en varios documentos, como ser la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹, la Convención Americana sobre Derechos Humanos², el Pacto de San José de Costa Rica³, ratificados por el Paraguay.

Asimismo, la Constitución Nacional vigente⁴ dispone que en el proceso penal, ante todo, debe presumirse la inocencia y en esa misma línea, la normativa procesal penal, reafirmar lo establecido tanto en los citados documentos internacionales, como en la Constitución Nacional, al disponer que el principio de inocencia debe campear en las tres etapas del proceso penal, la investigativa, la intermedia, y la de juicio oral y público, muy distinto a lo que ocurría en el sistema que anteriormente regía en el Paraguay, denominado inquisitivo, en el que solo bastaba la existencia de una denuncia penal para generar una detención. Dicha decisión conculcaba uno de los derechos más preciados de las personas, la libertad, acarreando no solo afectación de ese derecho si no otros más, como el de reputación en lo que hace a la imagen y al honor de las personas, etc.

Así, la aplicación concreta de esta garantía procesal tiene, indudablemente, consecuencias en los procesos penales, y más aún en la etapa preparatoria, en donde la función principal del fiscal es acreditar todas las circunstancias fácticas del delito, que pretende preliminarmente acusar.

1 art. 11. 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.

2 art. 8, Garantías Judiciales. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

3 Art. 8 Derechos procesales.

4 art. 17. De los derechos Procesales. En el proceso penal o cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a 1) que sea presumida su inocencia...”



Efectos del Principio de Inocencia

Este principio corolario funciona como un obstáculo que protege al supuesto autor de la afectación de ciertos derechos, como ya se indicó.

Específicamente prohíbe a la autoridad pública, entiéndase personal policial, funcionarios del Ministerio Público, funcionarios y jueces del Poder Judicial y demás auxiliares de justicia a brindar información sobre el procesado a los medios de comunicación, haciéndose mención precisa, de que solo las autoridades podrán dar información sobre las sospechas en contra del procesado o incoado a partir del Auto de Apertura a Juicio Oral y Público.

Lo expuesto, tiene consecuencia lógica la imposibilidad de brindar datos sobre los procedimientos a realizarse o los ya realizados, así como brindar explicaciones detalladas de los indicios y evidencias obtenidos durante esa etapa incipiente y esencial del proceso penal, la que busca única y exclusivamente la recolección de evidencias del lugar de los hechos, identificación de los testigos, incautación de objetos relacionados al hecho punible que se investiga, con el fin de descubrir la verdad histórica.

Dichas evidencias o diligencias podrían perderse en el caso en que se omitan las normativas que deben guiar el procedimiento en esa etapa, por ello la ley restringe el acceso y prohíbe brindar información en la etapa preparatoria, la que se inicia con el acto procesal denominado denuncia, que puede ser hecha por la víctima, por cualquier persona que tenga conocimiento del hecho punible, o de oficio, cuando interviene directamente el Ministerio Público.

El órgano persecutor, tras haber tomado conocimiento fehaciente de los



hechos, a través de la denuncia conceptualizada como aquella comunicación o noticia que se formula a la autoridad competente sobre un delito o acción⁵ cometido contra la ley inicia la persecución penal, inmediatamente organiza la investigación.

En cuanto a la prohibición de brindar información contenida en la etapa preparatoria y, por consiguiente, la difusión de noticias en las que se sostiene la participación o autoría de una persona en la comisión de hechos punibles, constituyen sin lugar a equívocos lesiones al honor, influyendo en la fama, y en muchos casos pueden alcanzar relevancia jurídica, de acuerdo a las disposiciones vigentes en el Código Penal.

Así el imputado, debe ser tratado como inocente hasta que se demuestre lo contrario, por lo no debe ser presentado por la policía, por el fiscal o los jueces como culpable. La presentación como culpable debe realizarse una vez dictado el auto de apertura a juicio oral y público, al culminar la etapa intermedia. Es por ello que toda información que se brindada del caso, y sobre el supuesto autor debe ser, ante todo, una información objetiva.

Conclusión

El derecho constitucional para el acceso a la información, así como su difusión, no es absoluto y tiene limitaciones al considerar que colisiona también con principio constitucional que protege al ciudadano, cuyo incumplimiento es

⁵ Denuncia, es el acto mediante el cual, la persona ofendida, testigo simplemente enterada del hecho presuntamente delictivo, transmite su conocimiento a la autoridad correspondiente. VAZQUEZ ROSSI, Jorge. Derecho Procesal Penal. Tomo III. pág. 352.

Definición de denuncia. Manifestación o narración que se formula a la autoridad de un hecho delictuoso de que se tiene conocimiento. La denuncia es efectuada, pública, la delación, oculta y muchas veces, anónima.” RIQUELME, Víctor. pág. 288.



objeto de una imputación o investigación.

Por ello, la fase investigativa debe ser reservada –y de hecho así lo dispone la ley– precisamente al tener en cuenta el estado de inocencia del imputado, situación que puede ser debatida única y exclusivamente en el Juicio Oral y Público. Antes de esta etapa no se tiene certeza respecto a los hechos, a la participación de la persona denunciada o imputada en la comisión del hecho punible en cuestión.

Sin embargo, la etapa preparatoria es pública gracias al propio operador de justicia, que omite o desconoce las disposiciones constitucionales, internacionales y legales que resguardan al incoado.

Por consiguiente, se infringe y conculca una y otra vez, el principio de inocencia y lo que conlleva dicho principio, bajo el resguardo del actuar y la manifestación brindada en el derecho de “Información”. Es importante comprender las limitaciones al derecho de las personas en conocer el sistema de justicia, la administración, etc., y más aún de conocer las decisiones tomadas, las actuaciones hechas por las partes que intervienen en el proceso penal, que es privativo y público de las partes, por imposición legal.

La libertad de expresión e información, así como la libertad de prensa, no debe implicar la determinación de que todo dato debe ser publicado. Porque debe tenerse por asentado de cualquier dato o información, que hacen a la investigación y que podrían perjudicar a las partes del proceso, a sus familiares, y hasta comprometer el curso mismo de la investigación.

Y es allí que uso abusivo del principio de publicidad puede ser contrario



a la presunción de inocencia, cuando se exhibe como culpable a quien todavía no ha sido sentenciado. En ese contexto de ideas, el Código Procesal Penal expresa de forma clara que el Juicio Oral será Público, y el tribunal tendrá la facultad de disponer la participación de los medios de comunicación, restringiendo si fuese necesario las filmaciones, grabaciones o tomas fotográficas. En tanto que la sociedad, participa de ello generando o construyendo la opinión pública.

Publicar una información carente de objetividad constituye una clara violación a las garantías constitucionales y procesales, que amparan al incoado.

La libertad de prensa no puede constituirse en un principio al cual queden sometidos los demás derechos fundamentales, es decir, no son derechos absolutos, ya que se ven constreñidos cuando entran en colisión con otros derechos no menos importantes.

La experiencia diaria, demuestra lo contrario a lo articulado en la leyes, se han dado y se siguen dando noticias, sobre los motivos de la formulación de imputaciones, se exhiben fotografías de órdenes de captura, de órdenes de allanamientos, documentos de carácter privado, vídeos de la supuesta comisión de hechos punibles, de la participación de personas en tal o cual hecho punible, pero haciendo la salvedad de que dichas personas investigadas, son supuestos autores. Mencionar que son supuestos autores no es suficiente, se les debe tratar como inocentes, y eso se trasluce en la información que el operador de justicia da y la forma en que es dada la noticia por los medios masivos de comunicación.

La ciudadanía, tras observar las noticias se forma opiniones y sostiene posturas, y tal vez los criterios sostenidos por la población sean errados, porque



la información publicada, en muchos casos podría ser errónea, carente de objetividad, y sin temor a equívocos, con frecuencia ocurre, es que en la etapa preparatoria, etapa incipiente, la información aún no está completa, lo que si se tiene con certeza, son varias hipótesis de los hechos investigados.

No puede dejar de mencionarse de que existen varios casos de interés público, sobre todo aquellos concernientes a la propia administración pública, en donde los funcionarios que prestan servicios dentro de la estructura del estado cometen hechos punibles en desmedro del Estado.

En cualquier caso, el periodismo cumple una función relevante, y la ciudadanía se erige en el mejor contralor del proceso penal.

Pero los medios de comunicación actualmente se han convertido en un poder en sí mismo, en un poder que luego se transformó en poder económico. Porque cadenas de empresas periodísticas, se compran y se venden –en el mundo– y los medios de comunicación se han transformado en negocios bursátiles, cobrando importancia por su valor comercial, y no por la importancia cultural al servicio de la sociedad.

Esta intervención periodística o pública se realiza en razón de que el agente fiscal, autoriza la entrada, ya que tiene la facultad de hacerlo, respecto a las partes, y fundadamente. La intervención puede obstruir el procedimiento, pueden perderse evidencias, y en muchas ocasiones las negligencias ya no pueden ser subsanadas.

Así también, el derecho a informar e informarse, no deben constituirse en argumento para marcar pautas y crear procedimientos al margen de toda le-



galidad, ni realizar consuetudinariamente, intervenciones periodísticas en donde los medios masivos de comunicación “funjen” de contralores de los procedimientos y tomas de decisiones, que a más de ir contra el normal desenvolvimiento del procedimiento, atentan gravemente contra los derechos del incoado y la de sus familiares, olvidando tras tanta “publicidad e información sensacionalista”, y en muchas ocasiones hasta errada o distorsionada, que luego de verificar la “verdad histórica” y que a la culminación del Juicio Oral y Público, tras conseguir una condena, el fin de la misma es lograr la readaptación del condenado en la sociedad, y no la exclusión del mismo o una perenne estigmatización.

Se trae a colación, el caso en que el propio órgano investigador al culminar la etapa preparatoria, decide desvincular definitiva al imputado del proceso ya sea por no tener participación en el mismo, por existir una duda razonable, o porque tras una exhaustiva investigación se ha probado que el hecho no existió.

Y es allí donde queda plasmada la magnitud de las publicaciones, cuando se conoce o se sabe algo que sucedió o habría sucedido, de tal cual manera, el destaque periodístico es de grandes magnitudes, en tanto que, al transcurrir los seis meses de investigación, las publicaciones disminuyen notablemente.

No se puede dejar de mencionar que existe un sistema de garantías, más que amplio dentro del proceso penal para el incoado, vigente desde los primeros actos de investigación hasta la etapa denominada ejecución de la condena. Y aquí cabe recordar la teoría resocializadora de la pena, según la cual el sujeto anómalo, que es delincuente, será reeducado o resocializado durante su encierro.

Existen mecanismos judiciales (juicios civiles, penales, etc.) con que cuenta el procesado, a fin de reivindicar los derechos conculcados, en virtud de



las publicaciones periodísticas hechas durante la etapa preparatoria del proceso.

Sugerencias

Ahora bien, esta controversia existente entre el principio de publicidad y el principio de inocencia, puede ser salvada a través de capacitaciones para los funcionarios operadores de justicia a fin de que puedan advertir qué información o dato puede dar a conocer, que no afecte los derechos que le asisten al denunciado ni afecte el sistema de garantías del proceso penal.

Asimismo, podría pensarse en la posibilidad de fortalecer los departamentos de comunicación y prensa ligados a la Administración de Justicia con la creación de estos en cada Fiscalía Adjunta, o en cada Fiscalía, a fin de que funcione como filtro, o exista una coordinación inmediata entre actores involucrados -Policía Nacional, Ministerio Público, Poder Judicial- y dicho departamento. Ello con el objetivo de brindar información precisa y ecuaníme, que refleje el trabajo conjunto y coordinado de las instituciones involucradas en esta etapa del proceso.

Y se evitaría la exposición pública, mediática y muchas veces innecesaria del procesado por un hecho punible.

Con esta incorporación, además, se obtendría un periodismo con rigor científico, mejor, alejado del brillo fugaz del éxito fácil y, sobre todo, comprometido con los valores superiores de la vida.



Referencias

Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Manuel Osorio. Editorial Obra Grande S. A. pág. 628 Montevideo - Uruguay

La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sergio García Ramírez/ Alejandra Gonza. Primera Edición, 2007.

La Publicidad en el Proceso Penal por Sebastián Van Don Dooren.

La Publicidad en el proceso Penal por Pablo Lepere –Diego Freedman.

Imparcialidad, libertad de expresión y Derecho Penal. Tomo II. Tesis Doctoral elaborado por María Isabel Valdecabres Ortiz. Madrid, 2002.

Constitución Nacional de 1992.

Garantías constitucionales en el Proceso Penal. Constitución, Poder Político y derechos Humanos. Tomo II. Jonathan M. Miller – Maria Angélica Gelli – Susana Cayuso – Hernan Gullco.

Derecho Constitucional paraguayo. Tomo I Manuel de Jesús Ramírez Candia.

Código Procesal Penal comentado. Jorge Eduardo Vázquez Rossi y Rodolfo Fabián Centurión Ortiz. 7ma. Edición actualizada 2014. Editora Intercontinental

Beccaria, César. “Tratado de los Delitos y de las Penas”, Ed. Centro de Publicaciones Ministerio de Justicia y Biblioteca Nacional Ministerio de Cultura. Madrid, España. 1993, pág. 109





Artículo original

Reflexiones a la Ley n.º 294/93, evaluación de impacto ambiental

Considerations on act 294/93, environmental impact assesement

Ñehesa'ýijo Léi no. 294/93 rehegua. Ñande Rekoháre Ñeñangareko

*Miguel Oscar Bajac**

Corte Suprema de Justicia. Asunción, Paraguay

Recibido: 12.08.16 Aceptado: 06.10.16

Resumen

El objetivo tradicional de las normas ambientales ha sido la prevención de consecuencias graves para la salud y en especial de accidentes desastrosos, en ese sentido, la evaluación de impacto ambiental consiste como ya lo dijimos anteriormente, en un estudio de carácter preventivo que tiene por objeto la identificación del impacto ambiental que un proyecto o actividad productiva producirá en caso de ser ejecutado, así como la valoración de los mismos, esto a su vez es recomendado y avalado por los organismos internacionales y garantizado por las experiencias en los países desarrollados que lo han incorporado a su ordenamiento jurídico. El fundamento o la finalidad que persigue la ley en estudio, es la de tutelar los bienes jurídicos del medio ambiente, supone indisolublemente el derecho a la vida, a la salud e igualmente, es ocioso recalcar que el derecho a un ambiente saludable establecido en el art. 7, en consonancia con el art. 8 de nuestra

* **Ministro enlace con la Organización de Estados Americanos OEA en el Marco del Programa de Acceso a la Justicia (Facilitadores Judiciales). Email: bajac@pj.gov.py**

Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA (1989). Doctor en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción – 1997. Cargo Actual: Ministro de la Corte Suprema de Justicia Paraguay, Asunción. Integrante de la Sala Civil. Ministro Superintendente de la Circunscripción de Concepción y Alto Paraguay. Ministro enlace con la Organización de Estados Americanos OEA en el Marco del Programa de Acceso a la Justicia (Facilitadores Judiciales).



Constitución Nacional, se anuda con el derecho a la salud cada vez que contaminaciones y depredaciones (del aire, del agua, de la flora, etc.), provocadoras del daño ambiental, inciden malignamente en la salud y a veces hasta en la vida, de las personas.

Abstract

The traditional objective of environmental norms, has been prevention of disastrous accidents and the consequences for the health, in this order or ideas, the environmental impact assesement consists of a preventive study whose aim is to identify and rate environmental impact that a certain project or productive activity shall have if executed. This is recommended and endorsed by international organizations and attested by the experience of developed countries that have included the mentioned assesement in their legal system. The foundation and goal of the Act is to protect environmental legal assets, including the right to life and health, furthermore, it is important to state that the right to a healthy environment, provided for by paragraph 7 in agreement to paragraph 8 of the National Constitution, all this, related to the right of a healthy life even when polluted environment (air, water, flora), caused by environmental damage, affect health and life of the people.

Ñembyapu'a

Yma guivéma ñande rekoháre oñeñangarekóvo ojeheka añetete mba'ei-chapa ohapejoko ani haguã upe ojejaposéva oporombohasy ni oiko mba'e vai guasu, upéicha rupi ñande rekoháre oñeñangarekóvo ojehecha porã va'erã ja'e haguéicha ojejuhu peve mba'eichaitépa opokóta hína ñande rekoháre umi tembiaporã oñembosa'íva hína ojejapóta vove, upéicha avei omombe'u paite va'erã



mba'éichaitépa opokóta tekoha rekovére ha péva omoneĩ va'erã umi organismo internacionalgua, ojehecháguima oikopa va'ekue ambue tetã oñakãrapu'ávéva rupi, ha mba'échapa avei kóva oñemoingéta ñande léi ryepýpe. Mba'épa oheka ha mamópa oñemopyenda hína ko léi oñehesa'ýijóva hína jajuhúta umi léi oñangarekórõ hekoitépe ñande rekoháre, ombojoajupárõ ojuehe maymave yvypóra reko porãrã oñeme'ẽ upe imba'éva voi oikove haguã, hesãi haguã ha avei añete-hápe oiko haguã tekoha hesãiva he'iháicha ñande Léi Guasu, art.7 ha avei art.8pe, upépe oñembojuahu avei ojhapejoko opa mba'e vai ojejapóva ñande rekoháre (yvytu, y, yvoty, hamba'e) ko'áva oñembyaíró ombyaipaite oĩmíva guive rekove ha yvypóra rekove avei,

Palabras Claves: Evaluación de Impacto Ambiental, Estudio de Impacto Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental

Key words: environmental impact assesement, environmental damage

Ñe'ẽ tee: Tekoháre ñeñangareko. Ombyaíva ñande rekoha

Conceptualización

Antes de efectuar un análisis específico de la Ley n.º 294/93 de “Evaluación de Impacto Ambiental” corresponde realizar algunas manifestaciones en cuanto a su conceptualización,

Pettit y Villalba (2001), afirman:

En efecto, debemos señalar que la evaluación de impacto ambiental, consiste en un instrumento de carácter preventivo y función gestora, consistente en un procedimiento jurídico-administrativo que tiene por objeto la identificación, predicción e interpretación de los impactos ambientales



que un proyecto o actividad producirá en caso de ser ejecutado, así como la prevención, corrección y valoración de los mismos, todo ello con el fin de ser aceptado, modificado o rechazado por parte de las distintas administraciones públicas competentes.(pág. 124)

Es un proceso singular cuya operatividad y validez como instrumento de protección y defensa del ambiente está recomendado y avalado por diversos organismos internacionales, de ahí su naturaleza estandarizada. También es garantizado por la experiencia acumulada en países desarrollados tales como los Estados Unidos, el Reino Unido de Gran Bretaña, Francia y Alemania, que lo han incorporado a su ordenamiento jurídico desde hace años.

La normativa nacional vigente en su art. 2 la define como: “un estudio científico que tiene como finalidad identificar, prever y estimar impactos ambientales”. Queda remarcada, entonces, la naturaleza eminentemente científica del proceso de Evaluación de Impacto Ambiental que culminara con la declaración que concede la licencia para iniciar o proseguir la obra o actividad proyectada; esto requiere conocimientos variados en materia de uso y aprovechamiento de recursos naturales por parte de los titulares del proyecto, de ahí su característica multidisciplinaria por precisarse de conocimientos de varias ciencias y artes.

Antecedentes

La realidad ambiental actual es consecuencia directa de las actividades antropocéntricas, lo que deja el paso del hombre sobre la naturaleza y los recursos naturales, el mundo ha avanzado a pasos agigantados en los últimos años. Como nunca antes los cambios ocurren a una velocidad vertiginosa, generándose grandes transformaciones políticas, culturales, científicas, tecnológicas, económicas,



sociales y ambientales. En el último medio siglo la humanidad ha progresado más que en todos los tiempos anteriores. Se han mejorado las condiciones de vida de gran parte de la población. En muchos países han aumentado las expectativas de vida de varones y mujeres. Las comunicaciones han adquirido una velocidad cada vez más asombrosa. En definitiva, la humanidad va adquiriendo capacidad para dominar la naturaleza; tanto que hasta constituye una amenaza al ambiente y, por ende, a su supervivencia.

El conjunto de elementos anteriores, relatados a modo de ejemplo, implican sustanciales cambios en la vida económica y cultural del mundo moderno. Entre ellos, quizás el cambio más significativo que está ocurriendo es el fenómeno de la globalización, que también influye en los importantes problemas ambientales que amenazan a la civilización. El calentamiento global de la atmósfera y el cambio climático, el adelgazamiento de la capa de ozono, la pérdida de la biodiversidad, la disminución de la masa vegetal y el avance de la desertificación, son evidencias de este deterioro.

Con el transcurso de los últimos tiempos, la humanidad tomó conocimiento y mayor consciencia sobre los problemas ambientales generados por su actividad. Los indicadores de contaminación ambiental arrojan índices de mucha inquietud. La ciencia y la tecnología se han desarrollado en los últimos años de una manera vertiginosa, lo que provocó someter al medio ambiente a cambios nunca antes registrados.

Ante la imperiosa necesidad de regular la contaminación y el maltrato ambiental producido por el hombre, distintos países y regiones del mundo debieron introducir dentro de sus políticas gubernativas, mecanismos preventivos para



así evitar, o disminuir en un principio, los daños a la naturaleza.

El primer país en incorporar técnicas de esta naturaleza, de carácter preventivo, ha sido Estados Unidos. La norma de cabecera, conocida en América latina como National Environmental Policy Act., que data de 1969, en cuya configuración y redacción intervino K. Caldwell, uno de los más cualificados protagonistas del moderno derecho ambiental. Franza y Tomás (1995).

Posteriormente, a finales de la década del 70, el gobierno norteamericano aprobó el Regulations for Implementing the Procedural Provisions of N.E.P.A., el cual consistía en un reglamento que otorgaba obligatoriedad a la Evaluación de Impacto Ambiental, en adelante E.I.A., para todo tipo de proyecto de carácter público o privado, siempre que estén financiados por fondos públicos. Se conformó así una autoridad con competencia en la otorgación de la correspondiente licencia mediante dos actos: uno de ellos con relación al análisis y evaluación de los impactos ambientales del proyecto y, el otro relativo a la autorización para ejecutar la obra.

En Europa este tipo de políticas tampoco se hizo esperar mucho. A comienzos del año 1970, el Reino Unido de Gran Bretaña, además de países como Francia y Alemania, incorporaron legislaciones con el afán de conservar la naturaleza. Esta conducta posteriormente se propagó a toda la Unión Europea.

Evaluación de impacto ambiental en el Paraguay

En fecha 31 de diciembre de 1993, se promulgó la Ley n° 294 “Evaluación de Impacto Ambiental”. Consiste en un cuerpo normativo que consta de 15 artículos, entre los cuales se establecen conceptos, además de requisitos y otras normas de cumplimiento obligatorio.



Esta norma es el resultado de un fuerte impulso por la protección ambiental que coincide con la primavera democrática en nuestro país, traducida en su Constitución Nacional y el impacto de la apertura a las tendencias imperantes en el concierto de las naciones del mundo; el Paraguay consecuente con la política de desarrollo sustentable proclamada en la Cumbre de la Tierra, celebrada en Río de Janeiro en el año 1992, en la que nacen los convenios de Cambio Climático, Diversidad Biológica y el de lucha contra la Desertificación, ratificados por el Paraguay en el año 1993, los dos primeros y el último en el año 1996.

Pero lo más importante ocurría en el año 1992 con la publicación de la Constitución Nacional, que contempla de manera clara y precisa los principios y mecanismos de defensa del ambiente en sus artículos 7 y 8 que se refieren al derecho a un ambiente saludable y a la protección ambiental, estableciendo el derrotero de la política ambiental nacional, y en la que se hace expresa mención a los objetivos prioritarios de interés social, haciendo referencia a la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral, valores a los que responde dicha ley.

Sin lugar a dudas el momento clave en que es incorporada esta ley al derecho positivo nacional nos sitúa a la vanguardia de las naciones civilizadas, la ley en estudio es arraigada y sustentada por el rango constitucional de la norma. Este hecho permitió iniciar el proceso constructivo de toda la normativa ambiental, y constituyó un paso fundamental para que en el año 1996 sea promulgada la Ley n.º 716/96 que sanciona delitos contra el medio ambiente e incorpora dos hechos punibles directamente relacionados con el incumplimiento de la norma Evaluación de Impacto Ambiental en adelante E.I.A., estos son el falseamiento de



datos en el estudio de impacto ambiental y el incumplimiento de las obligaciones legales referentes a medidas de mitigación ambiental, establecidos en el artículo 5 inc. d) y e) respectivamente.

Si bien introduce un giro copernicano en todo lo que a gestión ambiental en nuestro país se refiere, no fue el esperado, pues la debilidad de las instituciones encargadas provocó que su aplicación sea postergada hasta el año 2000 cuando se crea la Secretaria del Ambiente como autoridad de aplicación de la ley, anteriormente la encargada del cumplimiento de la Ley n.º 294/93 era la Dirección de Ordenamiento Ambiental del Ministerio de Agricultura y Ganadería.

Ahora bien, vemos una prematura modificación al año siguiente de haberse publicado dicha ley, incluso antes de ser reglamentada. La Ley n.º 345 del año 1994, modifica el artículo 5 de la Ley n.º 294/93, y corrige la confusión creada entre los términos de Evaluación de Impacto Ambiental y Declaración de Impacto Ambiental. Otro aspecto resaltante es que la ley fue reglamentada en el año 1996, por Decreto n.º 14.281. Y finalmente el gobierno que asumía en el año 2013, ha procedido a la modificación del mismo, por medio del Decreto n.º 453/13, del mes de octubre del año 2013, la que a su vez ha sido ampliada y modificada por otro Decreto el n.º 954/13 de diciembre del año 2013.

Desde el punto de vista jurídico es una ley que adolece de ciertas falencias que atentan contra su efectividad y su eficacia, en el sentido de que establece obligaciones y derechos, pero no cuenta con un repertorio de sanciones que sirvan de elemento persuasivo o punitivo del incumplimiento de la norma, esto ha generado que en el pasado, las administraciones utilicen diversos recursos para hacer cumplir la ley, al punto de crear sanciones vía reglamentación.



Todo esto no quita el invaluable aporte de la normativa en cuestión al cumplimiento de los estándares internacionales en materia de gestión ambiental; el Paraguay desde el año 1993 ha ingresado en un proceso lento y paulatino que permite decir a la fecha que se están cumpliendo con las premisas del desarrollo sustentable y la defensa del ambiente, y unos de los estandartes principales de esta cruzada es la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de la república.

Obligatoriedad

La norma establece una obligación general para todas las actividades que generen un impacto ambiental, haciendo descripción de todos los aspectos que refieren al ambiente del hombre, es decir, a toda modificación que implique una alteración a la calidad de vida del ser humano, ya sea en términos de utilización de recursos naturales, como bienes materiales e inmateriales como la salud, la cultura, la dignidad en general.

En ese sentido el artículo 1 de la Ley n.º 294/93 expresa:

“Declárese obligatoria la Evaluación de Impacto Ambiental. Se entenderá por Impacto Ambiental, a los efectos legales, toda modificación del medio ambiente provocada por obras o actividades humanas que tengan, como consecuencia positiva o negativa, directa o indirecta, afectar la vida en general, la biodiversidad, la calidad o una cantidad significativa de los recursos naturales o ambientales y su aprovechamiento, el bienestar, la salud, la seguridad personal, los hábitos y costumbres, el patrimonio cultural o los medios de vida legítimos”.

Esta descripción general será luego particularizada por los tipos de actividades que requieren de Evaluación de Impacto Ambiental y estas son las esta-



blecidas en el artículo 7 de la Ley n.º 294/93, que luego es reglamentada por los Decretos n.º 453/13 y 954/13, que con mucho acierto hacen una discriminación de las actividades consideradas de mayor impacto ambiental, lo que ha descongestionado el sistema de Evaluación de Impacto Ambiental sin dejar liberada la implementación de planes de gestión ambiental genéricos de las demás actividades no contempladas en la norma, pues establece la obligatoriedad de que todas las obras o actividades deben cumplir con planes de gestión ambiental genéricos que permitan un aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y el ambiente.

Cientificidad del Proceso

Primeramente, es importante hacer una distinción entre lo que es una Evaluación de Impacto Ambiental de un Estudio de Impacto Ambiental y una Declaración de Impacto Ambiental. En ese sentido podemos decir que la Evaluación de Impacto Ambiental es el continente mientras que el Estudio de Impacto Ambiental y la Declaración de Impacto Ambiental son el contenido y el resultado respectivamente.

La evaluación de impacto ambiental es un proceso que tiende a conseguir el dictado de una resolución que aprueba o rechaza el proyecto de obra o actividad, ésta es emitida por la autoridad ambiental, que en nuestro país y por imperio de la Ley n.º 1561/00, es la Secretaría del Ambiente, y el instrumento idóneo se llama Declaración de Impacto Ambiental, este último es el documento que concede la licencia ambiental para iniciar o proseguir la obra o actividad; es así que tenemos que tanto el proceso como el instrumento generado son de exclusivo dominio de la autoridad ambiental, es decir el órgano administrador, la Secretaría del Ambiente.



Ahora bien, si decimos que la Evaluación de Impacto Ambiental es un proceso, una plataforma que tiende a validar por medio de una declaración una actividad particular, tenemos que presumir la existencia real de tal actividad, la cual debe estar instrumentada en un documento suficientemente garantido de veracidad y respaldo legal, este documento es el Estudio de Impacto Ambiental.

El Estudio de Impacto Ambiental, es el material en el que se ensambla la pretensión del particular de desarrollar una actividad respaldada con la aprobación de la autoridad, y en el que se describe las obras y/o actividades que serán desarrolladas por el mismo, de manera planificada y con las medidas de mitigación de consecuencias que pueda generar.

Una definición de Estudio de Impacto Ambiental, lo realiza el Decreto n.º 14281/96, que ya no se encuentra vigente pero que doctrinariamente describe muy bien lo que es un EIA en el artículo 2, apartado 4, que dice:

“Es uno de los instrumentos del proceso de evaluación de impacto ambiental, consistente en un documento técnico-científico de análisis de los métodos, procesos, obras y actividades capaces de causar significativa degradación ambiental, puesto a consideración de la autoridad competente con el propósito de decidir sobre la Declaración de Impacto Ambiental”.

El nuevo Decreto reglamentario, habla del E.I.A., refiriéndose al que no tiene observación por parte de la autoridad y que puede ser aprobado tal cual es presentado si se encuentra completo; y del E.I.A. ampliado, que es el resultado de las modificaciones o adiciones que hace el particular por sugerencia de la au-



toridad competente, y es donde se pone de manifiesto el carácter dinámico del proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, que responde al principio de gradualidad que implica una mejora continua en el proceso de toma de decisiones.

Tanto la E.I.A. (Evaluación de Impacto Ambiental) como el EIA (Estudio de Impacto Ambiental), son considerados procesos e instrumentos científicos, pues son realizados sobre la base y con auxilio de diversas disciplinas científicas, de ahí su naturaleza compleja.

El artículo 2 de la Ley n.º 294/93, define lo que se entenderá por Evaluación de Impacto Ambiental señalando que es “a los efectos legales, el estudio científico que, permita identificar, prever y estimar impactos ambientales en toda obra o actividad”. De esta definición, sigue la corriente que fuera sostenida con anterioridad en otros países, como Estados Unidos o los países que conforman la Unión Europea. Se detectan determinadas características que debe cumplir la Evaluación de Impacto Ambiental. En primer lugar, consiste en un estudio científico, es decir, debe ser efectuado por personas capacitadas, mediante la utilización de métodos. Dicho estudio debe identificar, prever y estimar los impactos ambientales en toda obra o actividad.

La Evaluación de Impacto Ambiental, como proceso científico, que requiere de la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, como sustrato o elemento objeto de análisis por la autoridad, requiere para su realización de profesionales técnicos científicos calificados. En ese sentido el artículo 4 establece que tanto la E.I.A., como sus relatorios, además de sus ampliaciones y modificaciones, deben ser realizadas por personas, empresas u organismos especializados. A tal efecto, los mismos los agentes técnicos deben encontrarse autorizados e



inscriptos.

Requisitos de la Evaluación de Impacto Ambiental

El artículo 3, establece los requisitos mínimos que deberá contener toda Evaluación. Pettit y Franco (2001):

Una descripción del tipo de obra o naturaleza de la actividad proyectada.

Mención de sus propietarios o responsables.

Localización y magnitudes.

Procesos de instalación, etapas y cronograma de ejecución.

Tipo de materia prima e insumos a utilizar, operación y mantenimiento.

Características de la fuerza de trabajo a emplear.

Una estimación socioeconómica del proyecto.

Su vinculación con las políticas gubernamentales, municipales y departamentales.

Su adecuación a una política de desarrollo sustentable, y regulaciones territoriales, urbanísticas y técnicas.

Los límites del área geográfica a ser afectada, con una descripción cualitativa como cuantitativa de los factores físicos, biológicos, socioeconómicos y culturales.

Un inventario ambiental sobre las cuencas hidrográficas.

Un análisis sobre los posibles impactos o riesgos por obras y actividades a ejecutarse y una vez finalizadas cuales son los efectos posteriores.



Un Plan de Gestión Ambiental, que describirá las medidas protectoras, correctoras o de mitigación de impactos negativos, de las compensaciones e indemnizaciones previstas, de los métodos de vigilancia, monitoreo y control que utilizaran.

Una relación de las alternativas técnicas del proyecto.

Un Relatorio donde se resumirá la información detallada de la E.I.A. y las conclusiones del documento, las cuales deberán redactarse en términos comprensibles, con empleo de medio de comunicación visual y otras técnicas didácticas; éste no deberá exceder la quinta parte del E.I.A.

En este artículo, si bien dice Evaluación de Impacto Ambiental, la referencia normativa es claramente al instrumento presentado por el responsable de la obra o actividad proyectada, en ese sentido la norma se refiere al Estudio de Impacto Ambiental como el instrumento que debe contener la descripción de la obra o actividad, con los recaudos establecidos.

En este punto es importante traer a colación la Ley n.º 345/94 que modifica el artículo 5 de la Ley n.º 294/93, donde decía Declaración de Impacto Ambiental y se corrige por Evaluación de Impacto Ambiental, sin embargo, lo que debería decir es Estudio de Impacto Ambiental.

El artículo establece que el E.I.A., deberá ser presentado a la autoridad administrativa, acompañando el proyecto de obra o actividad. Esta presentación debe ser realizada por el o los representantes de la actividad.



Proyectos y actividades obligados a la presentación de Evaluación de Impacto Ambiental

El artículo 7 de la Ley de E.I.A. expresa:

“Se requerirá evaluación de impacto ambiental para los siguientes proyectos de obras o actividades públicas o privadas: a) Los asentamientos humanos, las colonizaciones y las urbanizaciones, sus planes directores y reguladores; b) La explotación agrícola, ganadera, forestal y granjera. c) Los complejos y unidades industriales de cualquier tipo; d) Extracción de minerales sólidos, superficiales o de profundidad y sus procesamiento; e) Extracción de combustibles fósiles y sus procesamiento; f) Construcción y operación de conductos de agua, petróleo, gas, minerales, agua servida y efluentes industriales en general; g) Obras hidráulicas en general; h) Usinas y líneas de transmisión de energía eléctrica; i) La producción de carbón vegetal y otros generadores de energía así como las actividades que lo utilicen; j) Recolección, tratamiento y disposición final de residuos urbanos e industriales; k) Obras viales en general; l) Obras portuarias en general y sus sistemas operativos; m) Pistas de aterrizajes y sus sistemas operativos; n) Depósitos y sus sistemas operativos; o) Talleres mecánicos, de fundición y otros que sean susceptibles de causar efectos en el exterior; p) Obras de construcción, desmontes y excavaciones; q) Actividades arqueológicas, espeleológicas y de prospección en general; r) La introducción de especies exóticas, la explotación de bosques nativos, de flora y fauna silvestres, la pesca comercial; y, s) Cualquier otra obra o actividad que por sus dimensiones o intensidad sea susceptible de causar impactos ambientales.”.



Analizando el artículo transcrito, se advierte que el inciso “s” determina que cualquier obra o actividades que por sus –dimensiones o intensidad– sea susceptible de causar impactos ambientales requieren la correspondiente Evaluación de Impacto Ambiental. Ahora bien, la norma no contempla cuales deben ser los límites que deben ser tenidos en cuenta sobre las dimensiones o la intensidad de los proyectos, todo esto con el fin de que las mismas se encuentren o no sujetas a presentar la Evaluación de Impacto Ambiental. Dicha omisión podría generar conflictos con determinadas obras que, si bien no se encuentra enumerada taxativamente dentro de las previsiones del artículo 7, podrían llegar a generar impactos ambientales de importancia.

Los Decretos n.º453/13 y 954/13, que sustituyen al Decreto n.º14281 que reglamenta la Ley n.º 294/93, vienen a poner paños fríos y a solucionar una cuestión de discrecionalidad reglamentada por llamarla de alguna manera, en lo referente a las facultades extraordinarias atribuidas a la autoridad para determinar la obligatoriedad de someter tal o cual actividad al proceso de Evaluación de Impacto Ambiental; las nuevas normativas descongestionan el sistema excluyendo de la obligación de someterse al proceso a varias actividades, pero igualmente crea una figura más que oportuna que es el Plan de Gestión Ambiental genérico, que si bien contempla que la actividad no requiere de Declaración de Impacto Ambiental para iniciar o proseguir la obra o actividad, crea la obligatoriedad de que todas las actividades impactantes cumplan con criterios ambientales en el desarrollo de sus actividades sobre la base de planes estandarizados aprobados genéricamente por la autoridad competente.



Declaración de Impacto Ambiental

El artículo 11 de la Ley n.º 294/93, define a la Declaración de Impacto Ambiental como “el documento que otorgará al solicitante la licencia para iniciar o proseguir la obra o actividad que ejecute el proyecto evaluado...”.

Se ha dicho en su lugar que la Declaración de Impacto Ambiental es un instrumento incompleto que solamente realiza una declaración, un juicio de valor sobre la sustentabilidad de la actividad a desarrollarse, y que para la ejecución de la actividad propiamente dicha requiere de otro instrumento complementario de otra autoridad como la municipal, departamental etc.

Empero como puede verse en el artículo anterior, la ley es absolutamente clara, y dice que la Declaración de Impacto Ambiental es el documento que otorga la licencia para iniciar o proseguir la obra o actividad que ejecute el proyecto evaluado, es decir de ahí el nombre de Licencia Ambiental, que implica un permiso o autorización para ejecutar la obra o actividad, por considerarse un proyecto sustentable, esto es reforzado por nuestro sistema normativo que sanciona incluso penalmente el incumplimiento o las irregularidades en materia de planteamiento y ejecución de actividades que no sean sustentables ambientalmente.

Otro punto que es observable, es la interpretación bastante permisiva de algunos usuarios, con respecto al artículo 2 del mismo cuerpo legal, en virtud del cual sostienen que no es necesario obtener la declaración de impacto ambiental antes de ejecutar la actividad u obra, ya que en la norma contempla la posibilidad de proseguir con la misma (obra o actividad), desvirtuándose así, en principio, el carácter preventivo de este documento.



La Evaluación de Impacto Ambiental es una herramienta preventiva por naturaleza propia, y el hecho de que la norma se refiera a proseguir las actividades que se encuentran en ejecución es al solo efecto de dar efectividad a un principio básico del derecho tradicional cual es el de la irretroactividad de la ley, y a un nuevo principio del derecho ambiental introducido en la cumbre de Río de 1992, y que se encuentra contemplado en la política ambiental nacional cual es el principio de gradualidad en virtud del cual se asume que toda actividad se desarrollada sobre la base de la capacidad de adaptación y mejoramiento continuos, en los procesos de aplicación de la norma ambiental, en ese sentido las actividades deben ser objeto de adecuación a las nuevas normas ambientales de manera paulatina a los efectos de lograr la eficacia y eficiencia de la gestión ambiental.

La norma contempla el momento actual en que se dicta la ley y establece que las actividades y obras que se proyecten en el futuro deben contar con Declaración de Impacto Ambiental que las aprueben, pero aquellas que se encuentran en desarrollo o en ejecución al momento del dictado de la norma deben adecuarse a ésta sometiéndose al proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, sobre la base de un plan de gestión ambiental y un cronograma de cumplimiento.

Finalizada la Evaluación de Impacto Ambiental, la autoridad administrativa debe expedir la Declaración de Impacto Ambiental. En este documento se debe determinar, fundadamente:

- 1) la aprobación o reprobación del proyecto. Tal pronunciamiento puede ser en forma simple o condicionada, es decir, la decisión tanto favorable como desfavorable podría poseer una condición que, ante su incumplimiento, revierta la decisión adoptada, y;



2) devolver la E.I.A. a fin de que la misma sea complementada o rectificada en datos y estimaciones. Asimismo, se podrá determinar el rechazo parcial o total de la evaluación.

La Autoridad competente debe expedirse dentro del perentorio plazo de 90 días, debiendo expedir o no la declaración en los términos del párrafo anterior. Si no lo hace en dicho plazo, la Evaluación de Impacto Ambiental quedará aprobada sin más trámite. En ese sentido la ley contempla la declaración ficta, que se hace operativa en los decretos reglamentarios para todos los casos de silencio de la autoridad administrativa.

No debemos omitir, que la autoridad competente, podrá asimismo solicitar a los responsables de la obra o actividad una nueva Evaluación de Impacto Ambiental, en el supuesto que se den modificaciones significativas en el proyecto, además de la ocurrencia de efectos no previstos en la E.I.A. que fuera presentada en un principio, esto también responde al principio de gradualidad que prevé la mejora continua en todo proceso, y a la dinámica del derecho ambiental que está sometida a los cambios de los sistemas ambientales que en ocasiones son muy variables, debido a la evolución tecnológica y los cambios ambientales.

La declaración de impacto ambiental como condicionante de todo proyecto socioeconómico

El artículo 12 de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, establece taxativamente los casos en los que opera como requisito indispensable la D.I.A. Cuando se tramiten proyectos relacionados a la obtención de créditos o garantías, la obtención de autorizaciones de otros organismos públicos, y para obtención de



subsidios y de exenciones tributarias, es imprescindible contar con la Declaración de Impacto Ambiental, de lo contrario no se podrá dar curso a pedido alguno.

Facultades punitivas de la autoridad competente

Los artículos 13 y 14 de la Ley n.º 294/93, establecen determinados supuestos en lo que la autoridad competente podrá actuar en carácter investigativo.

En el primer caso, cuando existiere duda sobre la veracidad de la información proporcionada por los responsables en la E.I.A., mediante resolución fundada la Autoridad Administrativa podrá efectuar inspecciones, verificaciones, mediciones y otros actos que considere necesario.

Asimismo, en caso de fraude por parte de los interesados, al ocultar en forma deliberada o falsear sobre los datos contenidos en la Evaluación de Impacto Ambiental, podrá la Autoridad Administrativa cancelar la validez de la Declaración de Impacto Ambiental y consecuentemente ordenar la inmediata suspensión de la obra o actividad.

Igualmente constituye una clara infracción a la Ley n.º 294/93, el incumplimiento al artículo 1º que establece la obligatoriedad de la Evaluación de Impacto Ambiental, en ese sentido la falta de Licencia Ambiental de una actividad que se encuentra obligada por virtud del artículo 7 de la presente ley se constituye en la principal infracción. En ese mismo sentido se encuentra el incumplimiento del plan de gestión ambiental aprobado por la Declaración de Impacto Ambiental así como los planes de gestión genéricos que fueran dictados por resolución de la autoridad.

La Secretaría del Ambiente adquiere la facultad sancionatoria por in-



fracción a las normas de la que la autoridad de aplicación por imperio de la Ley n.º 5146/2014 “Que otorga facultades administrativas a la Secretaría del Ambiente, SEAM, en materia de percepción de cánones, tasas y multas”; asimismo reglamenta esta facultad en virtud al Decreto n.º 2598/2014 por el cual se pone en vigencia el nuevo régimen de multas por infracciones ambientales, entre las cuales se cuenta las principales a la Ley n.º 294/93, estableciendo incluso sanciones de hasta 10.000 jornales mínimos para actividades diversas no especificadas.

Puede observarse entonces:

- Ejecutar o realizar obras o actividades que debiera haberse sometido a evaluación de impacto ambiental, sin contar con la correspondiente declaración de impacto ambiental. Con sanción de 3001 a 10.000 jornales (grave).
- Incumplir las medidas protectoras, correctoras o de mitigación de impactos negativos previstas en el plan de gestión ambiental. 3001 a 10.000 jornales (grave)
- Incumplir con las compensaciones e indemnizaciones incluidas en el Plan de Gestión Ambiental del proyecto. 3001 a 10.000 jornales (grave).
- Incumplir con los métodos e instrumentos de vigilancia, monitoreo y control que debieran utilizarse de acuerdo con el Plan de Gestión Ambiental del proyecto, o con las demás previsiones contempladas en las reglamentaciones. 3001 a 10.000 jornales (grave).
- No comunicar a la Secretaría del Ambiente la realización de modificaciones significativas del proyecto, la ocurrencia de efectos no previstos,



ampliaciones posteriores o la potenciación de los efectos negativos por cualquier causa subsecuente. 3001 a 10.000 jornales (grave).

- Ocultar o falsear datos o alteraciones en la ejecución del proyecto y con ello se transgredan las obligaciones previstas en la Ley o sus reglamentos. 3001 a 10.000 jornales (grave).
- Impedir u obstaculizar las visitas, inspecciones, reconocimientos, verificaciones o fiscalizaciones que realicen los funcionarios de la SEAM o municipales que actuaran en el marco de convenios de delegación de competencias. 1 a 500 jornales (levísimas).

Conclusión

Se resaltar la importancia de este singular, pero fundamental proceso como lo es la Evaluación de Impacto Ambiental. Este no solamente consiste en un procedimiento jurídico-administrativo enfocado a la obtención de un permiso o aval necesario para desarrollar una actividad de cualquier tipo, sino que además está enfocado a la protección de un bien fundamental para la existencia del ser humano como lo es el medio ambiente.

En los tiempos actuales donde se observa un constante avance científico y un crecimiento poblacional de enormes proporciones, es de fundamental importancia enfocarnos a la protección y prevención ante todo daño o efecto negativo que pueda observarse por consecuencia de la actividad del ser humano teniendo sustrato o materia prima a los recursos naturales, diseccionándonos a un desarrollo sustentable en armonía con el bienestar y la calidad de vida de la sociedad.



La evaluación de impacto ambiental debe ser considerada no solo como un proceso multidisciplinario, obligatorio, integral y complejo, para todo aquel que tenga el afán de iniciar cualquier emprendimiento productivo que pueda tener algún efecto en nuestro medio ambiente, sino que éste además debe tenerse como un instrumento enfocado al cuidado, preservación y protección de la sociedad de forma integral.

No se puede ir contra el progreso y el desarrollo del hombre, puesto que las necesidades básicas son cada vez mayores en la sociedad; como ya indicamos al comienzo de este trabajo, la humanidad va evolucionando ciertamente y la tecnología ha adquirido un lugar incuestionable en nuestra vida. No obstante, todo este desarrollo innegable, puede significar una amenaza a nuestro ecosistema, y por ende a la humanidad misma. Es por todo esto que adquiere una señalada relevancia este proceso que fue humildemente analizado en el presente material, el cual merece ser publicitado y desarrollado a nivel social, en concordancia con las políticas gubernativas que tengan por finalidad la prevención ante daños al medio ambiente y por consiguiente, el cuidado de la humanidad.



Referencias

Pettit, Horacio Antonio. Franco Villalba, Carolina. Derecho Ambiental y Agrario. Asunción, Servi Book

Editora, 2001.

Franza, Jorge Atilio. Tomás, Pedro Bautista. Manual de Derecho Ambiental. Buenos Aires, Ediciones

Jurídicas, 1995.

Cañiza, Hugo Enrique. Merlo, Ricardo. Derecho Ambiental. Marben. Editora y Grafica. 2011.

Cañiza, Hugo Enrique. La Evaluación de Impacto Ambiental en Paraguay. Lineamientos Normativos. 2010.

Mejoramiento del marco legal ambiental del Paraguay. Legislación Ambiental Concordada. Instituto de

Derecho y Economía Ambiental. 2003.



Normas/Instructions /Normas de Publicación Instructions to Authours

Jeikuaauka rapetee

La Revista Jurídica es editada por el Centro de Entrenamiento del Ministerio Público, es un espacio destinado para fomentar la cultura investigativa y a incentivar, impulsar y apoyar la investigación jurídica y de otras ciencias afines que se traduzcan en aportes relevantes para la eficiencia y eficacia de la gestión fiscal. Tiene una periodicidad anual. La convocatoria es abierta a la comunidad científica nacional e internacional.

En la revista se publican artículos científicos que luego de un proceso de revisión y selección, tomando como base los siguientes parámetros, el valor científico, el rigor metodológico, la originalidad (inédito), el aporte a la función fiscal, al derecho, a las capacitaciones y su utilidad práctica.

Para la publicación del artículo se solicita al autor la firma de una carta compromiso de autoría y cesión de derechos de reproducción, en la misma el autor da fe de la autoría y originalidad de la investigación presentada, expresando su conformidad en ceder los derechos de publicación, reproducción y circulación como parte de la edición respectiva. En su caso, el autor deberá informar si su trabajo fue publicado o presentado previamente para su publicación en otros medios.

Formato general del artículo

Los artículos deben ser presentados en hoja tamaño carta, escritura a simple faz, los márgenes 2.54 izquierdo, derecho, inferior y superior en toda la hoja, la sangría a cinco espacios en la primera línea de cada párrafo, interlineado



1,5 y el texto justificado, sin espacio entre líneas y sin espacio entre párrafos.

Tipo de letra Times New Román 12 puntos. El artículo tendrá un mínimo de 15 hasta un máximo de 22 páginas incluyendo, título, resumen, desarrollo, referencias, cuadros e imágenes si los tuviera.

Tipos de Artículos

A su vez estos artículos se distinguen, conforme a su tipo y siguiendo los lineamientos tanto de indexación y de las normas APA, en:

Artículo original: Son estudios empíricos de investigaciones originales, incluyen análisis secundarios que ponen a prueba la hipótesis, presentando nuevos análisis de datos que no se consideraron o abordaron en informes anteriores. En su estructura constan de distintas secciones que reflejan las etapas del proceso de investigación.

Artículo de revisión: Investigación que analiza, sistematiza e integra datos con la finalidad de informar al lector acerca de los avances y el estado de la investigación en curso y sugiere los pasos para resolver el problema.

Reporte de casos: Son informes obtenidos al trabajar con un individuo, un grupo o una organización. Los estudios de caso ilustran un problema; indican los medios para resolver un problema y/o arrojan luz sobre investigaciones requeridas, aplicaciones clínicas o cuestiones teóricas. En estudios de caso escritos, los autores deben determinar el balance entre proporcionar un material ilustrativo importante o emplear un material confidencial con responsabilidad.

Tema de actualidad: Artículos que aporten un real interés científico,



pero sin la profundidad de un análisis crítico que requiere un artículo de investigación. Puede prescindir en su estructura de la sección métodos y materiales.

Estructura del Artículo

Título: Desprendido del tema, consiste en la forma más sucinta posible del tema a ser investigado. En lo posible se debe abarcar en pocas palabras el sentido de la investigación.

Resumen: Es una síntesis breve y global de los contenidos más importantes de la investigación, los descubrimientos básicos y las conclusiones más importantes y sus implicancias. Debe ser preciso, no evaluativo, coherente, legible y conciso. El resumen se escribe una vez terminada la investigación, en un solo párrafo y debe tener una extensión entre 150 y 250 palabras.

Palabras clave: Palabra 1, Palabra 2, Palabra 3, Palabra 4 (de 4 a 6 palabras clave que describen el contenido principal del artículo, separadas por comas).

Introducción: La introducción debe plantear el problema a identificar, el objetivo general, debe justificar los fundamentos de la investigación y delimitar sus alcances, establecer la hipótesis. Realizar una explicación de los antecedentes y/o las bases teóricas.

Marco Teórico: El marco teórico o la perspectiva teórica se integra con las teorías, los enfoques teóricos, estudios y antecedentes en general, que se refieran al problema de investigación. Para elaborar el marco teórico es necesario detectar, obtener y consultar la literatura, y otros documentos pertinentes para el problema de investigación, así como extraer y recopilar de ellos la información de interés.



Método: En esta sección se describe a detalle como se realizó el estudio, incluyendo las definiciones conceptuales y operacionales de las variables empleadas así como, la teoría de recolección de datos y si fuera el caso, de las herramientas de medición que permitan evaluar la metodología, la fiabilidad y la validez de los resultados obtenidos.

Análisis de los resultados: El análisis de datos se realiza una vez que el investigador ha codificado los datos, transferido a una matriz y revisado los errores, se centra en la interpretación de los resultados. Se describen los hallazgos mediante tablas, cuadros, gráficos. Los resultados deben ser expresados de manera clara pues implican los nuevos conocimientos que se están aportando con la investigación realizada.

Discusión/Conclusión: En la discusión/conclusión se presentan los principios, relaciones y generalizaciones que los resultados indican. Se mencionan los resultados relevantes, incluso los que van en contra de lo esperado. El autor evalúa e interpreta las implicancias, inferencias y a partir de ellas obtendrá conclusiones a la vez que se enfatiza las consecuencias teóricas o prácticas de los resultados.

Recomendación: las propuestas que se presenta a partir del análisis de los resultados y que permitirán ofrecer una alternativa para mejor o una mejor aplicación.

Referencias: Listado de libros y otras fuentes que se emplean y consultan durante la investigación y en la elaboración del marco teórico. Se lo introduce en orden alfabético por autores siguiendo las reglas del sistema internacional de referencia (APA).



En la lista de referencias, el autor escoge e incluye sólo aquellas fuentes que utilizó en su trabajo. En este sentido, “una lista de referencias cita trabajos que apoyan específicamente a un artículo en particular. En contraste, una bibliografía cita trabajos que sirvieron de fundamento o son útiles para una lectura posterior, y puede incluir notas descriptivas”. (American Psychological Association, 2002, pág. 223).

Sistema de revisión

Todos los trabajos de investigación presentados para su publicación serán revisados, evaluados y seleccionados por un equipo editor interno conformado por la Dirección de Análisis y Evaluación Curricular, el Departamento de Investigación y Publicación, el funcionario asignado para corrección de Redacción y Estilo y miembros del Consejo Editorial externo, seleccionados según su especialidad en relación a la materia objeto de investigación.

Los artículos serán evaluados a través del sistema de arbitraje por pares en la modalidad doble ciego, a fin de preservar la objetividad. Los mismos, integran el Consejo Editorial externo. Será seleccionado un miembro por artículo para la revisión.

Los evaluadores elevarán sus sugerencias de modificación, aprobación o rechazo del artículo en cuestión. En caso de disconformidad por parte del autor con la evaluación, la Dirección de Análisis y Evaluación Curricular podrá convocar a otro árbitro de modo a obtener una segunda evaluación.

El dictamen final será elaborado por la Dirección de Análisis y Evaluación Curricular, sobre la base de las evaluaciones realizadas. Esta puede ser de



aceptación, rechazo o condicionamiento a las modificaciones sugeridas por los revisores.

La revisión, evaluación y selección de las investigaciones serán realizadas conforme a los criterios establecidos en este Reglamento.

Criterios generales para la aceptación de artículos

Las investigaciones se evaluarán según la naturaleza del trabajo, teniendo en consideración:

- El valor científico.
- El rigor metodológico.
- Su originalidad (los artículos deben ser originales) y aporte a la función fiscal, al derecho y a las capacitaciones.
- Su utilidad práctica.

Envío de artículos

Luego de presentado el trabajo, el Consejo Editorial interno y externo designado para el efecto lo revisará, formulará las consideraciones que crea pertinentes y se expedirá a través de la Dirección de Análisis y Evaluación Curricular.

Al respecto podrá:

- Devolver el trabajo al investigador para que en el plazo de tres días, corrija o ajuste su investigación a las reglas formales y metodológicas.
- Devolver el trabajo al investigador y fijar un plazo adicional para los cambios pertinentes si el equipo editor considera que requiere alguna



modificación, ampliación, reducción, ajuste o adaptación en cuanto al contenido sustancial. En estos casos, se podrá fijar una entrevista con el investigador para exponerle las sugerencias sobre su trabajo.

- Rechazar la publicación si el trabajo no responde a las políticas de investigación, se aparta de los parámetros y reglas metodológicas o no guarda el rigor científico debido.
- Rechazar la publicación de la investigación ante la detección de cualquier indicio o elemento manifiesto de transcripción total o parcial de textos, publicaciones o cualquier documento u obra protegido por el derecho de autor, sin las debidas referencias. Esta decisión será irrecurrible.
- Aprobar el trabajo de investigación para su publicación. En caso de no ser posible su publicación en la Revista Jurídica por la limitación de plazas, si el investigador así lo indica, su trabajo quedará en expectativa para concursar por una plaza de publicación para el siguiente periodo, por lo que quedará archivado en la dirección a ese efecto. Mientras, dicha investigación será publicada en la página web del MP en el espacio designado para ese efecto. En todos los casos, las decisiones serán comunicadas al autor del trabajo de investigación.



Carta compromiso

Compromiso de autoría y cesión de derechos de reproducción

Quien suscribe, con C.I. n.º autor de la investigación titulada por intermedio de la presente, doy fe de la autoría y originalidad de la obra mencionada que se presenta ante la Dirección de Análisis y Evaluación Curricular del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público, para ser publicada en la Revista Jurídica 6ta Edición.

Asimismo, expreso mi conformidad de ceder los derechos de reproducción y circulación de esta investigación como parte de la Edición de la Revista Jurídica en forma exclusiva, al Centro de Entrenamiento del Ministerio Público.

Dicha reproducción y circulación se podrá realizar, en una o varias veces, en cualquier soporte, para todo el mundo, con fines sociales, educativos y científicos.

Se firma la presente en la Ciudad de Asunción, a los días del de de

FIRMA

ACLARACIÓN

C.I.n.º



La suplantación de identidad en las redes sociales
ELENO QUIÑÓNEZ ACEVEDO

El hacker y sus conductas
GIOVANNI MICHELLE GRISETTI VALIENTE

Pornografía infantil en internet
MYRIAN GRACIELA NÚÑEZ

Perspectivas y prospectivas de la Jurisdicción Constitucional
JORGE ALEJANDRO AMAYA

Hechos punibles de carácter patrimonial como consecuencia del incumplimiento contractual
LIZ CARLA FRANCISCA ESCOBAR FRANCO

Hechos punibles de violencia familiar en Encarnación. Descripción del aumento de las denuncias recibidas entre el periodo 2000 a 2012.
MABEL CAROLINA NÚÑEZ RIVEROS

Reflexiones sobre el recurso de casación en Colombia
DIANA MARÍA RAMÍREZ CARVAJAL

Funciones y disfunciones del Proceso Penal Paraguayo. Etapa Intermedia
MARÍA CAROLINA LLANES OCAMPOS

Alcances del principio de publicidad en la etapa preparatoria
CYNTHIA CAROLINA ORTIZ RAMÍREZ

Reflexiones a la Ley n.º 294/93, evaluación de impacto ambiental
MIGUEL OSCAR BAJAC



Ministerio Público.
República del Paraguay.

latindex