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

# REVISTA JURÍDICA

INVESTIGACION EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.
CENTRO DE ENTRENAMIENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

**CRIMINOLOGIA**

**DERECHO PENAL**

**DERECHO PROCESAL PENAL**

**DERECHOS HUMANOS**

**DERECHO CONSUETUDINARIO**

**BUENAS PRACTICAS**

**DERECHO CONSTITUCIONAL**

**CRIMINALISTICA**

Nº 5

2015

**Ministerio Público.**

**República del Paraguay.**

# REVISTA JURÍDICA

Investigación en ciencias jurídicas y sociales

CENTRO DE ENTRENAMIENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Avda. Ygatimi esq. Alberdi
Telefono: (+595-21) 443693/4
dip.informaciones@gmail.com
www.ministeriopublico.gov.py
Asunción, Paraguay

2015

# MINISTERIO PÚBLICO

**FRANCISCO JAVIER DÍAZ VERÓN**
FISCAL GENERAL DEL ESTADO

**RICARDO MERLO FAELLA**
FISCAL ADJUNTO
ENCARGADO DEL CENTRO DE ENTRENAMIENTO

**CENTRO DE ENTRENAMIENTO**

**Consejo Editorial Interno**
Abg. María Cecilia Ocampos Benedetti
Directora de Análisis y Evaluación Curricular

Abg. Fanny Sybille Abarzúa Cabezas
Jefa del Dpto. de Investigación y Publicación

Mg. Sara Mariel Sosa Villalba
Jefa de Departamento

**Producción Editorial**
Mg. Nancy Ovelar de Gorostiaga
Directora de Enlace
Abg. Claudia Rojas
Jefa de Departamento Promoción y Difusión
Lic. Claudia Lovera
Jefa de Departamento Vinculación Académica

**Traductor**
Lic. Hugo Guanes. Traducción al Inglés

**Equipo de corrección de estilo**
Lic. María Auxiliadora Páez
Abg. Sonia Zaldívar Amado
Abg. Romina Toro

**Colaboradores:**
Abg. Estela Alvarenga de Cogliolo
Abg. Juan Pablo Rolón Ruiz Díaz
Abg. Eduardo Escobar Said

ISSN 2415-5063 Versión impresa
ISSN 2415-5071 Versión en línea
Periodicidad – Anual
Tirada ..... ejemplares

La reproducción total o parcial de esta publicación podrá ser hecha siempre que se cite la fuente.
Las opiniones contenidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de los autores.

**AUTORES**

JUANA CARINA SÁNCHEZ FERNÁNDEZ.
MARÍA ROSA CUTTIER QUINTANA.
RICARDO JOSÉ MERLO FAELLA.
DORIS FÁTIMA OJEDA DE YNSFRÁN.
MARÍA ALEJANDRA PERALTA ESCURRA.
MARÍA EUGENIA BENÍTEZ CABRERA.
MARÍA EUSEBIA SEGOVIA CABRERA VIEDMA.
JUAN PABLO ROLON RUIZ DIAZ.
FÁTIMA FRANCISCA FIGARI BRIZUELA.
RODRIGO ENMANUEL ESTIGARRIBIA BENÍTEZ.

# INDICE

**CONTENIDO / CONTENTS**

**PRESENTACIÓN / PRESENTATION** ..... **11**

Factores que influyen en los hechos punibles de abuso sexual en niños
Factors that have influence on cases of child abuse
**JUANA CARINA SÁNCHEZ FERNÁNDEZ.** ..... **13**

Daños psicológicos frecuentes en niñas, niños y adolescentes víctimas de abuso sexual. Análisis de casos atendidos en el centro de atención a víctimas del ministerio público de concepción
Frequent psychological harms on children and adolescent victims of sexual abuse. Analysis of cases taken care by the Victim Assitance Center of the Public Prosecutors Office in Concepción.
**MARÍA ROSA CUTTIER QUINTANA.** ..... **31**

Eficiencia y eficacia de la aplicación de la Probation en el hecho punible de Violencia Familiar.
Efficiency and effectiveness in the application of probation in cases of domestic violenc.
**RICARDO JOSÉ MERLO FAELLA.** ..... **49**

Rol del Ministerio Público en la justicia penal juvenil
Role of the Public Prosecutor´s Office in Juvenile Criminal Justice
**DORIS FÁTIMA OJEDA DE YNSFRÁN.** ..... **101**

La aplicación del tipo legal de tortura en el derecho penal paraguayo.
The punishable act torture in the paraguayan criminal law
**MARÍA ALEJANDRA PERALTA ESCURRA.** ..... **123**

Derecho consuetudinario de los Pueblos Indígenas en la Legislación Nacional
Indigenous peoples´cuestomary law in National Legislation
**MARÍA EUGENIA BENÍTEZ CABRERA.** ..... **147**

Programa de Protección a Testigos: herramienta para fortalecer la Justicia Penal paraguaya
Frequent psychological harms on children and adolescents victims of sexual abuse
**MARÍA EUSEBIA SEGOVIA CABRERA VIEDMA.** ..... **181**

Legitimidad de la intervención del ministerio público en los hechos punibles de "invasión de inmueble ajeno"
The Public Prosecutor Office´s legitimacy in legal procedures against invasion of private property
**JUAN PABLO ROLÓN RUIZ DIAZ** ..... **211**

La Autopsia psicológica en las investigaciones de muertes con causas
Psychological autopsy in investigation of cases of unclear cause of death
**FÁTIMA FRANCISCA FIGARI BRIZUELA.** ..... **251**

Querella conjunta autónoma, alcance y aplicación en el proceso penal paraguayo
Autonomous complaint, its scope and application in the paraguayan criminal process
**RODRIGO ENMANUEL ESTIGARRIBIA BENÍTEZ .** ..... **269**

**Normas/Instructions – Normas de Publicación/ Instructions to Authours**..... **297**

# PRESENTACIÓN

Con gran satisfacción presentamos la Revista Jurídica número 5 del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público, elaborada con el afán de promover la investigación científica en el área jurídica y contribuir a enriquecer nuestro aporte académico en el campo del derecho y la función fiscal.

El material contiene artículos sobre temas variados como: hechos punibles de abuso sexual en niños; Daños psicológicos frecuentes en niñas, niños y adolescentes víctimas de abuso sexual; Eficiencia y eficacia de la aplicación de la Probation en el hecho punible de Violencia Familiar; La aplicación del tipo legal de tortura en el derecho penal paraguayo; Derecho consuetudinario de los Pueblos Indígenas en la Legislación Nacional; La Autopsia psicológica en las investigaciones de muertes con causas y la Querella conjunta autónoma: alcance y aplicación en el proceso penal paraguayo.

Asimismo, esboza artículos que hacen a la labor específica del Ministerio Público, tales como: Análisis de casos atendidos en el Centro de Atención a Víctimas del Ministerio Público de Concepción; Rol del Ministerio Público en la Justicia penal juvenil; Programa de Protección a Testigos: herramienta para fortalecer la Justicia Penal paraguaya; Legitimidad de la intervención del Ministerio Público en los hechos punibles de "invasión de inmueble ajeno".

Reconocemos el trabajo de nuestros jóvenes investigadores por su compromiso con este emprendimiento y por su admirable persistencia, sin más motivación que contribuir con su aporte intelectual, al debate dentro de la comunidad jurídica.

El Centro de Entrenamiento, como instancia encargada de concretar la política de capacitación de la Fiscalía, agradece además a los componentes de

las distintas dependencias de la institución, quienes con su colaboración efectiva permiten concretar esta producción editorial. El apoyo del fiscal general el Estado, Javier Díaz Verón, ha sido un factor determinante en la consecución de los procesos del CEMP, para el cumplimiento de sus fines.

La Revista Jurídica pretende ser un aporte permanente y consolidado de mucha utilidad para todos quienes tenemos la función clave de representar a la sociedad y constituye un orgullo para la institución.

RICARDO MERLO FAELLA

# Factores que influyen en los hechos punibles de abuso sexual en niños
# Factors that have influence on cases of child abuse

*Por Juana Carina Sánchez*[*]

**Resumen**

Ante el constante ingreso de denuncias de hechos punibles que guardan relación con la violencia sexual, especialmente contra niños y niñas, en las unidades fiscales del Departamento de Cordillera, fue posible identificar ciertos aspectos comunes en la mayoría de los casos. Esto motivó la realización de este trabajo, que no resulta más que un estudio profundo a fin de determinar características y/o factores que sean de utilidad para el mejor abordaje de la investigación penal de este tipo de hechos, así como para la elaboración de programas de prevención y atención que permitan reducir estas conductas ilícitas y, en su caso, mitigar sus consecuencias. Para llevar a cabo la presente investigación se tomaron como muestra cuarenta de las ochenta causas sobre Abuso Sexual en Niños ingresadas en el periodo 2013, en las distintas unidades fiscales del Departamento de Cordillera, en las que se identifican aspectos personales y sociales, tanto de la víctima y victimario, así como los elementos resaltantes sobre la forma en que se produce el hecho de referencia, datos que facilitaron arribar a recomendaciones para el abordaje integral de este tipo de hechos.

* Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNA 2004, Egresada de la Escuela Judicial del Paraguay 2005-2006, Diplomado en Didáctica Universitaria-Universidad Columbia. 2009. Especialización en Trata de Personas a nivel nacional y en el exterior en Perú, Uruguay, Argentina, Chile y estados Unidos (2005-2012). Especialización en la Reforma Procesal Penal en CEJA Chile 2011, Maestrando en Derecho, Universida del Norte, Funcionaria del Ministerio Publico desde el año 2001, Agente Fiscal nombrada en el año 2012, en la actualidad especializada en Adolecente infractor de la Ley Penal y Docente e investigador del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público.

**Abstract**

As a result of the numbers of criminal complaints related to sexual violence, especially against children, reported to the prosecutor's office in Cordillera* Translator's note: Cordillera is a Department in central-western Paraguay, with a population of 234.805 inhabitants (2002), it was possible to identify certain common criteria in the majority of the mentioned complaints. This made possible the realization of this paper, consisting of a profound research that aims to establish characteristics and criteria that may be useful for a better approach of criminal investigations related to this felony offense, and for elaborating prevention and assistance programs that allow sinking the rate of sexual abuse or easing the consequences of it. To carry out this investigation, 80 cases of child abuse reported to the prosecutor office's units in Cordillera, during the year 2013, were taken as samples. In the refered cases, both victim's and agressor's personal and social aspects were identified, as well as remarkable elements about how the offense took place. These informations enhanced the elaboration of recommendations for a better integral approach of this type of felony offense.

***Palabras claves:*** abuso sexual, investigación, víctima, agresor, niños, niñas, factores, características, atención y prevención.

***Key words:*** sexual abuse, investigation, victim, agressor, children, factors, characteristics, assistance and prevention.

**Justificación**

En la actualidad, los hechos violentos en contra de niños y niñas, especialmente aquellos de índole sexual, constituyen todo un flagelo que requiere

* Translator's note: Cordillera is a Department in central-western Paraguay, with a population of 234.805 inhabitants (2002)

de una atención especial por parte de los diferentes actores tanto de la justicia, como de las demás instituciones del Estado involucradas, a fin de establecer estrategias adecuadas para intervenir en los casos concretos, brindar una protección y atención eficiente y oportuna a las víctimas y, en especial buscar las condiciones para la prevención que permitan una protección efectiva de los menores.

El abuso sexual tiene consecuencias terribles y, más aun en los niños, pues constituye una interrupción en su desarrollo evolutivo normal y crea traumas que si no se abordan de manera adecuada pueden crear serios conflictos en su vida futura.

En ese orden, la presente investigación servirá para obtener datos concretos sobre las circunstancias en que se produce el abuso sexual en niños, así como las características de las víctimas y agresores, los cuales facilitarán el abordaje de este tema en todos los aspectos posibles.

En ese contexto, a fin de lograr un acercamiento hacia las causas y características de este tipo de hechos resulta necesario establecer las siguientes interrogantes: ¿La coyuntura social y cultural guarda relación con los hechos punibles de abuso sexual en niños?, ¿el parentesco entre víctima y victimario puede constituirse en uno de los factores que prevalece en el abuso sexual?

El objetivo principal de la presente investigación radica en analizar el perfil de las víctimas y victimarios de abuso sexual en niños cometidos en el departamento de Cordillera en el periodo 2013, así como determinar el ámbito en que se producen dichos hechos.

**Concepto de abuso sexual infantil**

El abuso sexual infantil como las demás formas de violencia atenta

contra los derechos fundamentales de todo niño. Existen varios conceptos al respecto con un denominador común, que es el abuso de poder que ejerce el victimario, que por lo general es un adulto, para el sometimiento sexual de su víctima sea esta niño o niña.

Según se define en el Cuaderno de Neuropsicología (2007), el abuso sexual infantil se produce:

> Cuando un adulto utiliza la seducción, el chantaje, las amenazas y/o la manipulación sicológica para involucrar a un niño o niña en actividades sexuales o erotizadas de cualquier índole (insinuaciones, caricias, exhibicionismo, voyeurismo, masturbación, sexo oral, penetración anal o vaginal, entre otros). Esto implica involucrar al niño o niña en una actividad que no corresponde a su nivel de desarrollo emocional, cognitivo ni social.

La Organización Mundial de la Salud, en adelante OMS, considera abuso sexual infantil el hecho de:

> Involucrar a un niño en actividades sexuales que no llega a comprender totalmente, a las cuales no está en condiciones de dar consentimiento informado, o para las cuales esta evolutivamente inmaduro y tampoco puede dar consentimiento, o en actividades sexuales que trasgreden las leyes o restricciones sociales.

Asimismo, la National Center of Child Abuse and NEglet (1978), la define como:

> Contactos e interacciones entre un niño y un adulto, cuando el adulto (agresor) usa al niño para estimularse sexualmente él mismo, al niño u otra persona. El abuso sexual puede ser también cometido por una

persona menor de 18 años, cuando esta significativamente mayor que el niño (víctima) o cuando el agresor está en una situación de poder o control sobre otro.

**Dimensión de la problemática a nivel mundial**

El abuso sexual en niños es una forma de maltrato que se da en todo el mundo y es considerado como las más graves de las violaciones de los derechos del niño. Según un estudio realizado por la OMS en el año 2002, más de 150 millones de niñas y 73 millones de menores de 18 años, experimentaron relaciones sexuales forzadas u otras formas de violencia sexual con contacto físico. Además dicho estudio hace hincapié en que existen millones de niños y niñas más violentados y violentadas sexualmente, casos que permanecen ocultos en razón de que no son denunciados por varios motivos tales como la falta de confianza en las autoridades, el miedo, el estigma, entre otros.

Existen varios estudios al respecto, de acuerdo a la información obtenida, se tiene que:

> En 80 a 95% de los casos, los abusadores son varones heterosexuales que utilizan la confianza, familiaridad, engaño y sorpresa para someter a sus víctimas. La media de las víctimas ronda entre los 8 y 12 años de edad. El número de niñas que sufren abusos sexuales es entre 1,5 y 3 veces mayor que los niños

Según un informe publicado por la Organización de las Naciones Unidas, en adelante ONU, Chile ocupa el tercer lugar en el mundo en tasa de denuncias sobre abuso a menores y registra un aumento significativo de las denuncias sobre abuso sexual, de esta manera en el año 2006 de una tasa de 32,2% asciende en el año 2012 a una tasa de 68,5%. Pese a estos aumentos reveladores,

se considera que los casos no denunciados siguen con altas cifras.

**Abuso sexual en Paraguay**

Según un informe realizado por la Unicef, las denuncias de abuso sexual en niños se triplicaron en Paraguay, pues de 788 casos registrados en el año 2005, se pasa a 2298 en el año 2010. También hace énfasis en el hecho de que muchos casos no son denunciados, por varias razones que son comunes en todos los países.

En ese sentido, con el fin de resaltar tanto la importancia como la gravedad de estos hechos contra los menores, por decreto n.º 3279 del 8 de setiembre de 2004, se estableció el día 31 de mayo como "Día Nacional contra el Maltrato, Abuso Sexual y Laboral de Niños, Niñas y Adolescentes del Paraguay", en memoria a la niña Felicita Estigarribia, de 11 años de edad, oriunda de la ciudad de Yaguarón, quien fue abusada sexualmente y asesinada, un día normal en el que se encontraba vendiendo mandarinas para el sustento familiar.

La problemática del abuso sexual en menores se instala en la sociedad paraguaya, cada vez que se mediatiza algún caso concreto, lo cual generalmente provoca una movilización de la sociedad civil, cuyos pedidos se enfocan en la mayoría de los casos, en la necesidad imperante de realizar una modificación a la legislación penal vigente, a fin de incrementar las penas previstas actualmente para este hecho punible.

**Marco Legal**

En el marco normativo nacional se incorpora el sistema de protección a la infancia, siguiendo con los lineamientos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificada por Ley n.º 57/90, obliga a los Estados partes a adoptar todas las medidas tendientes a protegerlos contra toda

forma de violencia. Así se añade al ordenamiento jurídico otros instrumentos internacionales más específicos referentes a la protección integral de niños, niñas y adolescentes.

La Constitución Nacional hace un reconocimiento expreso de los derechos fundamentales de los que gozan todos los niños, niñas o adolescentes, en consonancia con la doctrina de la Protección Integral y establece la obligación de la familia, la sociedad y del Estado de garantizar al niño, niña o adolescente el goce efectivo de esos derechos, así como su protección contra todo tipo de violencia.

El Código de la Niñez y de la Adolescencia, en la misma tesitura, contempla un sistema de promoción y protección integral de los derechos del niño, niña y adolescente y las instituciones encargadas de llevar adelante las políticas y lineamientos en ese sentido.

El abuso sexual en niños se encuentra tipificado en el art. 135 del Código Penal, modificado por el art. 1º de la Ley n.º 3440/08, donde se hace la descripción de las conductas punibles que constituyen abuso sexual, cuyo marco penal va de 3 a 15 años, cuando concurren agravantes. Asimismo, establece que niño es toda persona menor de 14 años.

La tipificación de referencia, abarca en general las diversas situaciones y modalidades posibles de abuso en un niño o niña, sin embargo, lo que cuestiona la sociedad es el marco penal, establecido, puesto que se lo considera muy bajo con relación al daño que ocasiona este tipo de hechos a las víctimas.

En conclusión, se puede afirmar que el marco normativo nacional es bastante amplio en la materia, sin embargo el problema radica en la implementación efectiva del sistema de protección de los derechos del niño, niña y adoles-

cente, debido a que no existen programas de prevención de los hechos de violencia contra niños y niñas, y menos programas de atención a víctimas de Abuso Sexual, y si los hay no son suficientes como para cubrir todas las necesidades.

Las intervenciones que se realizan con los niños y niñas víctimas de abuso sexual, son principalmente desde el ámbito judicial, el cual culmina en el mejor de los casos en condenas a los autores de estos hechos punibles. Sin embargo, queda de lado otro aspecto muy importante, que es la atención de las víctimas durante y luego de culminado el proceso, lo que hasta ahora no ha sido abordado correctamente por las instituciones encargadas.

En ese sentido, es importante considerar el acceso a la justicia desde la perspectiva de la restitución efectiva de los derechos conculcados a las víctimas, la cual solo se puede lograr mediante programas efectivos de atención a esos casos.

Por último, cabe destacar que generalmente se incurre en un error al buscar soluciones a este tipo de hecho en el ámbito penal, puesto que se activa cuando el hecho ya ocurrió y lo que pretenden castigar al culpable. Este pensamiento riñe con derechos fundamentales de los niños y niñas, pues el abordaje de tan complejo tema debe comenzar con la prevención, de manera a impulsar su protección.

**Estudio de casos**

Para realizar la investigación, se tomaron como muestra 40 causas de abuso sexual en niños, de un total de 80 causas ingresadas en el año 2013 en las fiscalías del Departamento de Cordillera (que conforman tres sedes fiscales ubicadas en las ciudades de: Emboscada, Caacupé y Eusebio Ayala), las cuales fueron evaluadas para la obtención de los datos necesarios para la investigación.

Es importante mencionar que del total de causas ingresadas, varias de ellas fueron luego tipificadas como Estupro, debido a que la edad de las victimas sobrepasaba los 13 años. Otras fueron desestimadas y archivadas.

En cuanto al abordaje de las víctimas durante la investigación, lo ideal sería que lo realice, desde la primera entrevista un profesional en Sicología, a fin de evitar la re- victimización mediante la repetición de los hechos a distintas personas, que no siempre están capacitadas para tratar a las víctimas.

En ese orden, en las Fiscalías del Departamento de Cordillera se instaló dicha práctica, sin embargo, no siempre es posible debido a la escasez de profesionales asignados a dicha área (psicólogos y otros profesionales del Centro de Atención a Víctimas del Ministerio Público), a raíz de ello funcionarios de las unidades fiscales realizan las primeras entrevistas a las víctimas, a fin de recabar la información necesaria para la investigación.

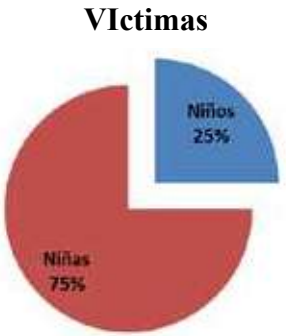
Ante dicha situación, se recomienda cuanto sigue: dotar de más personal al área de atención a víctimas de las fiscalías del Departamento de Cordillera, que se dispongan turnos para atender todos los casos, incluso aquellas que se dan fuera de horario de oficina o los fines de semana, así como la capacitación de los funcionarios para el abordaje correcto de este tipo de hechos punibles.

**Factores y características de las víctimas de abuso sexual.**

**Edad y sexo**

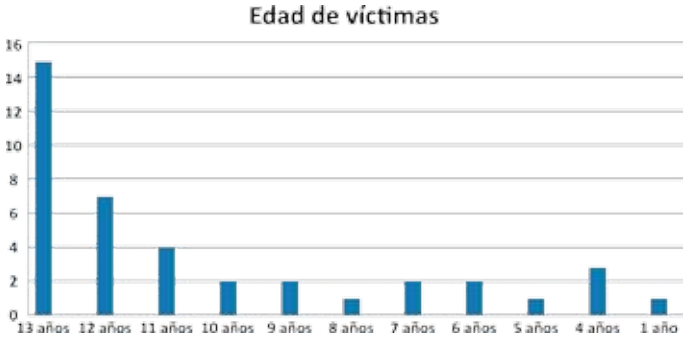
La investigación revela que el 75% de las víctimas son niñas y el 25% niños, de diferentes edades, que van desde los 1 hasta los 13 años, sin embargo se verifica que la mayoría de las víctimas tienen entre 11 a 13 años, conforme los datos obtenidos en el estudio.

**Gráfico 1**




Fuente: elaboración propia partir de los datos de la Fiscalía del departamento de Cordillera

**Gráfico 2**




Fuente: elaboración propia partir de los datos de la Fiscalía del departamento de Cordillera

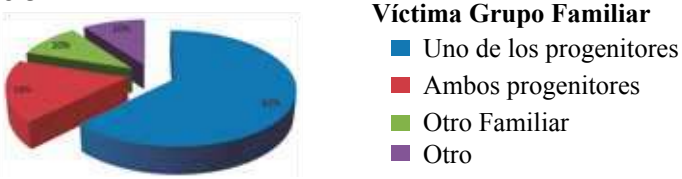
**Factores**

**Conformación del Grupo Familiar**

En cuanto a la conformación del grupo familiar, el 62% de las víctimas convive con solo uno de los progenitores, conforme a los datos procesados se puede observar que la madre es la que tiene la custodia de los menores en un alto porcentaje. El 18% convive con ambos padres, 10% convive con otro familiar y otro 10 % convive con personas con quienes no tienen relación de parentesco.

Un dato relevante obtenido del análisis de los datos guarda relación al grupo familiar de las víctimas, el cual en su mayoría es numeroso y en algunos casos, es ensamblada, circunstancia que se da cuando uno o ambos miembros de la actual pareja tienen uno o varios hijos de uniones anteriores.

**Gráfico 3**




**Fuente:** elaboración propia partir de los datos de la Fiscalía del departamento de Cordillera

## Situación socioeconómica

En cuanto a la situación económica de las víctimas, el 51% se encuentra en estado de pobreza, el 27% en extrema pobreza y solo el 22 % tiene las necesidades básicas cubiertas.

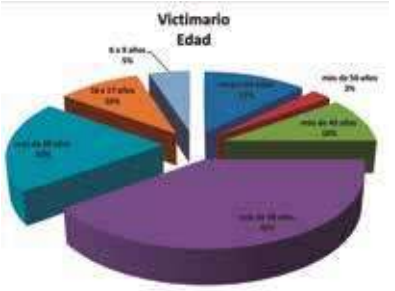
**Gráfico 4**

Fuente: elaboración propia partir de los datos de la Fiscalía del departamento de Cordillera

## 5.2 Perfil de los victimarios

En cuanto a las características personales de los agresores la muestra determina que todos son varones. En un mayor porcentaje son adultos con una edad de entre 20 a 50 años y en menor porcentaje son adolescentes de 14 a 17 años. Asimismo se identificó entre los victimarios a dos niños de entre 6 y 9 años de edad.

**Gráfico 5**

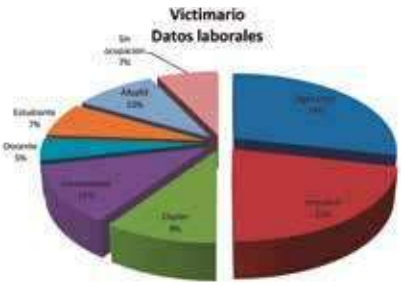



Fuente: elaboración propia apartir de los datos de la Fiscalía del departamento de Cordillera

**Laborales.**

La mayoría de los agresores se dedican a la agricultura (29%), otros a actividades informales por las que perciben una remuneración en jornales (21%), en un menor porcentaje se ha identificado que son comerciantes (12%), choferes (9%), estudiantes (7%), docentes (5%) y otros sin ocupación (7%).

**Gráfico 6**




Fuente: elaboración propia partir de los datos de la Fiscalía del departamento de Cordillera

**Relación con las victimas**

El estudio reveló que en un 59% de las causas objeto de investigación existe una relación familiar entre la víctima y el agresor, (padre, padrastro, tío, primo, abuelo); en un 26% son vecinos de las víctimas y en un porcentaje inferior son, los profesores (5%), novios (5%) o desconocidos (5%).

**Gráfico 7**

Fuente: elaboración propia partir de los datos de la Fiscalía del departamento de Cordillera

**Datos Varios**

De acuerdo a los datos proporcionados por la Dirección de Planificación, del Ministerio Público, en el año 2013, a nivel país ingresaron 1787 causas sobre Abuso Sexual en Niños, de las cuales 1406 víctimas fueron evaluadas por las profesionales del Centro de Atención a Víctimas.

Con relación a los lugares donde ocurren con mayor frecuencia los hechos de Abuso Sexual, de acuerdo a los datos obtenidos en la investigación, dichas ciudades son: Caacupé, Arroyos y Esteros, Emboscada, Tobatí, Atyrá. En las demás ciudades del Departamento ocurren en menor porcentaje, conforme a este estudio.

Dificultades durante la investigación fiscal

1. Las víctimas en muchas ocasiones no cuentan con el apoyo de los familiares, es más, en varios casos sus propios padres, llegan a acuerdos económicos con el agresor o sus familiares.

2. En atención a que en la mayoría de los casos el autor es del entorno familiar, la víctima es coaccionada por los propios familiares a fin de modificar su versión de los hechos.

3. No se cuenta con programas de atención y abordaje de las víctimas, para la contención durante el proceso, pues si bien el Ministerio Público cuenta con sicólogos y trabajadores sociales, el abordaje consiste en evaluaciones victimológicas que concluyen en informes que sirven de pruebas en la investigación; así como acompañamientos en ciertas diligencias propias del proceso.

4. La mayoría de las víctimas no reciben tratamientos terapéuticos, indispensables para superar el evento traumático al cual fueron sometidas, esto se debe principalmente a la falta de recursos y la distancia de los centros asistenciales que cuentan con el servicio.

5. Los centros asistenciales próximos a las víctimas no cuentan con sicólogos; solo aquellos que se encuentran más próximos a la ciudad de Caacupé cuentan con ese servicio.

6. No se cuenta con albergues para las víctimas, muy necesarios en ciertos casos por la situación de desamparo en la que se encuentran las víctimas, pues como muestra el estudio la mayoría de los agresores son del entorno familiar.

**Buenas prácticas en el abordaje de las víctimas durante la investigación.**

En la Fiscalía Zonal de Emboscada, desde el año 2013, se mejoró, significativamente el abordaje a las víctimas de todo tipo de violencia, en especial en los casos de Abuso Sexual en Niños. En efecto, se habilitaron dos oficinas: una para la realización de inspecciones físicas por parte del médico forense, y la otra, para la realización de las evaluaciones sicológicas, para evitar así el traslado de la víctima de un lugar a otro.

Asimismo, se estableció como práctica en la mayoría de los casos, en

atención a la gravedad de los hechos y la vulnerabilidad de las víctimas, que la primera entrevista sea realizada directamente por la sicóloga. Con esta medida se busca evitar, en lo posible, la revictimización de los menores, con la repetición de los hechos en diferentes ocasiones y a distintas personas que generalmente no cuentan con la formación adecuada para abordar este tipo de casos.

En ese orden, se estableció como metodología de trabajo en todas las Fiscalías del Departamento de Cordillera, la utilización de la Cámara Gesel para la declaración de las víctimas, especialmente las de más corta edad en los casos de Abuso Sexual en Niños, que cuentan con imputación, a fin de evitar que las víctimas se presenten en juicio.

Tanta es la demanda de utilización de dicho lugar, que en la actualidad se encuentra en construcción, en la Fiscalía Regional de Caacupé, la tercera Cámara Gessel que tendrá el Ministerio Publico.

**Conclusión**

Los datos obtenidos en la investigación fueron significativos en el sentido de que brindan un panorama sobre las características propias del hecho punible de abuso sexual, en niños que se dan en el departamento de Cordillera, así como el contexto y los factores que propician su realización.

En cuanto a las características de las víctimas, si bien tanto niñas y niños se vieron afectadas y afectados de acuerdo a la información obtenida en el estudio, en mayor porcentaje corresponde a niñas de entre 11 a 13 años. Asimismo, se dieron casos de niños de muy corta edad víctima de este tipo de ilícitos.

La pobreza sobresale en la situación socioeconómica de las víctimas, que se agrava con la violencia intrafamiliar. Esto conlleva el desmembramiento

familiar en la mayoría de los casos y deja en una situación de desamparo a los niños y niñas, situándolos en estado de extrema vulnerabilidad.

La falta de educación de los padres de las víctimas, así como la falta de trabajo formal, son factores que también se resaltan en la investigación y de alguna manera influyen en el contexto para que se produzcan los abusos.

Con relación a los agresores, mayores de edad, también fueron identificados en menor porcentaje adolescente y niño, circunstancia que llama la atención en razón del contexto en el que se dan este tipo de conductas.

En cuanto al contexto en general, el hecho se produce dentro del entorno de la víctima, en cualquier horario, en la mayoría de los casos es perpetrado por personas con quienes tiene alguna relación familiar o cuanto menos, conocidos de su entorno.

Entre los medios utilizados por los agresores, especialmente se detecta el abuso de poder, la amenaza, la fuerza y la violencia. Los victimarios se aprovechan de la vulnerabilidad de las víctimas, incluso se detectó que los abusos son sistemáticos, especialmente en aquellas situaciones en donde existe el parentesco entre víctima y agresor.

**Recomendaciones**

- Creación de una Unidad Especializada o, cuanto menos, una dirección que se encargue de hacer seguimiento a los casos de Abuso Sexual y otros hechos punibles que hacen a la violencia contra los niños y niñas, así como la unificación de criterios referentes a la intervención, entre otras cuestiones.

- Elaborar instructivos de intervención para los casos de abusos

sexual en niños y niñas, de acuerdo al lugar en donde se producen y los recursos con que se cuentan, teniendo en consideración las buenas prácticas identificadas.

• Dotar de mayor cantidad de funcionarios al área de atención a víctimas, con ello se facilitará el abordaje de las víctimas.

• Impulsar desde el Ministerios Público reuniones con las instituciones que intervienen en los casos de abuso sexual en niños, a fin de establecer mecanismos eficaces para el abordaje oportuno de las víctimas durante el proceso.

## Referencias

Constitución Nacional de la República del Paraguay.

Convención de los derechos del Niño

Código Penal Paraguayo. Modificado por Ley n.º 3440/08 art. 135

Ley 2169/03 que establece la mayoría de edadSave the Children. Noviembre 2001. Abuso Sexual Infantil. Manual de Formación para profesionales. Unicef 2013. Por qué, cuándo y cómo intervenir. Desde la Escuela ante el Maltrato a la Infancia y la Adolescencia. Guía conceptual. Abuso Sexual.

Cuaderno de neuropsicología. (2007). Peritaje en víctimas de abuso se xual infantil: un acercamiento a la práctica chilena. Volumen 1, nº

Santiago, Chile. Recuperado de http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pd=S0718-41232007000300011&script=sci_arttext

# Daños psicológicos frecuentes en niñas, niños y adolescentes víctimas de abuso sexual". Análisis de casos atendidos en el Centro de Atención a Víctimas del Ministerio Público de Concepción.

# Frequent psychological harms on children and adolescents victims of sexual abuse

# Analysis of cases taken care by the Victim Assistance Center of the Public Prosecutors Office in Concepción*.

*Rosa María Cuttier Quintana***

**Resumen**

Esta investigación tiene como objetivo identificar los daños psicológicos que puedan darse con más frecuencia en las víctimas de abuso sexual atendidas en el Centro de Atención a Víctimas del Departamento de Concepción en el periodo 2014-2015. Se pretende identificar las conductas adquiridas por personas (niño y niña) que han sufrido abuso sexual, así como determinar la manera en que se evidencia la pérdida de la confianza hacia el agresor, el entorno y su desarrollo en el contexto de las relaciones interpersonales. En ese orden de ideas, se identificarán los factores que permitan visualizar las reacciones de las víctimas que se sienten etiquetadas o estigmatizadas por el hecho sufrido, definir de qué manera reacciona la víctima ante las diversas situaciones que pudiera experimentar y utilizar los procedimientos previstos para evitar la re victimización en los casos de abuso sexual en niños y niñas. El trabajo cuenta con un análisis estadístico de los casos atendidos durante el periodo 2014 – 2015 (hasta

* Translator's note: Concepción is a department of Paraguay, with a population of 180.277 inhabitants (2008).

** Lic en Psicología, egresada de la Universidad Nacional del Este, miembro del cuadro de Honor de la Promoción. Experto Universitario en Administración de la Educación, UNED-España. Psicoterapeuta Gestáltica. Posgrado en Didáctica Universitaria. UNI. Funcionaria del Ministerio Público, Psicóloga del Centro de Atención a Víctimas del Ministerio Público de Concepción.

el mes de mayo), de los que se analizaron los daños psicológicos de las víctimas y se estableció como hipótesis que las víctimas de abuso sexual atendidas en el Centro de Atención a Víctimas del departamento de Concepción en el periodo 2014-2015 presentan daños psicológicos como consecuencia del abuso sexual.

**Abstract**

The purpose of this research is to identify the psychological harms that frequently occur in children and adolescents victims of sexual abuse, that were attended by the Victim Assistance Center of Concepción in the period 2014-2015. This analysis also seeks to identify the learned behavior by children that have suffered sexual abuse, as well as determine in which ways, following situations turn evident: loss of trust towards the aggressor, his/her environment and the development of interpersonal relationships. This investigation also intends to analyze the factors that allow visualizing the reactions of those victims who feel stigmatized and the situations they could experience, in order to make use of the set procedure to avoid re-victimization in cases of child and adolescent abuse. Furthermore, this work includes a statistics analysis of the attended cases during the period 2014-2015 (up to May), in which psychological harms have been diagnosed. It could be concluded that victims of sexual abuse attended by the Victim Assistance Center in Concepción during the mentioned period of time, exhibit psychological harm.

***Palabras claves:*** daño psicológico, secuelas, frecuencia, estigmatización, víctimas, abuso sexual, conductas, niños, niñas, adolescentes.

***Key words:*** psychological harm, consequences, frequency, stigmatization, victims, sexual abuse, behavior, children, adolescents.

**Justificación de la investigación**

El abuso sexual infantil se ha convertido en una problemática habitual de ésta época, aunque no es un problema nuevo, pues se puede observar que ha aparecido a lo largo de la historia, tanto en las noticias del día a día o en revistas y artículos científicos.

Esta situación constituye un hecho perjudicial para los niños, niñas y adolescentes víctimas, que atenta contra su integridad física y dignidad como ser humano ya que influye preponderantemente en todas las áreas del desarrollo de los menores y deja secuelas emocionales que, en la mayoría de los casos, perduran durante toda la vida.

Estos episodios de abuso sexual pasan por una serie de procesos para su revelación y, en la mayoría de los casos, se producen en el ámbito familiar, lo que hace su abordaje más complejo, por el vínculo que une a la víctima con el victimario.

La investigación se realiza con el fin de conocer las consecuencias que el hecho de abuso sexual puede generar en niños, niñas y adolescentes e identificar cuáles son los daños psicológicos más frecuentes que se presentan en ellos. Dicha información se estudiará sobre la base de un análisis de datos e informaciones de casos de abuso sexual en esta franja etárea atendidos en el Centro de Atención a Víctimas del MP de Concepción durante el periodo 2014 y 2015.

La importancia de este estudio radica en que a partir del análisis de los datos obtenidos, se podrá comprender la relevancia social y penal de los hechos que se estudian, además de facilitar la identificación de los rasgos en un menor que eventualmente ha sido víctima de un abuso sexual en el contexto de una investigación penal.

**Función del Centro de Atención a Víctimas del Ministerio Público en el contexto de la gestión fiscal**

El Centro de Atención a Víctimas del Ministerio Público, en adelante CAV, brinda atención a víctimas de hechos punibles, cuando por la características del hecho y la lesión sufrida, precisan de una atención especial.

El objetivo del CAV, es apoyar técnicamente a las unidades penales y especializadas, elaborando diagnósticos victimológicos y generando espacios de atención psicosocial en el proceso penal.

En el CAV de la ciudad de Concepción, a diario se atienden casos en los que a partir de entrevistas o estudios psicológicos y/o victimológicos, se observan las secuelas psicológicas en las víctimas. Dichas conductas ilícitas inciden preponderantemente en el comportamiento social, psicológico y cultural de las víctimas.

En cada intervención de índole psicológico y/o victimológico se puede determinar cuáles son las secuelas que aparecen como consecuencia de este tipo de hechos y, por ende, las conclusiones emitidas permiten formular indicadores que contribuyen con la investigación fiscal.

Justamente allí radica la riqueza de los datos o informaciones que se observan de manera reiterada como producto de las diferentes entrevistas o análisis victimológicos que realizan los profesionales del CAV.

Es así que este trabajo apunta a recabar y condensar esos datos para obtener patrones que permitan identificar fácilmente los daños psicológicos más frecuentes que genera este tipo de hechos.

A partir de las argumentaciones mencionadas más arriba es necesario

preguntarse ¿Cuáles son los daños psicológicos más frecuentes en las víctimas de abuso sexual en niños, niñas y adolescentes atendidas en el Centro de Atención a Víctimas del departamento de Concepción en el periodo 2014-2015?

**Abuso Sexual en Niños. Concepto**

La problemática del abuso sexual infantil es un tema muy complejo y sensible, pues involucra una serie de elementos personales, familiares, sociales y culturales; por tanto, su comprensión no se puede reducir al ámbito de una sola disciplina.

Todas las personas que intervienen de alguna manera en un caso de abuso sexual infantil deben realizar un análisis y una comprensión clara de lo que esto significa y de los elementos o la dinámica que se pone en marcha en el abuso sexual, pues sólo de esa manera se puede aspirar a que la intervención brindada sea efectiva para las niñas, niños y adolescentes víctimas de este tipo de hecho punible.

El abuso sexual es definido como todo acto en el que una persona en una relación de poder, involucra a un niño, niña o adolescente, en una actividad de contenido sexual que propicia su victimización y del que el ofensor obtiene gratificación. (Brenes y Grillo. 1996, pág 68).

La relación de poder es entendida como aquella que nace de una diferencia de edad, conocimiento, fuerza o autoridad entre la víctima y el ofensor. El abuso sexual es esencialmente abuso de poder.

Una de las premisas fundamentales en los casos de abuso sexual infantil radica principalmente en un desorden de poder más que una aberración sexual. Esto se explicaría por el hecho de que la sociedad legitima la posición

de autoridad y de poder del adulto sobre el niño o niña, es decir, acuerda que el adulto ejerza poder sobre ellos.

Esa autoridad o ese poder, en el caso del abuso sexual y del maltrato infantil, en vez de proteger al menor son utilizados para causar daño, herir y dominar. Por tal motivo, se resalta que el abuso representa una expresión sexual para la satisfacción de las necesidades no necesariamente sexuales. (Marchiori, Hilda.1996. pág. 54)

Desde la perspectiva de la responsabilidad del que abusa y el daño causado, tanto físico como emocional y social, denominamos víctima a la niña, al niño y al adolescente que ha sido abusado sexualmente.

> El abuso sexual es considerado como una violación de los derechos humanos y sexuales. Cuando se practica contra niños, niñas y adolescentes, representa a más de la violación a la integridad física y psicológica, una violación al respeto, a la dignidad, a la sexualidad responsable y protegida; viola además el derecho a un desarrollo físico, psicológico, moral y sexual sanos. (Eva Faleiros, 1998, pág. 35)
>
> El abuso sexual infantil constituye una flagrante violación a los derechos de niños, niñas y adolescentes, reconocidos expresamente en la Convención Internacional de los Derechos del Niño - CIDN, cuyo espíritu promueve el reconocimiento de ellos como sujetos sociales y sujetos de derechos, que deben ser protegidos contra todo tipo de maltrato y abuso sexual. (art 19 CIDN).

Al referirse a niñas, niños y adolescentes que han sufrido situaciones de abuso sexual se habla de víctimas, pues el término víctima y victimario

determinan con claridad en quien reside la responsabilidad del agravio frente a la vulnerabilidad e impotencia en que dichos menores se encuentran ante los adultos que los utilizan sexualmente. (Batres, 1997, pag. 23)

Es importante resaltar que existen otras perspectivas desde las cuales se ha definido el abuso sexual infantil. En ese sentido, según David Finkelor:

> El abuso sexual infantil corresponde a una problemática social, que tiene similitudes y diferencias con la violación y el maltrato infantil, pero que no corresponde únicamente con estas categorías, pues tiene características propias desde donde debe ser abordado. Como es un problema social muy serio es importante denominarlo de manera tal que despierte conciencia y preocupación social. En este sentido plantea que prefiere utilizar el término victimización sexual, el cual enfatiza que el niño es victimizado debido a su corta edad, su inocencia y su relación con personas mayores. (Finkelor, 1980, pág. 32).

## Modelos que explican las secuelas psicológica y social de las niñas, niños y adolescentes víctimas de abuso sexual.

La agresión sexual hacia niños y niñas es una de las formas de victimización más repudiadas por nuestra sociedad y en congruencia con ello, presenta a nivel mediático una importante cobertura y de parte del Estado y su sistema de justicia, importantes recursos al momento de evaluar, investigar y buscar sanción.

Nos encontramos ante un tema de alta relevancia que impele a los profesionales a utilizar sus experticias de manera continua.

Para ello existen distintas modalidades de evaluación de la gravedad del daño psicológico en víctimas de abuso sexual infantil, las diferentes estrate-

gias de evaluación consideran perspectivas diferentes al momento de afrontar el concepto de daño y la metodología de evaluación. Si bien la literatura especializada presenta múltiples alternativas de peritaje de evaluación se pueden sintetizar en las siguientes.

**Modelo basado en la Sintomatología:**

Con este modelo se puede ponderar el daño psíquico a través de los síntomas presentes en el niño. Los investigadores, psicólogos aplicados y peritos, asocian como una manera de objetivar y cuantificar sus conclusiones al considerar las características de los síntomas, nivel de cronicidad y tipo. Ello surge dado que se asocia el daño psíquico al trastorno y por ello la evaluación se centra en la descripción del cuadro sintomatológico presente en el momento del peritaje.

Una de las áreas de investigación sintomatología respecto al efecto del abuso sexual está en el trastorno de estrés postraumático. Así, es común observar la presencia de alteraciones significativas del sueño que pueden llegar a ser severas y de larga data, en forma de insomnio o pesadillas, las cuales perturban la capacidad del niño para mantener la concentración y pueden repercutir negativamente en el aprendizaje.

La hipervigilancia y la respuesta exagerada de sobresalto alteran los comportamientos usuales del niño y conducen a esfuerzos crónicos para garantizar su seguridad y la de sus allegados. Los niños con estrés postraumático pueden manifestar irritación y agresividad, presentando una disminución de la tolerancia a las demandas familiares o amistades.

Las experiencias traumáticas suelen generar un sinnúmero de síntomas

ansiosos, manifiestan conductas de mayor apego, como preocupación acerca de la seguridad de familiares o amigos o temor a separarse de éstos.

**Modelo traumatogénico:**

Finkelhor desarrolla una propuesta diferente respecto del modelo basado en la sintomatología. La particularidad de este modelo está en entregar ciertas directivas específicas sobre las consecuencias de la agresión sexual sobre la base de cuatro criterios:

a. La sexualidad traumática: hace referencia a la interferencia en el desarrollo sexual normal, que puede llevar a un comportamiento sexual agresivo o exagerado.

b. La pérdida de la confianza: intenta dar cuenta de la experiencia subjetiva de falta de asidero y figuras protectoras de manera que se extiende más allá del agresor para referirse al tejido social, a la familia o instituciones. Por esto, el niño puede tener dificultades para confiar en los demás, mostrar un comportamiento agresivo, retraerse socialmente, evitar el contacto con los demás que lo rodean.

c. La estigmatización: es sentida como culpa y vergüenza, pérdida de valor. Esta serie de connotaciones negativas se incorporan a la auto imagen del niño y ejercen una profunda influencia en la autoestima.

d. El sentimiento de indefensión: representa una conceptualización de las dificultades en el autocuidado, en modos de interaccionar con otros, modificar y afrontar el entorno.

**El abuso sexual como una forma de estrés postraumático.**

El abuso sexual en la infancia cumple los requisitos de trauma exigidos por el DSM V para el diagnóstico de este cuadro clínico y genera:

> Al menos en una mayoría de las víctimas, los síntomas característicos de dicho trastorno: pensamientos intrusivos, evitación de estímulos relacionados con la agresión, alteraciones del sueño, irritabilidad, dificultades de concentración, etc. Puede acompañarse también de un comportamiento desestructurado o agitado y presentarse con síntomas físicos (dolores de estómago, jaquecas, etc.), o en forma de sueños terroríficos. (DSM V, 2014, pág 165)

**Secuelas a largo plazo. Caso de embarazo como consecuencia del abuso sexual.**

Los efectos de la victimización por abuso sexual a largo plazo son, en general, muy negativos para el funcionamiento psicológico de las víctimas, sobre todo cuando el agresor ha sido un miembro de la familia. Si bien, las consecuencias de largo alcance son variables de unos casos a otros, hay una gran posibilidad de la aparición de alteraciones emocionales en la juventud y en la vida adulta.

En caso de las menores embarazadas a raíz del abuso sexual, de hecho, la sexualidad ya se halla traumatizada, debido a que se produce una interferencia en el adecuado proceso madurativo sexual de la menor. Aunque las dos personas que se hallan en estas condiciones y fueron atendidas en esta dependencia refieren que desean hacerse cargo de sus hijos y reciben contención emocional por parte de sus progenitoras, lo cual favorece de alguna manera su seguridad biopsicosocial.

Las víctimas pertenecen a núcleos constituidos y estables, lo cual favorece a que la familia de origen apoye muy de cerca a las hijas en estado de gestación, además de poseer recursos básicos para su subsistencia.

**Metodología de trabajo para elaborar el informe psicológico de la víctima en el Centro de Atención a Víctimas.**

En el CAV se desarrollan las entrevistas de manera a dar respuesta a las solicitudes de las unidades fiscales, teniendo en cuenta que la actuación de profesionales que integran el centro, se enmarca dentro del proceso penal como órgano de apoyo a la investigación fiscal.

El proceso evaluativo conlleva varias entrevistas, en las cuales la víctima expone lo sucedido y es sometida a pruebas psicológicas a través de las cuales se detecta la presencia de daños psicológicos vinculados al hecho denunciado en el marco de la investigación penal.

Los padres o encargados también son entrevistados de modo a obtener la mayor cantidad de información sobre el hecho o antecedentes del niño víctima, así como también se accede al cuaderno de investigación fiscal.

Las entrevistas de valoración realizadas por los psicólogos, se realizan en tres citas consecutivas o de acuerdo a las posibilidades de acceso de la víctima a las oficinas; siempre se utiliza el criterio profesional de cara a las características del caso y la situación particular de la víctima.

Una vez culminadas las entrevistas se producen o preparan los informes psicológicos, en los que se hacen constar las sugerencias y acciones tendientes a la salvaguarda de la integridad de la víctima. Según el caso, se deriva a la persona asistida a las instancias pertinentes o redes de servicios sociales.

Esto último es así, pues el restablecimiento psicoafectivo luego de un hecho de esta naturaleza varía de persona a persona, según sus recursos de afrontamiento. Por ello, una vez terminadas las entrevistas, si el caso amerita, resulta pertinente y necesario que el afectado o afectada acuda a los servicios de salud mental más cercanos, a fin de recibir la atención psicoterapéutica sugerida.

- Casos de inasistencia

En el caso de que las víctimas no asistan a las entrevistas a las que son convocadas por el CAV, se comunica a la unidad fiscal correspondiente su inasistencia, pues generalmente el pedido del informe psicológico proviene de la unidad fiscal que investiga la causa.

En la mayoría de los casos, las víctimas no asisten a las entrevistas por contar con escasos recursos, pues el traslado hasta la sede del CAV conlleva costos económicos. Otro de los motivos es el factor distancia, lo que dificulta su acceso al Ministerio Público, a lo que puede agregarse falta de conciencia de la importancia de colaborar con la investigación fiscal y el proceso judicial iniciado.

Sobre el punto, cabe mencionar que sería importante contar con los medios necesarios de modo a concretar visitas domiciliarias, que si bien es cierto, se realizan cuando el caso lo amerita (ancianos, personas con discapacidad y con trastornos mentales, víctimas con muy escasos recursos), no son suficientes como para cubrir la totalidad de los casos que así lo requieren y, de esa forma, proporcionar mayor cobertura de los servicios.

- Casos de retractación

Sobreviene la retractación, lo cual no solo obedece a la confusión que vive la víctima, sino también a las presiones que se agregan y que habitualmente

se ejercen desde la propia familia o allegados para que modifique su relato, hecho que no resulta difícil en la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran estas criaturas. Por otra parte, en los casos en que las madres continúan conviviendo con el abusador o cuando éste se encuentra preso y lo visitan en su lugar de detención, la retractación de aquellas deviene casi sin excepciones. (Rozanski, Carlos, 2003, pág. 67)

## Tablas y gráficos

### Datos obtenidos de las atenciones realizadas por el CAV en el periodo 2014-2015, relacionadas a abuso sexual en niños

**Cantidad de causas recibidas por mes**

**Tabla Nº 1**

| | Enero | Febrero | Marzo | Abril | Mayo | Junio | Julio | Agosto | Setiembre | Octubre | Noviembre | Diciembre |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 2014 | 1 | 2 | 0 | 1 | 2 | 1 | 5 | 1 | 1 | 3 | 5 | 1 |
| 2015 | 0 | 5 | 5 | 1 | 2 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |

Del cuadro se puede indicar que durante el año 2014, hubo un incremento en las causas sobre abuso sexual en los meses de Julio y Noviembre. Asimismo, se puede visualizar que en el año 2015, contrastando con el 2014, hubo un aumento de casos en los meses de Febrero y Marzo. En el año 2015 se han tomado datos correspondientes hasta el mes de mayo.

**Unidades a que corresponden las causas ingresadas en el Centro de Atención a Víctimas en el periodo 2014-2015**

**Tabla Nº 2**

| Unidad Fiscal | Zona | Frecuencia |
|---|---|---|
| 1 | Concepción | 6 |
| 2 | Concepción | 2 |
| 3 | Concepción | 5 |
| 4 | Concepción | 6 |
| 5 | Concepción | 4 |
| 6 | Concepción | 6 |
| 7 | Concepción | 2 |
| 1 | Horqueta | 2 |
| 2 | Horqueta | 0 |
| 1 | Yby Yaú | 3 |
| 2 | Yby Yaú | 2 |
| | | 38 |

Conclusión: Se visualiza que la mayor cantidad de causas se hallan en las unidades 1-4 y 6, que en su totalidad corresponden al Distrito de Concepción.

**Causas atendidas en la dependencia, ausencia de víctimas e informes entregados**

**Tabla Nº 3**

| | Cantidad de causas | Casos atendidos | Ausencia de víctimas | Informes Entregados | En proceso |
|---|---|---|---|---|---|
| **2014** | 25 | 13 | 12 | 11 | 2 |
| **2015** | 13 | 10 | 2 | 1 | 10 |

Conclusión: sobre la base del cuadro presentado se visualiza que en el

año 2014 de las 25 causas penales sobre abuso sexual en niños que ingresaron al Ministerio Público, se atendieron 13 en el CAV, se entregaron 11 informes y 2 se encuentran en proceso

El gráfico también deja en evidencia el gran número de ausencia de las víctimas a las entrevistas, que alcanza el número de 12.

En el 2015, la mayoría de las causas ingresadas se hallan aún en proceso de atención.

**Víctimas según sexo. Víctimas con embarazo precoz a causa del abuso sexual. Casos de retractación.**

**Tabla Nº 4**

| | Cantidad de víctimas | Embarazo precoz | Retractación |
|---|---|---|---|
| **Mujeres** | 90 % | 22% | 11% |
| **Varones** | 10% | 0 | 0 |

Conclusión: el mayor porcentaje de víctimas de este tipo de hechos corresponde a personas de sexo femenino (90%) y el resto al masculino (10%).

Asimismo, surge de los datos que de las víctimas atendidas, 2 resultaron embarazadas (22%) a raíz del abuso y 1 de ellas se retractó (11%).

**Daños psicológicos más frecuentes en víctimas de abuso sexual.**

**Tabla Nº 5**

| Daños psicológicos | Si | No |
|---|---|---|
| Sexualidad traumática | 90% | 10% |
| Sensación de traición | 70% | 30% |
| Pérdida de control | 50% | 50% |
| Estigma Social | 60% | 40% |

Conclusión: Conforme con el modelo de estudio planteado en esta

investigación, el gráfico demuestra la coincidencia de los daños psicológicos que se evidencian en las víctimas atendidas y evaluadas.

## Conclusión

El abuso sexual infantil es un tema que se debe denunciar y tratar desde todas las perspectivas que sean posibles.

En efecto, las víctimas de este tipo de hechos adquieren aprendizajes deformados a partir de la experiencia traumática, lo cual influye negativamente en su sexualidad. Por un lado, en la investigación realizada se pudo evidenciar la interferencia que se produce en el proceso madurativo sexual del niño o niña, lo cual condicionaría ciertas conductas a corto o largo plazo.

Por otra parte, es importante resaltar que la pérdida de confianza es una característica esencial en la mayoría de las víctimas, lo que provoca de alguna manera una generalización, lo cual puede interferir en sus relaciones interpersonales adecuadas.

Por otra parte, la estigmatización se evidencia en el entorno cercano en que se desarrolla el niño o la niña, lo que deriva de la culpabilidad y vergüenza vinculadas a la experiencia abusiva e influye enormemente en su autoimagen o autoconcepto. En la mayoría de los casos, cuando el hecho es socialmente conocido, genera comentarios en torno a este acontecimiento, lo cual marca preponderantemente el estado de la víctima.

Los sentimientos de indefensión provocan en el menor la pérdida de control e imposibilita frenar el abuso, lo que genera retraimiento e incrementa su condición de vulnerabilidad.

Tras el análisis de los casos atendidos en el Centro de Atención a Víctimas, Sede Concepción, entre los años 2014-2015 (hasta el mes de mayo) se concluye que los procesos evaluativos no llegan a finalizarse debido a la ausencia de las víctimas a las citas fijadas, no obstante el 50 % de los informes en estos casos son entregados.

En este punto concreto, es preciso reiterar que resulta sumamente necesario dotar al CAV de todo lo necesario para lograr mayor cobertura en sus intervenciones en este tipo de casos. Esto permitirá que los expertos, psicólogos y demás profesionales, puedan trasladarse hasta los lugares en donde se encuentran las víctimas para realizar in situ las entrevistas y, de esta manera, dar respuesta efectiva en todos los casos.

En otro orden de cosas, corresponde señalar que los datos indican que, en su mayoría, las víctimas pertenecen al sexo femenino. Además, se observa que todos los daños psicológicos planteados por Finkelor, se verifican a cabalidad en las víctimas.

Otro punto que se evidencia del estudio realizado es que entre las atenciones de los expertos del CAV, se mencionan dos menores que quedaron embarazadas a raíz del hecho punible de abuso sexual.

El embarazo precoz constituye un hecho inesperado para la víctima, quien en ocasiones recibe apoyo de la familia con respecto a la situación que sobrelleva y que en su gran mayoría termina aceptando esa realidad, pues consideran que el nuevo ser no carga con culpa alguna, por lo que su venida es aceptada.

## Referencias

Vázquez, B. (2007). Manual de Psicología Forense. Madrid: Editorial Síntesis.

Brenes, R., Grillo M. Fundación Paniamor. "Violencia y abuso contra personas menores de edad. Costa Rica: 1996.

Faleiros, E. "Conceito e caracterizacao do abuso sexual contra crianzas e adolescentes. Bice. Mimeo.1998.

Batres, G. "Del ultraje a la esperanza". ILANUD.Costa Rica.1997.

Podesta, M. Rovea O. "Abuso sexual infantil intrafamiliar". Un abordaje desde el trabajo social". Buenos Aires. Espacio Editorial.2003.

Roa, A. Rehndfel M. "Manual para la intervención en casos de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes". BECA. Asunción.1998.

Escaff S., E; Mafioletti F. "Psicología Jurídica- Aproximaciones desde la experiencia". Chile. 2005.

Marchiori, Hilda. "La víctima del delito". Editora Córdoba.Argentina.1996.

# Eficiencia y eficacia de la aplicación de la probation en el hecho punible de Violencia Familiar.

# Efficiency and effectiveness in the application of probation in cases of domestic violenc

*Ricardo José Merlo Faella*[*]

**Resumen**

Esta investigación pretende demostrar que el enfoque actual del sistema judicial paraguayo referente al hecho punible de Violencia Familiar es ineficiente. Con ese fin se realizó un análisis de las causas que derivan de ese tipo penal ingresadas a la Dirección de Denuncias Penales del Ministerio Público - Área XII, específicamente las Fiscalías zonales del Departamento de Misiones, de la República del Paraguay, en los años 2011, 2012 y 2013 y posteriormente se observaron las salidas procesales otorgadas con mayor frecuencia a los autores y se determinó bajo que reglas de conducta fueron aplicadas, así como el nivel de reincidencia que registran con respecto a cada una de las causas y en su caso los inconvenientes que motivaron su incumplimiento. Sobre esta base se efectuó un estudio para identificar las deficiencias que presenta el actual proceso para la investigación de este tipo penal, enfocado en el autor del hecho. En este entendimiento se realiza un análisis del objeto de la pena, el tipo de medidas concedidas como salida alternativa al proceso, las reglas de conductas que apli-

* Abogado. U.N.A. 1994. Magíster en Política, Derecho y Legislación Ambiental por la Universidad Paulo Freire de la República de Nicaragua. 2002. Magíster en Derechos Humanos con énfasis en Control de Convencionalidad por la Universidad Columbia de Paraguay y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2016. Especialista en Gobernabilidad, Gerencia Pública por la Universidad Columbia de Paraguay y la George Washington University, 2015. Egresado de la Escuela Judicial, Curso de Formación Inicial Generalista y Especialización, III Promoción, 2003. Medalla de Honor al Merito Académico otorgada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2006. Especialista en Didáctica Universitaria UNA, 2003. Docente De la Universidad Nacional de Asunción y la Escuela Judicial.

can los jueces, el nivel de control por parte de las instituciones que velan por su cumplimiento y el resultado esperado que permita una efectiva punibilidad. En esa línea se señala la necesidad /falta de una política pública que invierta en la reinserción social de los condenados y procesados que permita aproximarse al principio establecido por la Carta Magna como el fin último de la pena.

**Abstract**

This research pretends to prove that the current approach of the paraguayan judicial system in cases of domestic violence is not efficient. With this purpose, it has been made an analysis of domestic violence cases that were reported to the Direction of Criminal Complaints of the Public Prosecutor's Office, specifically to the Offices in the Department of Misiones of the Republic of Paraguay during the years 2011, 2012 and 2013. Afterwards, the alternative measures to inprisonment that were granted, were studied; the rules of behaviour that determined these measures, as well as the level of recurrence that these cases behold, and the difficulties that motivated the breach of the alternative measures. On this based, this research tries to identity the deficiencies that the current process of investigation of this type of offense has, focused on the agressor. This study includes an analysis of the object of the penalty, the type of alternative measures granted, the rules of behaviour that judges impose, the level of control applied by the institutions and the expected result that would lead to an effective punishment. A recommendation of this research is the need to create public policies that allow to get close to the principle set forth by the National Constitution as the aim of the punishment, namely, social rehabilitation of the convicted.

***Palabras claves:*** violencia familiar, tipo penal, reinserción social, rein-

cidencia, alcoholismo, salidas procesales.

***Keywords:*** domestic violence, social rehabilitation, recurrence, alcoholism, alternative measures.

**Contextualización de la problemática actual.**

Al iniciar el desarrollo de la presente investigación, se agradece la valiosa colaboración de los profesionales de las instituciones consultadas: Ministerio Público, Corte Suprema de Justicia, Ministerio de Salud y el Ministerio de la Mujer, que muy deferentemente permitieron el acceso a datos relevantes que hicieron posible el resultado de este trabajo.

La violencia de género no es un fenómeno social nuevo, más bien forma parte de prácticas consideradas normales e invisibles a la luz de la justicia y de las políticas públicas, en ese sentido no han sido pocos los esfuerzos para que esta realidad cambien, a la vez unificar su concepto y alcance, esta situación se abordará en la primera parte del presente artículo.

Antes de adentrarse en los conceptos jurídicos de lo que hoy se entiende por violencia familiar y violencia de género, es necesario contemplar el escenario histórico en el que este fenómeno de la violencia fue mimetizándose en la sociedad.

En ese sentido, según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra violencia proviene del adjetivo violento – violenta que a su vez deriva del latín “violentus”, se despzrende una acepción que define la conducta que se busca determinar, y dice “Dicho de una persona que actúa con ímpetu y fuerza y se deja llevar por la ira” y en tal sentido la palabra “violentar” señala que es “aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia”.

Del mismo concepto se interpreta que la violencia en el seno familiar es ejercida contra el más débil, y es aquí donde surge la dicotomía entre la debilidad física (hijos) y la debilidad lamentablemente impuesta como atributo social a la mujer.

El presente estudio toma datos estadísticos de las denuncias realizadas en un lapso determinado desde el año 2011 hasta el año 2013, dentro de un área geográfica especifica Dpto. de Misiones, los cuales han arrojado como resultado, que la violencia del hombre contra la mujer es la más denunciada, a contrario sensu de la ejercida por parte de la mujer hacia su pareja.

Los progenitores también ejercen violencia hacia sus hijos. Estas ocupan cifras ínfimas en comparación a la violencia contra la mujer, lo que no excluye la posibilidad de que existan cifras negras sobre este tipo de violencia por las dificultades para que los menores denuncien este tipo de hecho. Sin embargo, esta problemática no es objeto del presente estudio.

Los números que serán expuestos a lo largo de la presente investigación, justifican abordar la violencia de género, en este caso, contra la mujer para comprender el fenómeno social y plantearse los problemas que enfrenta la temática desde una visión holística.

Partiendo de esa base, ésta la problemática ha provocado, principalmente desde la década del año 1970, respuestas de los organismos internacionales y la represión por parte de los diferentes Estados a esta conducta contra las mujeres.

En tal sentido, la "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – Convención de Belem Do Pará" realizada en 1994 en Brasil y aprobada por la Asamblea General de la Organización

de los Estados Americanos, en adelante OEA, el 09 de Julio de 1994 y a su vez aprobada y ratificada por el Paraguay por Ley n.º 605, de fecha 21 de junio de 1995, define la Violencia Intrafamiliar en adelante VIF, como:

> "Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado (…) Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica; que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer" (Ministerio de la Mujer, 2014, pág. 11).

En base a esto, en el Código Penal de 1997 fue establecido el tipo penal de Violencia Familiar en el art. 229. Desde entonces, dicho artículo ya ha sufrido dos modificaciones posteriores, la primera en el año 2008, Ley n.º 3440/08; y la segunda en el año 2014, Ley n.º 5378/14.

La última modificación del art. 229 del Código Penal, que eleva la expectativa de pena privativa de libertad de dos a seis años y por tanto modifica la calificación del referido tipo penal de delito a crimen.

Ahora bien, las características particulares de esta problemática social y al aspecto jurídico del sistema penal paraguayo, exige especial atención a los institutos procesales que son utilizados para resolver el conflicto una vez ingresados al sistema penal.

Es importante resaltar que no se puede comparar el hecho punible de violencia familiar con otras causas comunes como por ejemplo el Robo o Hurto, pues la afecta en mayor medida a todos los integrantes de la familia con quienes

tienen lazos de afecto. Es más, en mi experiencia como Fiscal Adjunto de las Áreas VII y XII que comprenden los departamentos de Cordillera - Paraguarí; y Misiones – Ñeembucú respectivamente, en la gran mayoría de los casos son las propias víctimas quienes, trascurridas algunas semanas o incluso apenas días del evento de violencia ejercida sobre ellas se acercan al Ministerio Público o al Juzgado Penal respectivo para solicitar la libertad de su agresor atendiendo a que muchas veces son sostén económico de la familia.

También es prioritario evaluar si el sistema jurídico paraguayo es eficiente para evitar que los autores reincidan en el hecho punible, es decir si el tratamiento que se le da al delincuente no convierte al sistema en una puerta giratoria por la cual entran, salen y vuelven a entrar en el sistema penal sin que se resuelva el conflicto generado por el evento de violencia.

Las características peculiares del hecho ameritan una reflexión sobre la necesidad de dar una respuesta más amplia e integral a estos casos a través de acciones innovadoras y coordinadas con otras instituciones del sector público, e incluso del sector privado, atendiendo a las consecuencias que genera en la sociedad. En ese entendimiento es importante resaltar las vicisitudes de la víctima ante la denuncia penal, el tratamiento del imputado, el daño psicológico sufrido por los integrantes de la familia y el impacto en la calidad de vida de todos ellos, al considerar que en la mayoría de los casos la madre no se encuentra en condiciones de sostener sola a la familia.

La familia es la base y piedra angular de la sociedad, y estos hechos se realizan en el seno de la misma, atentan contra sus integrantes con efectos devastadores y consecuentemente en la sociedad, por ende el estado no debe escatimar esfuerzos ni recursos a fin de llevar adelante las acciones necesarias

en el marco de las políticas públicas para prevenir y dar una respuesta efectiva, ya que desintegran a la unidad básica de la sociedad paraguaya.

**Reseña de los antecedentes históricos a nivel internacional y nacional**

Como se expuso anteriormente los datos colectados evidencian que la violencia ejercida contra la mujer es la preponderante. Para una mejor comprensión es necesario resaltar algunas pautas del trato dado a las mujeres socialmente a lo largo de la historia, A fin de comprender cómo trascurre este tiempo se hace una contextualización histórica hasta el siglo XX, siglo en el que se empieza a visibilizar esta situación con mayor fuerza.

El Dr. Miguel Lorente, hace una recopilación del contexto en el cual la mujer era disminuida y maltratada en su relación sentimental con el hombre. Hace referencia al:

> "periodo prehistórico en el que analiza la conducta del hombre de Neanderthal, y se puede observar que ya había una marcada diferencia entre los ajuares de las tumbas de los hombres con respecto a las de las mujeres, cuyos ajuares eran mucho más sencillos". (Lorente, 2003, pág. 29).

En la Edad Media, siguiendo los relatos de Lorente, la mujer era considerada más como un objeto de mercancía que como una persona. "El matrimonio en realidad suponía una trasmisión de una familia a otra como una serie de productos que se intercambiaban, como ocurría con las arras y la dote" (Lorente, 2003, pág. 29).

En el siglo XIII Santo Tomas de Aquino afirma que "La mujer está sujeta a las leyes de la naturaleza, y es esclava por leyes de la circunstancias (…) la mujer está sujeta al hombre por su debilidad física y mental" (Lorente, 2003, pág. 29).

En esa misma línea Rousseau, en el siglo de la Ilustración, decía que "la mujer está hecha para obedecer al hombre, la mujer debe aprender a sufrir injusticias y a aguantar tiranías de un esposo cruel sin protestar (…) la docilidad por parte de una esposa hará a menudo que el esposo no sea tan bruto y entre en razón" (Lorente, 2003, pág. 31).

Durante la Revolución Francesa, Olympe de Gouges proclamó "La Declaración de Derechos de la Mujer y Ciudadana" en un abierto desafío a la sociedad de su época al reivindicar los derechos de las mujeres; por esta y otras ideas políticas, fue condenada a la guillotina.

En el siglo XIX, rol de la mujer seguía pensado para la familia, la tutela de la esposa la ejercía primero su padre y después el marido. En Francia, también se actuaba de la misma manera, así lo refleja el Art. 213 del Código Civil de la época en el que establece "El marido debe protección a su mujer y la mujer obediencia a su marido". Con ese convencimiento, Napoleón Bonaparte, al momento de su boda con Josefina, exigió que se lea íntegramente dicho texto argumentando que "en un siglo en el que las mujeres olvidan el sentimiento de inferioridad, se les recuerde con franqueza la sumisión que deben al hombre que se convertirá en árbitro de su destino" (Lorente, 2003, pág. 32).

En el mismo periodo, en Inglaterra, la "Common Law" establecía que la mujer "al momento de contraer matrimonio pierde su individualidad, que es absorbida por la del marido" (Lorente, 2003, pág. 32), muestra clara del pensamiento de esas épocas.

Así se llega al siglo XX, donde las mujeres lograron poner en el debate la emancipación de la mujer, reclamando primeramente sus derechos civiles y

políticos, no sin pocos detractores.

La punta de lanza de ese movimiento fue el derecho al sufragio y fue en Finlandia en 1908, donde obtuvieron el reconocimiento por primera vez en la historia, le siguió el Reino Unido en 1918, Estados Unidos en 1920 y España en 1931. El Paraguay implementaría el sufragio femenino recién en 1961.

No se puede olvidar a Rosa Parks quien con su conducta al rehusarse a ceder su asiento en un ómnibus a una persona de raza blanca, encendería la chispa del reclamo de igualdad de los movimientos civiles en EE.UU. en la década de 1960.

Como se puede ver, fue un largo camino el que recorrieron las mujeres a lo largo de la historia y como consecuencia de la formación de varios grupos feministas, a inicios del de la década de 1970, principalmente, en los Estados Unidos de América y en Europa, donde exigieron la igualdad efectiva de derechos de las mujeres con el de los hombres.

En ese contexto, la Organización de la Naciones Unidas lanza en el año 1975, en una Conferencia Mundial realizada en México, el Año Internacional de la Mujer en el marco de la Década de la Naciones Unidas para la Mujer (1975 – 1985). En dicha conferencia fijaron tres objetivos: 1- La igualdad plena de género. 2- La integración y plena participación de la mujer en el desarrollo y; 3- Una contribución de la mujer al fortalecimiento de la paz social.

El debate sobre los derechos de la mujer se insertaba en la agenda internacional y a raíz de ello el 3 de diciembre de 1979, la Asamblea de la Naciones Unidas aprueba la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en adelante CEDAW,** que entró en vigor como

tratado internacional el 3 de septiembre de 1981, tras su ratificación por 20 países. Este no pretende ser solo un documento de matiz jurídico internacional sino que comprende un programa de acción para garantizar tales derechos por parte de los Estados firmantes. Es el principal instrumento internacional obligatorio de Derechos Humanos para la promoción y la defensa de las mujeres.

Previamente, en 1980 se había llevado a cabo la Conferencia Mundial sobre la Mujer en Copenhague, donde se establecieron las medidas de igualdad, desarrollo y paz para la mujer, la cuales fueron: 1- Igualdad de acceso a la educación; 2- Igualdad en las oportunidades de empleo; 3- Igualdad en servicios adecuados de atención a la salud.

Luego de esto, en 1985 en Nairobi, se realizó la Conferencia Mundial sobre la Mujer donde se establecieron tres categorías básicas para medir los adelantos en las políticas a favor de la mujer: "1- *Medidas constitucionales y jurídicas; 2- Igualdad en la participación social y; 3- Igualdad en la participación política y en la adopción de decisiones".*

En 1995, se realizó en Beijing la IV Conferencia Mundial de la Mujer, ocasión en el que se proclamó la "Declaración de Beijing y su Plataforma de Acción", hecho que supuso la consolidación de los compromisos adquiridos durante la denominada década de la Mujer de la NN.UU. Con ese fin, se fijaron los 12 ejes de la plataforma de acción: 1- Pobreza; 2- Educación y Formación; 3- Salud; 4- Violencia; 5- Conflictos armados; 6- Economía; 7- Toma de decisiones; 8- Mecanismos institucionales; 9- Derechos Humanos; 10- Medios de Comunicación; 11- Medio Ambiente; 12- Las niñas.

En el marco interamericano, como ya fue mencionado previamente, en

1994 se aprobó la "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem do Pará", la cual tuvo amplia influencia en la mayoría de las legislaciones de la región, promulgándose leyes específicas sobre la violencia contra las mujeres en diversos países de América Latina.

También, resalta la promulgación del "Protocolo Facultativo de la CEDAW" elaborado por la ONU en 1999 y ratificado por el Paraguay en el año 2001. Este protocolo establece para los países signatarios, principalmente la eliminación de toda forma de discriminación hacia la mujer y la igualdad en el ámbito de la salud, del empleo y de la educación.

Ya en el ámbito nacional, en la legislación actual, además de la tipificación del hecho punible de Violencia Familiar en el art. 229 del Código Penal de 1997, resalta la Ley n.º 1600 del año 2000 "Contra la Violencia Doméstica", esta ley es de carácter civil y no establece sanciones penales, es más preventiva que punitiva y busca garantizar las medidas urgentes de protección a la víctima y el cese de la violencia.

En el año 2012, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, el Ministerio de la Mujer y el Ministerio Público ha elaborado un "Manual de atención integral a víctimas en el sistema de salud" enfocado a las víctimas de violencia intrafamiliar y de género

Por último, en el año 2014 el Ministerio Público, el Ministerio del Interior y el Ministerio de la Mujer, firmaron el "Protocolo para la investigación de la violencia contra la mujer en el ámbito familiar, desde una perspectiva de género", instrumento de suma utilidad para coordinar las actuaciones a favor de

las víctimas entre las mencionadas instituciones en el marco de las denuncias penales de violencia familiar. El cual se encuentra en proceso de adaptación de la estructura para su implementación.

**Marco legal vigente en el Paraguay**

La violencia familiar se encuentra tipificada en el art. 229 del Código Penal paraguayo Ley n.º 1160/97, modificada por el art. 1º de la Ley n.º 5378/14, que reza:

> **Art. 229.- Violencia Familiar**
>
> 1º.-El que aprovechándose del ámbito familiar o de convivencia, ejerciera violencia física o psíquica sobre otro con quien convive o no, será castigado con una pena privativa de libertad de uno a seis años.
>
> 2º.-Cuando el hecho de violencia provocara resultados de la Lesión Grave, se aplicará la sanción prevista en el art. 112 del Código Penal.

La mayor consecuencia de la modificación de la ley fue el cambio del tipo penal de Violencia Familiar, al pasar de delito a crimen elevando la expectativa de pena a seis años, hecho que impide la aplicación de medidas alternativas a la prisión sobre la base art. 245 C.P.P. modificado por la Ley n.º 4431/11.

El Código Penal, en su art. 13, divide los hechos punibles en dos clases (teniendo en cuenta siempre el marco penal del tipo base): los crímenes cuya sanción legal es la pena privativa de libertad mayor de cinco años; y los delitos cuya sanción legal sea pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa.

Como se mencionó previamente, el art. 245 del C.P.P. modificado por la Ley n.º 4431/11 impide taxativamente que se otorguen medidas alternativas en las

causas penales que son catalogadas como crímenes y se extrae textualmente el fragmento en cuestión:

> "(…) durante el proceso penal, no se podrán otorgar medidas alternativas, ni la prisión preventiva decretada podrá ser modificada por una medida sustitutiva, cuando el hecho sea tipificado como crimen o cuando su comisión lleve aparejada la vulneración de la vida de la persona como resultado de una conducta dolosa (…)".

**Para la configuración del tipo penal de violencia familiar se requiere:**

**1º Que el autor se aproveche del ámbito familiar para ejercer la violencia.**

El término "ámbito" tiene su origen en el vocablo latino "ambitus" y permite describir el contorno o límite perimetral de un sitio, lugar, espacio o territorio. La idea de ámbito, por lo tanto, puede entenderse como aquella que refiere al área que está contenida o comprendida dentro de ciertos límites. En el plano familiar, se entiende entonces que se refiere al entorno de la familia.

Entiéndase por familia según el diccionario de la Real Academia Española al grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas o bien al conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.

Al hablar de parentesco, es necesaria la remisión a las disposiciones del Código Civil Paraguayo o Ley n.º 1183/85 que en su art. 249 dispone: "El parentesco puede ser por consanguinidad, afinidad, o adopción". Es lógico excluir al cónyuge o concubino del grado de parentesco por consanguinidad o adopción, sin embargo, vale aclarar que tampoco lo es por afinidad, ya que la misma supone, a tenor del art. 253 del mismo cuerpo legal: "… un vínculo entre un cónyuge

y los parientes consanguíneos del otro.

El grado y la línea de la afinidad se determinan según el grado y la línea de la consanguinidad". Entonces, viene de suyo advertir que el cónyuge o concubino no ingresa al grado de parentesco, por lo tanto, cuando el numeral 1º se refiere al "ámbito familiar" el cónyuge o concubino queda excluido, limitándose la interpretación a los descendientes, ascendientes o colaterales, por consanguinidad, afinidad o adopción.

**2º Que el autor se aproveche de la convivencia**

Con este elemento se excluye la necesidad de mantener un vínculo familiar con la víctima, basta con la convivencia, es decir, vivir conjuntamente con la víctima. En esta categoría se ubica al cónyuge o pareja de hecho en caso de las uniones de hecho.

**3º Que el autor ejerza violencia física o psíquica sobre otro**

En este punto, el legislador deja de lado el sujeto activo y el sujeto pasivo propios de la conducta y se refiere a la conducta en sí, entendiendo a la violencia como todo acto que cause daño o sufrimiento físico o psicológico en la otra persona.

**4º Que el autor conviva o no con la víctima.**

Por último, y es aquí donde se debe realizar un análisis más extenso, en cuanto al requisito de la convivencia del autor con la víctima, no se tiene mayores inconvenientes, sin embargo cuando el legislador agrega la frase "o no" es decir, que no conviva con la víctima, la pregunta que surge es, hasta dónde se extiende la responsabilidad del autor no conviviente?

Si se observa las disposiciones de la Convención de Belén Do Pará se nota que al situar la violencia contra la mujer en el plano doméstico delimita la responsabilidad del autor con la siguiente frase: "…ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer"

Entonces, al considerar la relación de parentesco en el caso de la consanguinidad, no nace de la convivencia; se puede deducir que para los casos de violencia familiar no es necesario que el autor conviva con la víctima ya que el vínculo entre ascendientes, descendientes o colaterales no se extingue con la no convivencia. Ejemplo, un hombre o una mujer puede ejercer violencia familiar en contra de su hijo independientemente de que conviva o no con ellos, en ambos casos, se tendría por configurada igualmente los elementos dado el vínculo familiar, siempre que se reúna el requisito del daño físico o psicológico. Esta regla, a tenor de lo establecido para la regulación del parentesco en el Código Civil, rige para los familiares en grado de afinidad hasta el segundo grado y se extiende a los hijos adoptivos.

Ahora bien, para los casos en los cuales no exista convivencia entre "ex cónyuges" o "pareja de hecho", por aplicación directa del Núm. numeral 1º del art. 229 se requerirá que el autor "se aproveche del ámbito familiar" y ese ámbito que los vincula la filiación por consanguinidad o adopción. Sin embargo, no se puede ignorar el ámbito de aplicación establecido en la Convención de Belén Do Pará, que delimita con más claridad la no convivencia al resaltar que tuviera lugar en su momento, es decir, que en algún momento el autor y la víctima hayan convivido o compartido el mismo domicilio.

Esta interpretación a la luz de los instrumentos internacionales es

absolutamente aplicable dada la obligación impuesta por los tribunales internacionales de realizar un control de convencionalidad entre la norma nacional y las disposiciones de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. Asimismo, valga recordar el orden de prelación de las leyes establecido en el art. 135 de la Carta Magna, entre los tratados internacionales y las leyes internas, en el casd´especé el Código Penal, sin que esto signifique de manera alguna, la violación al principio de legalidad que rige el ordenamiento jurídico, ya que los conceptos aquí esgrimidos no colisionan en ningún punto, sino más bien lo esclarecen.

**Los tipos de violencia contra la mujer**

Para realizar una correcta comprensión de la investigación, primeramente debemos conocer algunos conceptos, que se exponen a continuación.

**Tabla 1**

**Tipos de Violencia**

| Física | Sexual | Psicológica |
|---|---|---|
| A. Conducta lesiva, existe intencionalidad.<br>B. Intencionalidad, la cual influye en los efectos de la lesión y/o en los medios utilizados.<br>C. Suelen ir precedidas de maltrato psicológico.<br>D. Patrón de maltrato continuado, reiteración. | E. Mujer obligada a tener relaciones sexuales contra su voluntad.<br>F. Temor a su pareja.<br>G. Prácticas sexuales dolorosas o degradantes, o incluso obligarlas a tener sexo con terceras personas. | H. Presencia continua de intimidación o amenazas.<br>I. Humillación reiterada, incluso frente a terceros.<br>J. Imposición de aislamiento social.<br>K. Desvaloración de la víctima como persona.<br>L. Culpabilización a la victima de las conductas violentas del autor.<br>M.Rol de dependencia personal y económica hacia el autor. |

Fuente: Fariña, Arce y Buela-Casal, 2009, págs. 65, 66.

Además de la clasificación principal previamente citada, existen otros puntos que también merecen consideración ya que son definidos en el libro "La Violencia Doméstica".

**Tabla 2**

**Otros Tipos de Violencias**

| Violencia Económica | Violencia Estructural | Violencia Espiritual |
|---|---|---|
| N. Negar o controlar el acceso al dinero.<br>O. Impedir el acceso a un puesto laboral.<br>P- Impedir el acceso a la educación.<br>O. Negativa de derechos de la propiedad. | P. Imposición de barreras intangibles e invisibles contra la realización de las opciones potenciales y de los derechos básicos. Ej.: las diferencias de poder y las relaciones de poder (estructuras) que generan y legitimizan la desigualdad. | • Erosionar o destruir las creencias culturales o religiosas, a través del ridículo o el castigo.<br>Q. Obligar a alguien que acepte una determinada creencia. |

Fuente: Ganzenmuller, Escudero y Vallina, 1999, pág. 42.

**La Violencia Familiar desde el enfoque psicológico**

**Ciclo de la Violencia según la teoría de Lenore Walker**

Según ésta teoría el ciclo de violencia la cual es una teoría de reducción de tensión afirma existen tres fases relacionadas con el ciclo de violencia.

Fase 1: La acumulación de tensión acompañada de un incremento de peligro;

Fase 2: El incidente de maltrato grave, y;

Fase 3: El arrepentimiento cariñoso.

Siempre según la Dra. Lenore Walker, este ciclo "comienza por regla general después del periodo de noviazgo, que se describe con frecuencia como un inmenso interés del abusador por la vida de la mujer, acompañado normal-

mente de una conducta cariñosa, que luego se transforma en acecho y vigilancia, sin embargo, cuando esto ocurre, la mujer ya se ha comprometido y no tiene ni la energía, ni el deseo de romper con la relación" (Walker, 2009, págs. 154) , muy por el contrario abrigan la idea que en el marco del matrimonio desaparecería este tipo de conductas, lo cual generalmente no sucede.

**Tabla 3**

**Teoria del ciclo de violencia Lenore Walker**

| Fases | Victimario | Víctima |
|---|---|---|
| **FASE 1** | • Insultos<br>• Conductas desagradables intencionadas<br>• Abusos físicos, hostilidad pero no de forma extrema u explosiva. | • Actitud complaciente a los reclamos del victimario<br>• Ignora los actos hostiles como estrategia para dominar al victimario y reducir la tensión. |
| **FASE 2** | • Descarga incontrolable de las tensiones acumuladas durante la primera fase.<br>• Maltrato grave a la víctima sin necesidad de ninguna intervención.<br>Agresiones verbales y físicas. | • Miedo<br>• Procura evadir al agresor<br>• Procura protegerse de las agresiones físicas.<br>La mujer queda gravemente conmocionada o lesionada. |
| **FASE 3** | • Pedido de disculpas<br>• Intenta ayudar a la víctima.<br>• Se muestra amable y arrepentido.<br>• Realiza regalos, promesas y llena de halagos a la víctima.<br>• Convencimiento del autor que en el futuro será capaz de controlar la violencia. | • Deseo de creer en el arrepentimiento.<br>• Creencia en que el agresor puede cambiar.<br>Ausencia de tensión o violencia. |
| "En ocasiones la percepción de la tensión y el peligro continúan manteniendo unos niveles muy elevados y no desciende hasta el nivel de "arrepentimiento cariñoso", lo cual que indica que el riesgo de un incidente letal es muy alto". | | |

Fuente: Walker, 2009, pág. 155.

**El hecho punible de violencia familiar en el Departamento de Misiones**
**Muestra de la población estudiada**

Con estos datos y ya con una perspectiva de lo que implica el hecho punible de Violencia Familiar enfocado en las mujeres como víctimas, nos adentramos a la investigación propiamente dicha, tomando como referencia el Departamento de Misiones.

El Departamento de Misiones, ubicado en la Región Oriental de la República del Paraguay el cual consta de 118.798 habitantes, y su capital, la ciudad de San Juan Bautista, tiene una población aproximada de 34.867 habitantes (Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censos, año 2012).

El Departamento de Misiones limita al norte con los departamentos de Paraguarí y Caazapá; al sur, con el Rio Paraná (que marca el límite con la República Argentina) y en el margen contrario del río se encuentra la Provincia argentina de Corrientes; al este, limita con el Departamento de Itapuá; al oeste con el Departamento de Ñeembucú. El Departamento de Misiones y su capital son atravesados por la ruta n.º 1 Mcal. Francisco Solano López, la cual es la principal vía de conexión de dicho Departamento.

Según datos actuales, en el año 2015, el tipo penal de violencia familiar se situó en el 4to. lugar entre los hechos punibles más denunciados en el Departamento de Misiones (Ministerio Público, 2015, Pág. 181), solo superado por los tipos penales de hurto, amenaza y lesión, haciendo la salvedad de que incluso en estos dos últimos, también podrían mimetizarse casos de violencia familiar.

La recolección de datos fue realizada a través de informes solicitados por parte de la Fiscalía Adjunta Área XII de Misiones y Ñeembucú, a inicios del año 2014, referentes al hecho punible de Violencia Familiar, que registran

las unidades penales 1, 2 y 3 de la Fiscalía Regional de Misiones; 1 y 2 de la Fiscalía de Regional de Santa Rosa; unidades 1 y 2 de la ciudad de San Ignacio; y por ultimo 1 y 2 de la Fiscalía de la ciudad de Ayolas.

La solicitud de informe del tipo penal de violencia familiar requería el número total de causas ingresadas en los años 2011, 2012 y 2013, el género de la persona que cometió el hecho punible, así como también el género de la víctima, si el autor/a estaba bajo los efectos del alcohol al momento de cometer el hecho, el tipo de violencia física o psíquica, si utilizó algún tipo de arma, ya sea blanca o de fuego; y la medida impuesta o condena obtenida en el ámbito judicial.

**Resultados del relevamiento de datos**

Según los datos relevados, en los años 2011, 2012 y 2013 en el Departamento de Misiones se denunció un total de 446 causas de violencia familiar, en los que se observa un incremento anual constante.

**Gráfico 1**

**Número de causas ingresadas en el periodo de 2011 al 2013**

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por la Fiscalía Adjunta del Área XII – Dpto. de Misiones.

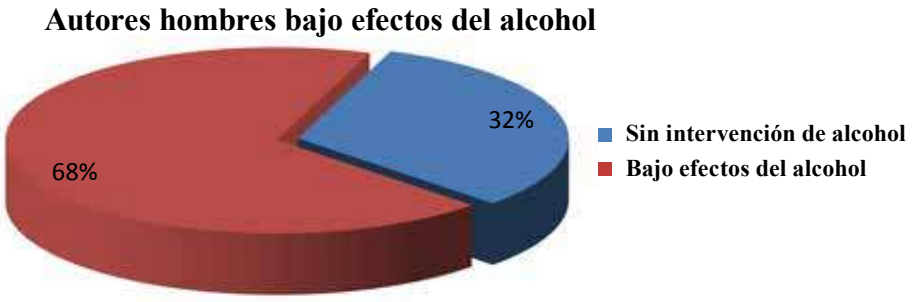
De ese universo de 446 causas, 432 fueron cometidas por hombres y sus víctimas fueron mujeres. Mínimo fueron los casos en el que las autoras son mujeres, y las víctimas son niños o adolescentes.

**Gráfico 2**

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por la Fiscalía Adjunta del Área XII. Dpto. de Misiones

De las 432 causas ingresadas en las cuales los autores fueron varones, en 295 las víctimas relataron que los agresores se encontraban bajo los efectos de bebidas alcohólicas. Se hace la salvedad de que en el periodo comprendido entre los años 2011, 2012 y 2013 no se registraron causas en que la mujer es autor del hecho y que a la vez estuvieran/ estuviera bajo los efectos de bebidas alcohólicas.

**Gráfico 3**

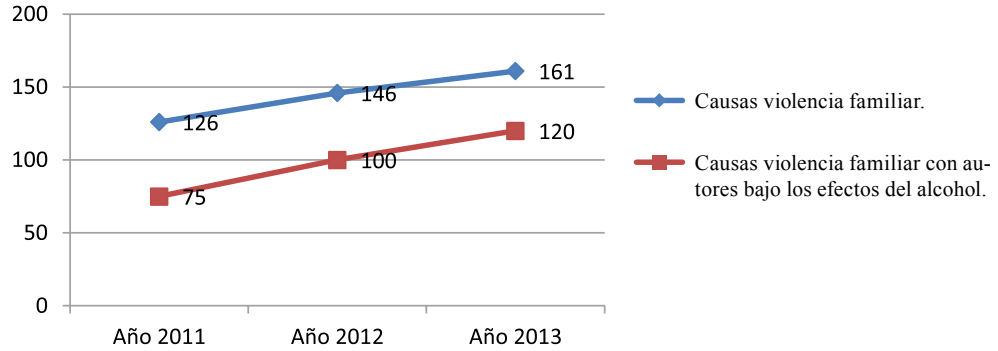



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por la Fiscalía Adjunta del Área XII – Dpto. de Misiones.

También, haciendo una proyección comparativa a lo largo de los tres años analizados, se observa que hubo un incremento constante año tras año tanto de las causas de violencia familiar como de los autores bajo efectos del alcohol.

**Gráfico 4**

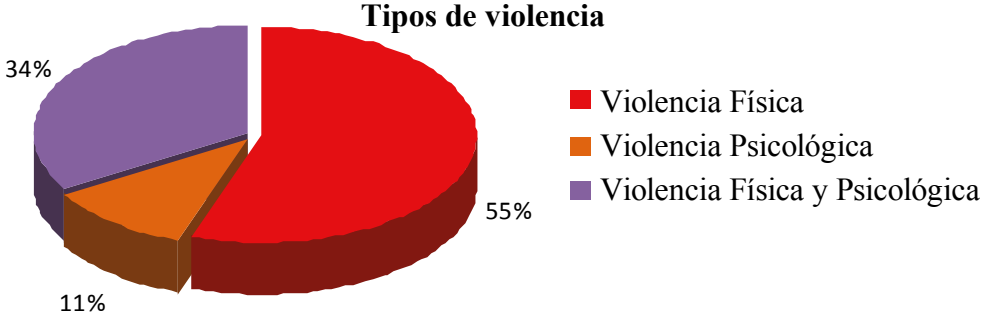
**Proyección de causas de Violencia Familiar en el periodo 2011 al 2013**




Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por la Fiscalía Adjunta del Área XII – Dpto. de Misiones.

De las 432 causas de Violencia Familiar en las cuales los autores fueron varones y las víctimas mujeres, en 360 se constató la violencia física. En 72 se registró violencia psicológica y en 220 se registraron ambos tipos de violencia.

**Gráfico 5**




Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por la Fiscalía Adjunta del Área XII – Dpto. de Misiones.

La comprobación efectiva de la violencia física se realiza a través de dictámenes e informes médicos emitidos por el Departamento de Clínica Forense del Ministerio Público. Y la comprobación del daño sicológico a través de evaluaciones psicológicas realizadas por psicólogos del Centro de Atención a Víctimas de la institución.

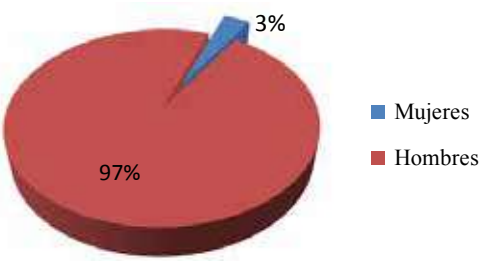
**Análisis de causas penales de una unidad penal del Departamento de Misiones**

A los efectos del presente estudio sobre el tratamiento que se da una vez ingresada las denuncias al Ministerio Publico se ha hecho un seguimiento de todas las causas ingresadas referentes a casos de violencia familiar en una de las unidades del área penal ordinaria del Departamento de Misiones durante los años 2011, 2012 y 2013, Esto se pudo hacer gracias a los datos proveídos por las unidades penales en el periodo citado, a la Fiscalía Adjunta del Área XII. Hasta ese momento fue el primer archivo digitalizado de carpetas fiscales de la institución, implementada a iniciativa del Fiscal Adjunto de esa área y con el apoyo de la Coordinación de Archivos del Ministerio Público.

Se pudo conocer que durante ese tiempo ingresaron a dicha Unidad Penal 58 causas, en 56 fueron autores personas de sexo masculino y las víctimas de sexo femenino.

**Gráfico 6**

**Causas de Violencia Familiar en una Unidad Penal del Dpto. de Misiones**

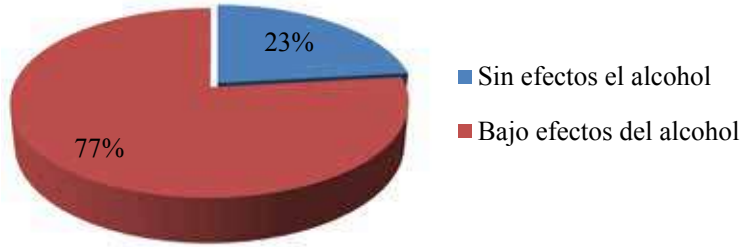



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por la Fiscalía Adjunta del Área XII – Dpto. de Misiones.

En 56 de las causas con autores masculino, en 43 de se encontraban bajo los efectos del alcohol.

**Gráfico 7**

**Autores de violencia familiar bajo efectos del alcohol**




Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados la Fiscalía Adjunta del Área XII – Dpto. de Misiones.

Luego, se procedió a analizar los niveles de reincidencia y reiteración, que continuación se define para una mejor comprensión de cada uno de los términos.

La **reincidencia** es "la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por el delito análogo que se le imputa" (Ossorio, 2005, págs. 828).

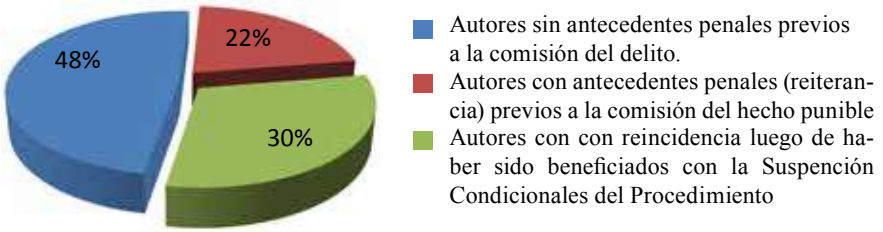
La **reiteración** "es la circunstancia que puede ser agravante, derivada de anteriores condenas del reo por delitos de índole diversas del que se juzga" (Ossorio, 2005, págs. 829).

De los 56 presuntos autores, 12 de ellos ya contaban con reiteración por la comisión de un hecho punible al momento del proceso objeto de investigación, todos registran antecedentes de violencia familiar y otros tipos de hechos punibles como: lesión grave, daño, amenaza, violación de domicilio, incumplimiento del deber legal alimentario y exposición a peligro en el tránsito terrestre.

Es importante resalta que de los 56 procesados que fueron beneficiados con la Suspensión Condicional del Procedimiento, 17 de ellos tuvieron reincidencia.

**Gráfico 8**

**Indicadores de reiterancia antes de ser procesados por violencia familiar y de reincidencia luego de haber sido beneficiados con la Suspensión Condicional del Procedimiento**




Fuente: Elaboración propia a través de los datos facilitados por la Fiscalía Adjunta del Área XII – Dpto. de Misiones.

Además de las 50 causas de violencia familiar en las que se aplicó la Suspensión Condicional del Procedimiento, se recolectaron otros datos, tales como:

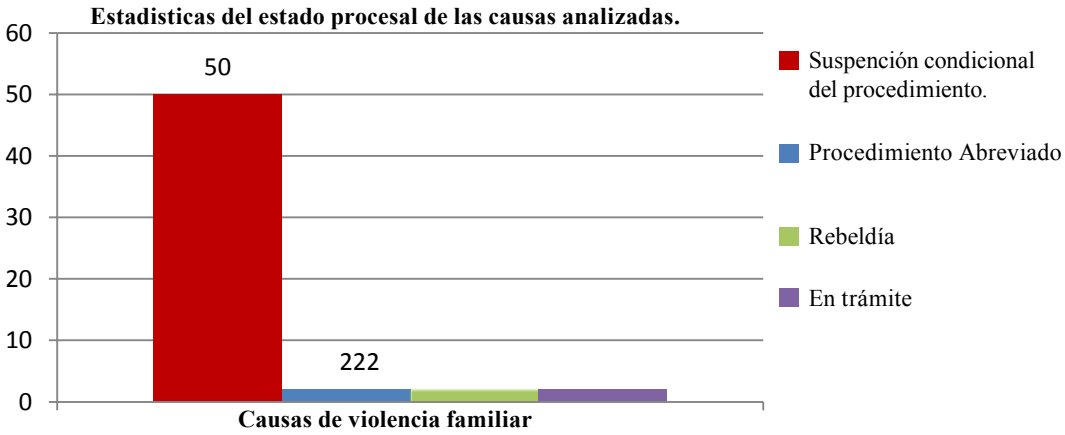
• En dos causas los presuntos autores se encontraban en rebeldía.

• Otras dos se encontraban en trámite de la etapa intermedia.

• Y en las últimas dos, a los autores se les aplicó el Procedimiento Abreviado,

haciendo la salvedad de que estas personas volvieron a reincidir, en años posteriores, en el mismo hecho punible.

**Gráfico 9**




Fuente: Elaboración propia a través de los datos recolectados en la Fiscalía Adjunta del Área XII – Dpto. de Misiones.

En el gráfico n.º 9 se puede observar que la principal forma de tratar el conflicto es a través del instituto procesal de la Suspensión del Procedimiento a Prueba, por ello se hace necesario hacer una sucinta explicación de cuál es la finalidad de dicha figura como forma de terminación del proceso para seguidamente verificar si estos objetivos se logran en la forma cómo se está aplicando en los casos de hechos punibles de violencia familiar.

**La suspensión condicional de procedimiento**

La finalidad de la aplicación de las medidas en el marco de la suspensión del procedimiento a prueba o de la suspensión de la condena a prueba surge contrariando la teoría de la retribución basada en el ojo por ojo, diente por diente, y de este modo el fin de la pena se redirige a la prevención especial que está enfocada al autor individual para hacerlo desistir de cometer delitos en el futuro. En esta línea cabe mencionar que Séneca había postulado las ideas de Platón sobre la formulación clásica de todas las teorías preventivas: "…Nam,

ut Plato ait: nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur "(… )Pues como dice Platón: Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque (Roxin, 1997, pág. 85).

Para entender el instituto de la Suspensión Condicional del Procedimiento es necesario primeramente entender los fines de la pena, conforme a la Constitución Nacional vigente, en su art. 20, indica el objeto de la pena, identificándolos como la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad. Estos fines a su vez están reiterados en el Código Penal en su art. 39.

Con respecto a los fines de la pena, se han elaborado varias teorías que se desglosará una por una:

La Teoría Retributiva de Kant, Hegel busca que el delito sea "pagado" "compensado" o "eliminado" con la pena. "La cárcel no se justifica con su utilidad, sino por ser un medio de castigo necesario para quien delinquió, teniendo la posibilidad de no haberlo hecho" (Vitale, 2004, pág. 11).

Contraria a la teoría retributiva surgieron las teorías preventivas de la pena que justifican la prisión por su capacidad de prevenir futuros delitos, las diferentes teorías consideran esto de diferentes maneras.

Teoría de la Prevención General: Postula que la prisión evita delitos sirviendo de ejemplo frente al resto de la sociedad, que por temor a ser encarcelados, se abstienen de cometer delitos.

Teoría de la Prevención Especial: sostiene que la prisión evita delitos actuando no sobre los demás, sino con relación al el propio autor, "resocializándolo" "reeducándolo" logrando su "reinserción social" o "corrección". Según esta teoría, la cárcel elimina la peligrosidad del condenado, apartándolo de la

comisión de delitos.

Con el ingreso de la figura de la Probatión en el sistema penal paraguayo a través de los institutos procesales de la Suspensión Condicional de Procedimiento art. 44 C.P. y la Suspensión de la Condena a Prueba art. 21 C.P.P., la finalidad Constitucional del art.20 se ve reforzada.

Estos institutos procesales persiguen varios fines, todos relacionados entre sí: procura la satisfacción de la victima a través de la reparación del daño; economía procesal como una forma de agilizar los procesos judiciales y la readaptación del procesado, todo esto a favor de la sociedad en general, se entiende que si se cumplen estas tres finalidades se verá restaurada la paz social quebrantada por la comisión del hecho punible dotándolos de las características de eficiencia y eficacia.

En la Suspensión Condicional de Procedimiento se suspende el ejercicio de la acción penal al imputado sometiéndolo a prueba por un determinado periodo en el cual se le exige cumplir ciertas condiciones a través de la imposición de medidas; si las cumple se extingue la acción penal y finaliza el proceso, debiendo dictarse el sobreseimiento definitivo a su favor. Contrariamente si las incumple, se revoca dicha suspensión y en consecuencia se ordena la continuación del trámite procesal en el estado en que se encontraba antes de su paralización. En nuestro país, las condiciones para la otorgación de dicha salida procesal están estipuladas en el art. 44 del C. P. "Suspensión a Prueba de la Ejecución de la Condena" y los arts. 21, 22 y 23 del C. P. P. que reglan la Suspensión Condicional del Procedimiento. Entre las condiciones sine qua non para su aplicabilidad se encuentra que la expectativa de la pena no sea superior a dos años; un hecho punible por su insignificancia o grado de reproche reduci-

do no genere interés público en su persecución; el autor admita los hechos, haya reparado el daño ocasionado, firmado un acuerdo con la víctima o demostrado su voluntad de reparación; cuando el autor no haya sido condenado en los cinco años anteriores por otro hecho punible a una o más penas que en total sumen un año de prisión.

Esto implica que el autor debe someterse a ciertas condiciones y se enumeran las establecidas en el art. 22 del C.P.P.:

> "1- Residir en un lugar determinado; 2- La prohibición de frecuentar determinados lugares o personas. 3- Abstenerse del consumo de drogas o del abuso de bebidas alcohólicas. 4- Someterse a la vigilancia que determine el juez 5- Comenzar y finalizar la escolaridad primaria, si no la tiene cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o institución que determine el juez o el tribunal. 6- Prestar trabajos a favor del Estado o de instituciones de asistencia pública, fuera de sus horarios habituales de trabajo; 7- Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, sino tiene medios propios de subsistencia. 8- Someterse a tratamiento médico o psicológico, si es necesario. 9- La prohibición de tener o portar armas. 10- La prohibición de conducir vehículos; y 11- Cumplir con los deberes de asistencia alimentaria". También en el Código de Ejecución Penal Ley n.º 5162/2014 se establece un periodo de tratamiento para las personas condenadas por la comisión de hechos punibles.

Se observa que el tipo penal de violencia familiar no es valorado en su real dimensión, pues se aplica la Suspensión Condicional del Procedimiento sin

analizar de forma particular los hechos. Además, con la última modificación de la ley del año 2014 actualmente los agresores van a prisión preventiva por un corto periodo de tiempo, sin realizar ese análisis o intentar oponer otra medida menos gravosa.

Con esta última medida, viola el propio Código Procesal Penal, ya que el art. 254 reza el imputado que se encuentra en prisión preventiva debe ser recluido en lugares absolutamente separados de los dispuestos para los condenados con sentencia firme (además de dignos), pero actualmente las personas condenadas y los procesados sometidos a la prisión preventiva conviven en espacios comunes en las penitenciarías de nuestro país.

Es de público conocimiento la situación en la que se encuentras actualmente los Centros Penitenciarios que albergan personas por encima de su capacidad razón por la que se observa una súper población. No es menos importe resaltar que la privación de la libertad debe ser la última ratio que aplica el magistrado, para adecuarse a los fines de la pena y a la re adaptación del procesado y no teniendo a la cárcel como factor de reproducción del crimen* (Vitale, 2004). Dicha disposición es adoptada sin la valoración necesaria de la conducta. Actualmente el marco penal de Violencia Familiar se basa mayormente en la prevención general negativa que tiene como fines la disuasión, la intimidación a la sociedad con las penas altas tal como expresa el Dr. Hernández:

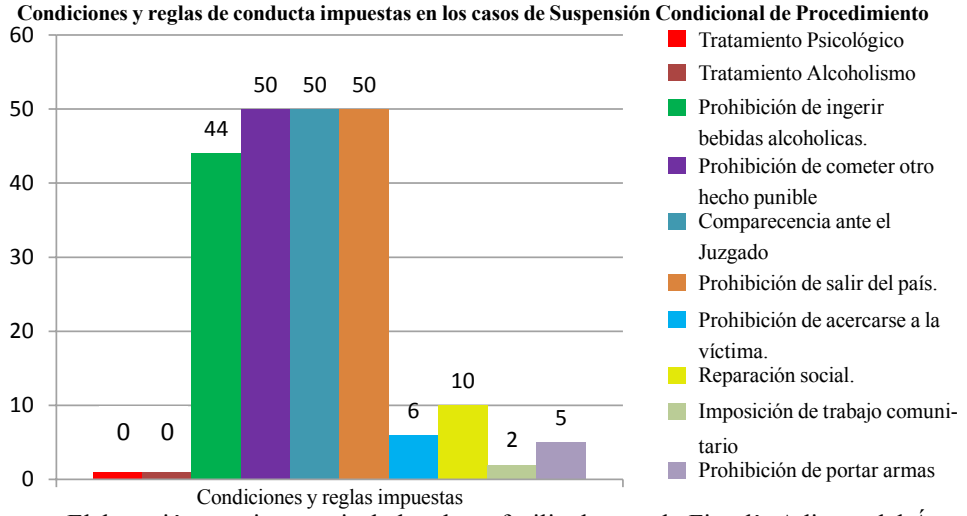
*. Vitale, Gustavo. Suspensión del Proceso a Prueba, 2da Edición Año 2004. Pág. 6, 7.En dicho capitulo el Dr. Vítale hace referencia a que "(…) en América Latina la cárcel funciona como un mecanismo de poder, que sirve para ejercer el control social sobre ciertos sectores de la comunidad (que en general son los más marginados, ya sea por su mayor lejanía del poder o por sus menores recursos (…) y prosigue (…) la idea de encarcelar a una persona para que ellos sirva de ejemplo a los demás es una idea autoritaria, que se basa en la concepción del ser humano (y de su libertad) como un simple medio para cumplir un fin estatal, en lugar de reconocerlo como un fin en sí mismo (…)".

> "la persona sería usada como instrumento empleado por el Estado para sus fines propios, reduciéndose así el daño a un único derecho subjetivo del Estado a exigir obediencia, asumiendo el Estado la condición de verdugo y no de un instrumento de vida". (Hernández, et al, 2010, pág. 692)

El ingreso de la denuncia cierta de un hecho punible de violencia familiar al Ministerio Público, da cuenta que el efecto disuasorio de la cárcel no ha motivado suficientemente para evitar conductas desviadas. Esta esperanza de que se produzca el efecto disuasorio se ve renovada con la Suspensión Condicional de Procedimiento, que se aplica a la persona beneficiada, al considerar que no debería volver a delinquir ante la oportunidad brindada que le permite gozar de una libertad ambulatoria y por sobre todo, que le brinda la posibilidad de evitar, con el cumplimiento de las reglas y condiciones ,el juzgamiento en un juicio oral y público con sus probables sanciones y su consecuente estigmatización, e incluso ir a la prisión.

Esta investigación deja a la luz el importante porcentaje que vuelve a reincidir, y da cuenta que el efecto disuasorio de la prisión en este tipo penal no se produce en la medida de lo esperado, esto debe conducir a un análisis acerca de las "razones del delito y sus causas sociales, políticas, económicas, racionales e irracionales" (Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?, 2001. pág. 379). Que indefectiblemente orienta a la verificación de la eficiencia y eficacia de las medidas aplicadas en el marco de la suspensión del procedimiento a prueba, principal instituto procesal utilizado para las salidas procesales.

## Gráfico 10




Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por la Fiscalía Adjunta del Área XII – Dpto. de Misiones.

Se observa visto en el gráfico 10, en ninguna de las causas de violencia familiar en el que se aplicó la Suspensión Condicional del Procedimiento se estableció el tratamiento psicológico o el tratamiento para la rehabilitación en los casos de alcoholismo estipulados en el art. 22 inc. 8. Si bien es cierto que en un gran número de causas se ha impuesto la prohibición de ingerir bebidas alcohólicas, ésta condición en la práctica resulta difícil de controlar ya que solo se encuentran sustentadas en la esperanza que la amenaza de ir a la cárcel, en caso de incumplirla, sería suficiente contención.

Esta problemática se refleja en aproximadamente el 50% de los casos objetos de este estudio. Por tanto, la sola condición imperativa escrita no es suficiente y no causará ningún efecto en el imputado sin el sometimiento a un tratamiento médico para uno o ambos problemas médicos.

También se observa que otras reglas como la prohibición de salir del país, de cometer otro hecho punible y la de comparecer para mensualmente para la firma en sede del Juzgado son estipuladas en casi todas las causas orientadas a asegurar el sometimiento al proceso. Estas tienen carácter de medidas complementarias. De hecho, una regla que debería ser esencial en su aplicación como la prohibición al autor de acercarse a la víctima, fue utilizada en un número ínfimo. Lo mismo ocurre con la prohibición de portar armas de fuego, invocada en muy pocas ocasiones.

Otras de las reglas fijadas fueron: la reparación social y el trabajo comunitario, las cuales pueden ser muy loables, pero en los casos donde existe un problema de fondo en el autor, ya sea psicológico o de alcoholismo, el cumplimiento no otorga ninguna garantía de que no habrá reincidencia.

La actual teoría preventiva especial va dirigida al autor de forma individual y sigue el principio de la resocialización, que busca integrarlo a la sociedad al que comete el injusto, no expulsándolo ni marcándolo (Roxin, 1997, pág. 87).

Al tener claro que las medidas responden a la teoría de la prevención especial que busca justamente atacar los orígenes y causas que motivan al sujeto a cometer hechos de violencia familiar, éstas deben ser aplicadas o deben responder a la lógica del tratamiento, ya sea como causas o agravantes en los casos de problemas psicológicos al igual que en el consumo de alcohol que se observa en un porcentaje muy elevado.

En el tipo penal se debe enfocar un tratamiento íntegro a fin de lograr la reinserción del autor a la sociedad, para ello, según la psicóloga Directora del Centro de Atención a Víctimas del Ministerio Público “el autor debe realizar un

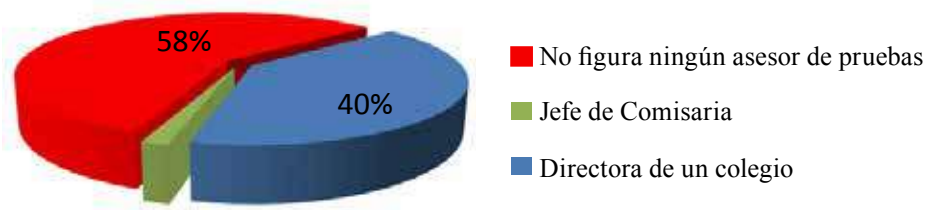
tratamiento psicológico y en las causas en las que se conjugue el alcoholismo, se debe someter además, un tratamiento de desintoxicación a fin de que el sujeto supere su adicción". Solo aplicando estos mecanismos se puede pretender una real reinserción en la sociedad.

Este procedimiento debe ir acompañado con el control de un asesor de pruebas idóneo, mínimamente debe ser un trabajador social que vele por el cumplimiento irrestricto de las condiciones y reglas impuestas, así como el la revisión a través de informes médicos referentes al avances.

Por último, en el marco de las causas en las que se aplicó la suspensión condicional del procedimiento, en treinta y cinco no se registró ningún asesor de pruebas; en otras veinticuatro se designó al jefe de la Comisaria zonal y en una causa se estipuló como regla de conducta un trabajo comunitario, y se fijó como asesora de pruebas a la directora de un centro educativo.

**Gráfico 11**

**Asesor de pruebas designados en las causas**




Fuente: Elaboración propia a través de los datos recolectados en la Fiscalía Adjunta del Área XII – Dpto. de Misiones.

## La "Evaluación de riesgos y potencial letal" al presunto autor de violencia familiar

La suspensión del procedimiento a prueba así como la suspensión de la condena a prueba responden a una prognosis con relación a la posibilidad que el individuo procesado vuelva o no a cometer hechos punibles de la misma naturaleza u otros tipos de hechos

Un elemento clave cuya aplicación se encuentra ausente en los procesos penales y requiere una necesaria implementación es la "evaluación de riesgos de violencia y potencial letal", con este examen, que podría ser realizado por psicólogos o psiquíatras de los organismos judiciales, para evaluar las condiciones mentales en las que se encuentra el imputado por la supuesta comisión del crimen de Violencia Familiar y sobre esa base someterle a la prisión preventiva o en su defecto a medidas alternativas a la prisión preventiva.

La evaluación de riesgo ayudará al agente fiscal a determinar la existencia de factores de riesgos importantes, pues, podrá determinar en qué factores presenta una sobrecarga. Estos datos, pueden ayudar a modificar esos indicadores de riesgo y proporcionar una estimación de la probabilidad de futuras conductas agresivas.

Existen tres instrumentos de medición, que recomienda la Dra. Lenore Walker, para evaluar el riesgo de un presunto autor:

a) Factores de Riesgos Históricos y Clínicos conocido como "HCR-20".

b) El Riesgo de Agresión Sexual, llamado "SVR-20".

c) Lista de Control Psicopática Revisada, denominado "PCL-R".

A los efectos ilustrativos se ha citado los tres más utilizados globalmente en diversas causas penales, pero, siempre según la Dra. Lenore Walker, "la única evaluación de riesgo que utiliza los informes clínicos y las variables estáticas MacArthur*" (Walker, 2009, pág. 201) es el examen llamado "Factores

*. "A principios de la década de los 90, un grupo de investigadores de Estados Unidos se embarcó en u n ambicioso proyecto con el objetivo de superar las limitaciones metodológicas de las investigaciones previas sobre violencia y enfermedad mental, considerándose un intento serio para desenmarañar esta compleja interrelación y constituyéndose así, como un estudio de referencia. Fue llamado "MacArthur Violence Risk Assessment Study". Se centró en la identificación de factores de riesgo de violencia específicos en la población psiquiátrica, y en la comprensión de la fuerza predictiva de esos factores" (Jurado, Alicia. Carrasco, Miguel Angel. Anuario de Psicología Jurídica, año 2011 – Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. Pág. 70.)

de Riesgos Históricos y Clínicos o mejor conocido como HCR-20", sin desmeritar que los dos restantes también puedan ser utilizados en casos específicos. A continuación citamos las variables que son evaluadas para tenerlas como parámetro y de ese modo determinar el potencial de riesgo de reincidencia y su potencialidad letal.

**Tabla 4**

| **VARIABLES HCR- 20** |
|---|
| •Aspectos históricos<br>• Edad cuando sucedió el primer maltrato. Cuanto más joven, mayor riesgo.<br>• Inadaptación inicial<br>• Otras relaciones con abusos.<br>• Problemas laborales<br>• Problemas con el consumo de sustancias.<br>• Enfermedades mentales graves.<br>• Trastornos de personalidad<br>• Psicopatía.<br>• Aspectos clínicos.<br>• Falta de perspicacia.<br>• Actitudes negativas (Justificación de la violencia.)<br>• Síntomas activos de enfermedades mentales graves<br>• Impulsividad<br>• Falta de respuesta al tratamiento.<br>• Aspectos de control de riesgos<br>• Falta de viabilidad de los planes<br>• Exposición a los desestabilizadores<br>• Falta de respaldo personal. |

Fuente: Extraído de Walker, 2009, pág. 202.

Como se puede observar, este factor es determinante a los efectos de la aplicación de las salidas alternativas al proceso y de la misma manera para la imposición de medidas de alejamiento a las propias víctimas, ya que conforme a la manifestación de la Dra. Ana María Garrocho "la opinión de las víctimas

puede resultar muy ilustrativa, aunque no sea vinculante" (Universidad de Salamanca, 2009, págs. 134 y 135), en muchos casos son las victimas las que buscan nuevamente la convivencia o compañía con su agresor, pues les resulta difícil superar el vínculo emocional. En muchas ocasiones expresan que la intención de la denuncia es "darle un susto no mas" con la esperanza que no lo vuelva a actuar de esa manera.

**El factor alcohol dentro de la Violencia Familiar**

Si bien está comprobada la relación entre el alcohol y la violencia doméstica basados en diversos estudios, aún no está clara la relación causa y efecto, ni tampoco hasta qué punto llega esa relación, algunos de los autores que cita Lenore Walker son: "Coleman Straus, 1983; Maiden ,1997; Van Hasselt, Morison y Bellak, 1985" (2009, pág. 309).

Investigaciones recientes (Lipsky, et al, 2004) han descubierto que el consumo de alcohol en los hombres está relacionado con un mayor riesgo a lesiones que necesitan asistencia médica.

Según la investigación de la Dra. Walker, realizada en los EE.UU., el 60% de los maltratadores actuaban bajo efectos del alcohol al momento de los episodios de violencia. Dicha información concuerda con la hipótesis de esta investigación.

A los efectos comparativos, la muestra que se toma partir del estudio de unas de las unidades penales de la Fiscalía que corresponde al Departamento de Misiones, durante el periodo de tiempo en estudio, un 68% de los autores se encontraban bajo los efectos del alcohol, hecho que guarda semejanza a la cifra que se menciona en el estudio de la referida profesional. En esa línea se resalta

que los resultados comparativos con esta investigación presentan un número mayor a nivel porcentual. Al reducir el universo de estudio, a una sola Unidad Penal, en el mismo periodo de tiempo, esta cifra se eleva a 77%.

Al abarcar una mayor población, que significa un estudio a más cantidad de unidades penales se registra una mayor cantidad de causas, en ese sentido, la cifra es de 68% y es la idónea a los efectos comparativos con la investigación de la profesional estadounidense.

Dicho análisis revela que el problema del alcoholismo relacionado a la violencia es mayor en el Paraguay, en cuanto al porcentaje, pues es necesario resaltar que el país cuenta con una población mucho menor a la de EEUU.

Por lo expuesto, es indispensable que en el país establezcan programas que traten por separado ambos problemas, ya que si un maltratador alcohólico deja su adicción, la violencia igual persistirá en su conducta hasta que no se le instruya un tratamiento psicológico o psiquiátrico que le ayude a controlar su agresividad.

A los efectos descriptivos, se presenta la relación del alcohol y sus efectos en la conducta de las personas.

**Tabla 5**

| ETAPAS | Etapas de los efectos del alcohol en una persona tipo. EFECTOS |
|---|---|
| **1ra Etapa:** | Calma la ansiedad y permite la evasión, dando entonces la impresión de facilitar la creatividad artística, desplaza los mecanismos inhibitorios y la timidez facilitando la comunicación, mencionándose entonces la comunicatividad lograda en banquetes y comidas como si fuera un lubricante social. |
| **2da Etapa:** | La liberación de la impulsividad y la agresividad posibilita, junto con la euforia, la sobreestimación, la pérdida de control de la audacia y de la responsabilidad, el deterioro de las facultades mentales (peligrosidad o riesgo de cometer delitos) |
| **3ra Etapa:** | Coma o sueño, significando la anulación de la capacidad de relación interpersonal y de las posibilidades de vigilancia |

Fuente: Extraído de Achaval, 1994, Pág. 19.

**Instituciones que tienen competencia en el tratamiento**

**Ministerio de la Mujer**

Esta institución creada por la Constitución Nacional de 1992 inicialmente con la jerarquía de Secretaría Ejecutiva con rango de Ministerio, desde el año 2012, con el rango de Ministerio provee una importante ayuda al sistema judicial y principalmente a las víctimas mujeres de hechos punibles de Violencia Familiar y Trata de Personas. Cabe resaltar que el Ministerio Público y el Ministerio de la Mujer han firmado en el año 2014 un Protocolo de Actuación ante Casos de Violencia Familiar.

El Ministerio de la Mujer posee un albergue, por cuestiones de seguridad no se difunde su ubicación, está destinado para las mujeres víctimas de Violencia Doméstica. Cuenta con una capacidad para acoger a 50 mujeres y a sus hijos, siempre que estos sean menores de edad. En dicho lugar se les provee, alimentación; ropas; asistencia médica a través de un convenio con el Ministerio

de Salud Pública y Bienestar Social, también cuentan con un trasporte escolar para trasladar a los niños a sus escuelas o colegios. Este servicio se realiza de forma gratuita y siempre que no se exponga la ubicación de la madre.

Cuentan con profesionales de diversas disciplinas: una psicóloga que brinda el tratamiento necesario, una trabajadora social y también una abogada que les acompaña en los procesos judiciales de ámbito de la niñez y civiles. En síntesis, se puede considerar que realizan un trabajo interdisciplinario completo. Es destacable que las mujeres y sus hijos no tienen un tiempo límite para alojarse en el albergue.

En se sentido, uno de los requisitos que las víctimas deben reunir para recibir esta ayuda para su alojamiento en el albergue que requieren de situaciones y condiciones específicas. Es postura del Ministerio de la Mujer que prioritariamente. Sobre las bases y fundamentos de criterios psicológicos, la víctima sea alojada y contenida emocionalmente en casa de algún familiar, siempre y cuando esto no apeligre su integridad y que el ambiente no esté influenciado por su agresor.

Los otros criterios para ser aceptadas en el albergue son: 1- Víctima de Violencia Doméstica; 2- Víctima no cuente con un lugar seguro para alojarse; 3- Víctima no cuente con familiares aptos que la alojen. 4- El agresor sea portador de armas de fuego y/o haya demostrado excesiva conducta violenta con la víctima. 5- La víctima no tenga problemas psiquiátricos, ya que en el lugar también se encuentran numerosos niños, y la presencia de la misma no debe ser un peligro para ellos a estos efectos, no es limitante la condición socioeconómica de la víctima.

Para los casos en los que no es necesario derivar a las victimas al albergue, el Ministerio de la Mujer ofrece atención psicológica gratuita en su sede central ubicada en la ciudad de Asunción. Además, tiene cuatro centros de referencia en el país donde ofrecen asistencia psicológica gratuita a las mujeres víctimas de los citados hechos punibles. Los centros de referencia se encuentran en las ciudades de Pedro Juan Caballero, Filadelfia, Caaguazú y Ciudad del Este. En los otros departamentos del país el Ministerio trabaja coordinadamente con las Secretarias de la Mujer de las Gobernaciones. En su sede central y centros de referencia atienden las psicólogas y demás profesionales de lunes a viernes de 07:00 hs a 16:00. El número de teléfono de la sede central es (021) 452 060; y para casos de urgencias se prevé una atención las 24 horas, a través de llamadas al número de teléfono 137 línea de auxilio disponible desde línea baja y celulares.

El principal objetivo del trabajo de las psicólogas es "empoderar" a las mujeres víctimas de violencia, que recuperen su autoestima, romper el vínculo emocional con el agresor, mostrarles que no tienen diferencias con los hombres, que ellas pueden ser independientes y capaces de hacer lo que se propongan en la vida.

**Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social - M.S.P. y B.S.**

La institución cuenta con la Dirección de Salud Mental, encargada de recibir las órdenes judiciales que exige el tratamiento psicológico de las personas que lo requieran, deriva a los pacientes al hospital más cercano a su domicilio o a su lugar de trabajo, como ejemplo se mencionan: en la ciudad de Asunción, se encuentran los siguientes hospitales: el Hospital de Barrio Obrero; Hospital del Barrio San Pablo, el Hospital Materno Infantil de Trinidad. En

el Dpto. Central el Hospital de San Lorenzo, en la ciudad de Luque y Capiatá, entre otros. Esta derivación es para todos los puntos del país en los que cuenten con psicólogos.

Dicha dependencia, según refirieron, recibe en promedio de cinco oficios judiciales al mes, mayormente provenientes de los Juzgados de Ejecución de Sentencias de la Capital, no se registra una estadística de los casos de Violencia Familiar derivados por orden judicial y no cuentan con un programa específico diseñado para los hombres que son derivados esa problemática. Señalaron la necesidad de un trabajo interinstitucional.

El único vínculo que tienen con el Ministerio de Justicia es la provisión de medicamentos para los enfermos mentales que se encuentran en las penitenciarias.

Por último, una persona sin proceso judicial que desea acceder a un tratamiento psicológico, lo puede hacer por otro conducto, a través de los centros hospitalarios distribuidos a nivel nacional.

Dicha dependencia se encuentra ubicada en la calle Brasil c/ Pettirossi de la ciudad de Asunción, para los contactos vía telefónica pueden acceder al 021 214 936, de lunes a viernes de 07:00 hs a 16:00 hs.

**El Centro Nacional de Control de Adicciones – C.N.C.A.**

Es la única institución pública que funciona en el país, se encuentra sobre la calle Venezuela 1140 de la ciudad de Asunción. La misma depende del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y ofrece los siguientes servicios:

- Consultorio ambulatorio: consultas con psiquiatras, clínicos, psicólogos, trabajadores sociales, odontólogos, nutricionistas, asesores jurídicos y educadores de promoción y prevención.

- Unidades de desintoxicación programadas para adultos y niños y adolescentes: modalidad de internación de tipo voluntaria a puertas abiertas, por periodos de veinte días cuando el paciente es adultos y treinta días para niños y adolescentes; se cuenta con personal de Enfermería y todos los profesionales citados en el párrafo anterior.
- Escuela de padres: a cargo de personal de promoción y prevención dictadas en el C.N.C.A. para los acuden que acuden al lugar.
- Charlas de Promoción y Prevención en instituciones educativas y empresas, que así lo soliciten.

Dispone de quince camas para adultos y otras quince para niños y adolescentes. Posee un tratamiento para pacientes con trastornos derivados del consumo de alcohol, se enfoca de forma multidisciplinaria de acuerdo a cada caso en particular, pueden internarse según disponibilidad de camas y de acuerdo al plazo previsto para las internaciones o pueden seguir un tratamiento ambulatorio que, según el Dr. Manuel Fresco, no se puede expresar en un periodo de tiempo específico, pero según las estadísticas se estima un tratamiento de abstinencia no menor a dos años. Se debe aclarar que la enfermedad es crónica, lo que significa puede haber recaídas en el consumo a pesar del periodo de abstinencia requerido.

Reciben habitualmente órdenes judiciales para someter al tratamiento a personas procesadas penalmente, estas órdenes son, en su mayoría, por tenencia de drogas o por delitos conexos.

Principalmente reciben casos trastornos derivados por el consumo de múltiples sustancias como ser: variedad de drogas, marihuana, crack, cocaína

y otras sustancias, estando el alcohol se encuentra siempre presente en estos casos, aunque como elementos subyacentes de otras adicciones.

**Ministerio Público**

La Fiscalía General dentro de su estructura orgánica cuenta con la Dirección de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que a su vez cuenta con tres departamentos, uno de ellos es el de Salud Mental que abarca el área psicología, y psiquiatría forense. Dicho Departamento, funciona desde el año 2008 y realiza servicios de diagnósticos psicológicos y psiquiátricos a los autores de hechos punibles indistintamente para los agentes fiscales o jueces que lo requieran formalmente en el marco de la investigación de un hecho punible. Las solicitudes que se reciben mayormente son diagnósticos psicológicos o psiquiátricos en causas de homicidios, abuso sexual y casos de violencia familiar.

En promedio en el año 2015 se recibió 200 solicitudes de evaluación psicológica y 250 de diagnósticos psiquiátricos. Integran dicho plantel 7 psicólogos y 3 psiquiatras para todo el país.

Entre los test que utilizan para realizar las evaluaciones psiquiatras citaron varios, entre ellos: el test gestáltico de Bender, test bajo la lluvia, test de Roschard, la escala de Eric, el MMPI y actualmente aplican el test Staxi 2, considerado un inventario de Expresión de ira como estado y como rasgo.

Al preguntársele si poseen los instrumentos para realizar una "evaluación de riesgo y potencialidad letal", HCL-20, para aplicar a los autores de hechos punibles, manifestaron que no, en ese sentido, señalaron que su uso sería muy importante para la institución.

En ocasión de la visita a dicha dependencia, se manifestó la necesidad

de un trabajo coordinado entre el Ministerio Público y el Poder Judicial, resaltan la importancia de la elaboración de un mecanismo que permita una actuación conjunta para un resultado más eficiente y eficaz.

Este Departamento se encuentra ubicado en la Sede del Ministerio Público sito en Nuestra Señora de la Asunción casi Eduardo Víctor Haedo de la ciudad de Asunción.

**Corte Suprema de Justicia**

La Corte Suprema de Justicia cuenta dentro de su estructura con la Dirección Técnico Forense que es la encargada en las circunscripciones a nivel nacional de emitir informes que requiera el juez o tribunal. Para dicho fin, se conforma un equipo multidisciplinario compuesto por: médicos, psicólogos, trabajadores sociales; también realizan el seguimiento de las medidas ordenadas por el juez y emiten un dictamen técnico para la evaluación correspondiente así como las recomendaciones para la aplicación de las medidas pertinentes.

Cuenta con 74 psicólogos y 65 trabajadores sociales a nivel nacional. Para la capital tienen designados 18 psicólogos y para el Departamento Central 8. Los demás se encuentran repartidos en todas las circunscripciones. Su labor abarca el ámbito penal y de la niñez y adolescencia.

Realizan los diagnósticos psicológicos tanto para el autor de un hecho punible como para las víctimas. Y también, sobre la base a una orden judicial, se realiza el tratamiento psicológico ambulatorio a los condenados a quienes les fue otorgada la libertad condicional, esto último por orden de los Juzgados de Ejecución.

Los profesionales psicólogos de dicha dependencia que utilizan varias

técnicas para detectar problemas psicológicos o psiquiátricos y realizar el perfil psicológico: entre los varios estudios que se mencionó, se puede citar el test de Roschard, el 16PF, test gestáltico de Bender, cuestionario Beck, test bajo la lluvia, entre muchos otros. Al preguntarles si el HCR-20 se implementaba en dicha Dirección, se manifestó la posibilidad de que algún psicólogo lo realice en forma particular, pero que no existe una línea estándar de acción o un método específico con respecto a los casos de violencia familiar. También resaltaron que el 52% de los casos, corresponde a la capital y son referentes a hechos de fueron sobre Violencia Familiar.

Es de resaltar que a pesar de las limitaciones existentes, dicha dependencia se encuentra dando cumplimiento al art. 240 del nuevo Código de Ejecución Penal, referente ya que los trabajadores sociales realizan actualmente un control aleatorio a las personas con Prisión Domiciliaria y Libertad Condicional.

La Dirección Técnico Forense de la Corte Suprema de Justicia se encuentra ubicada en Palacio de Justicia de Asunción, en el séptimo piso, torre norte, su numero de teléfono es (021) 482 483.

**El Ministerio de Justicia**

Según datos proveídos por dicha institución, actualmente se encuentran 13.000 internos en las 16 penitenciarias que existen en el país, de los cuales el 65% se encuentra sin condena. Cuentan con tres siquiatras en todo el país y treinta psicólogos, además de doce trabajadores sociales. Actualmente carecen de programas sicológicos enfocados exclusivamente a la Violencia Familiar, tampoco tienen un tratamiento de desintoxicación propio de la institución, los que se llevan a cabo son realizados por las iglesias que se encuentran trabajando en los penales, registros de cuántos internos se encuentran privados de su

libertad por el hecho punible de Violencia Familiar y no cuentan con una ficha médica, en las que se incluyan estudios sicológicos de cada interno del penal, lo que sería un primer paso para enfocar qué programas se deberían implementar a los efectos de lograr la verdadera reinserción social.

## Conclusión

Al considerar todos los argumentos analizados, este trabajo de investigación deja varios puntos de reflexión.

Conforme a los datos recabados, la Suspensión Condicional del Procedimiento es la salida procesal más aplicada en el tipo penal de violencia familiar, pero dicha salida procesal actualmente no estaría cumpliendo con los fines.

Además, es necesario establecer otro tipo de medidas ante la verificación del consumo de alcohol previo al evento de violencia. En ese sentido la prohibición de ingerir bebidas alcohólicas resulta ineficaz cuando el autor de violencia familiar no es sometido a un tratamiento psicológico y contra la adicción del alcoholismo.

Otra inconveniente que se encuentra es la falta de un plan de acción articulado interinstitucionalmente, que asegure una mayor fluidez en la comunicación entre las instituciones, con ese fin se diseña un diagrama que registra cada una de las etapas que pasa el autor del hecho, y que permitirá una política conjunta. Será de suma utilidad contar con un protocolo de trabajo interinstitucional con la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, que puede extenderse incluso a otras instituciones.

La posibilidad que el autor compurgue su pena o lo más probable sea

beneficiado con una suspensión condicional del procedimiento ni haber recibido tratamiento psicológico y/o psiquiátrico deja latente la posibilidad de que podría volver a maltratar a su pareja, o a otra mujer e incluso llegar a casos fatales al recuperar su libertad, por lo cual se puede asegurar que si bien es importante la asistencia y tratamiento de la victimas no es menos importante el tratamiento al victimario, más aún si se maneja la hipótesis de la rehabilitación e incluso posterior reintegración familiar como objetivo final, de ser posible.

En el contexto del presente estudio se ha tomado conocimiento de herramientas de prognosis criminal que podrían ser de utilidad dentro del Proceso Penal del Violencia Familiar entre ellos destaca "La Evaluación de Riesgo de Violencia y el Potencial Letal" a través del test HCR-20, el cual según la Dra. Walker es el más completo para estos casos, y aplicarlo al presunto autor del hecho por parte de psiquiatras o psicólogos. Si en el sistema judicial se aplicara dicha evaluación en la prosecución penal de las causas de violencia familiar y otros tipos penales se podría evitar futuros casos de violencia física, psicológica, en incluso homicidios.

Además los diagnósticos de alto riesgo de daño y letalidad servirían para fundamentar científicamente las medidas de Prisión Preventiva sin violar el Principio de Inocencia, alegando una peligrosidad cierta.

Los numerosos esfuerzos de las distintas instituciones que poseen estadísticas en esta temática han sido de gran importancia para este trabajo, por lo cual es necesario potenciar este tipo de emprendimientos para mejorar la calidad y el acceso de modo que permitan elaborar una política criminal al aportar datos y cifras veraces. En este contexto adquiere relevancia la digitalización de

las carpetas fiscales y expedientes judiciales, de modo a que, cuando se quiera realizar el seguimiento de las causas para los fines de la política criminal, se tenga un acceso fácil, rápido, preciso y actualizado.

El aumento de las penas al solo efecto disuasorio, en tipos penales que requieren un enfoque multidimensional y acciones interinstitucionales es una respuesta incompleta e ineficaz para evitar la reincidencia en especial en tipos penales como el que fue objeto de este estudio.

**Referencia**

Walker, E.A. Lenore. (2009). El Síndrome de la Mujer Maltratada. The Battered Woman Syndrome. Publicado originalmente por editorial Springer, Nueva York. Traducido por Editorial Desclée de Brouwer S.A., Bilbao.

Vitale, Gustavo L. (2004). Suspensión del Proceso Penal a Prueba. Editores del Puerto. Buenos Aires.

Lorente Acosta, Miguel. (2003) Mi marido me pega lo normal. Editorial Crítica, Barcelona.

Organización de la Naciones Unidad, ONU MUJERES. (2012). Manual de Legislación sobre la violencia contra la mujer. ONU MUJERES. Nueva York.

Garrocho Salcedo, Ana M. (2009) Temas actuales de investigación en Ciencias Penales – I Congreso Internacional. Págs. 111 a 137. Universidad de Salamanca, Salamanca.

Hernández, Héctor; Dip, Ricardo; Tale, Camilo; Bonastre, Gerardo; De Martini, Siro. (2010) Fines de la Pena. Abolicionismo. Impunidad. Ediciones Cathedra Jurídica. Buenos Aires.

Ganzenmuller Roig, C.; Escudero Moratalla, J.F.; Frigola Vallina, J. (1999) La Violencia Domestica. Editorial Bosch, Barcelona.

CLADEM – Paraguay (2008) Violencia Domestica en la lupa de los derecho humanos. Serigraf S.R.L., Asunción.

Secretaria de la Mujer - Presidencia de la República. Banco Interamericano de Desarrollo. (2004). Violencia Intrafamiliar. Diseño de un modelo alternativo de prevención y atención integral a la violencia intrafamiliar. Edición Grafica Artes, Asunción.

Ministerio de la Mujer - Presidencia de la República. Centro Superior de Estudios de Administración y Finanzas Públicas para el Desarrollo (CEMAF). (2014). Primera encuesta sobre Violencia Intrafamiliar basada en Género- Área Urbana – Informe Final. Publicación propia del Ministerio de la Mujer, Asunción.

Fariña, Francisca; Arce, Ramón; Buela – Casal, Gualberto (2009) Violencia de Género. Tratado psicológico y legal. Editorial Biblioteca Nueva, Madrid.

Jescheck, Hans – Heinrich (1993) Tratado de Derecho Penal – Parte General. Editorial Comares, Granada.

Ministerio Público, (2015) Informe de Gestión. Publicación propia del Ministerio Público, Asunción.

Anitua, Gabriel Ignacio. (2001) "La espada de Damocles del derecho penal o sobre la suspensión condicional de procedimiento" Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?,págs. 329 a 376. Editorial Fabián J. Di Placido, Buenos Aires.

Jurado, Alicia - Carrasco, Miguel Ángel. Anuario de Psicología Jurídica (2011). Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. Revisado el 20 de marzo de 2016. Recuperado de: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=315026314008 .

Ossorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, 31° edición. (2005). Editorial Heliasta, Buenos Aires.

# "Rol del Ministerio Público en la justicia penal juvenil"
# Role of the Public Prosecutor's Office in Juvenile Criminal Justice

*Por Doris Ojeda de Ynsfrán*[*]

**Resumen**

La justicia penal juvenil ha avanzado en el defensa de las personas menores de edad, en conflicto con la ley penal, desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1989, que establece el paradigma de la protección integral de niños, niñas y adolescentes, a quienes considera como sujetos de derechos, en oposición al antiguo sistema tutelar, que consideraba a esta población como objeto del derecho.

Los Estados Partes de la Convención, deben establecer la jurisdicción penal juvenil especializada, para favorecer el acceso a la justicia sin discriminación y aplicar la medida de prisión preventiva como de "último recurso".

Esta investigación analiza, en qué medida es requerida la imposición de la medida privativa de libertad como de "último recurso", en investigaciones realizadas por unidades penales ordinarias, que involucran a adolescentes infractores de la ley penal.

Se selecciona la muestra documental, consistente en los legajos judiciales de adolescentes de sexo femenino, quienes fueron recluidas en el Hogar "Virgen de Fátima" de Asunción, en el año 2014.

*. Abogada. Promoción 1987 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA. Magister en Derechos Humanos y Educación para la Paz, por la Universidad Nacional de Costa Rica y Universidad para la Paz de Naciones Unidas con sede en Costa Rica. Promoción 2001. Especialista en Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño, UNICEF y la Universidad Diego Portales de Chile. Relatora Fiscal asignada a la Fiscalía Adjunta de Derechos Humanos. Docentes e investigadora del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público.

La revisión y análisis de dichos legajos, fue autorizado por el director general de SENAAI, dependiente del ministerio de Justicia. Se aplica el método cuantitativo, no experimental descriptivo.

Esta investigación concluye que la medida de prisión preventiva, no es requerida como de "última ratio", porque en la mayoría de los casos analizados, se observa que dicha medida es utilizada como norma y no como excepción.

**Abstract**

Since the adoption of the Convention on the Rights of the Child in 1989, juvenile criminal justice has improved in terms of defense of juvenile offenders. This Convention establishes the paradigm of children's integral protection, who are herein considered as subjects of rights, in oposition to the prior system that considered this population as objects of rights. The State Parties of the Convention must set the especialized juvenile criminal jurisdiction, to enhance access to justice without discrimination and to apply pre-trial detention as a measure of last resort. This research analyses to what extend the imposition of pre-trial detention is used as a measure of last resort, in criminal investigations that involve young offenders. To carry out this paper, legal files of female adolescents offenders who were recluded in 2014 at the "Hogar Virgen de Fátima" have been taken as samples. The revision and analysis of the mentioned files were authorized by the director in chief of the SENAAI (National Assistance Service of Juvenile Offenders), depending of the Ministry of Justice. The quantitative method was applied in this investigation.

This research concludes that pre-trial detention is not used as an "ultima ratio" measure, since in the majority of the analysed cases, it is applied as a norm rather than as an exception.

***Palabras clave:*** paradigma, principios, medidas, última ratio, justicia, rol.

***Key words:*** paradigm, principles, measures, last resort, justice, role.

**Rol del Ministerio Público y el paradigma de la protección integral en la justicia penal juvenil.**

Esta investigación es relevante teniendo en consideración a lo establecido en el artículo 268 de la Constitución Nacional que estatuye los deberes y atribuciones del Ministerio Público, como por ejemplo, velar por el respeto de los derechos y las garantías constitucionales, y resulta necesaria la conformación de la unidad penal juvenil especializada, porque existe la necesidad real de que las personas menores de edad, señaladas como infractoras de la ley penal, sean investigadas y juzgadas por operadores de justicia especializados, para facilitar el acceso a la justicia como uno de los derechos humanos de esta población, y contribuir con actuaciones más eficientes, acorde también con los ejes estratégicos 2012-1016 del Ministerio Público: acceso a la justicia, gestión con calidad y transparencia.

En ese sentido, el objetivo general de esta investigación es describir en qué medida es requerida la imposición de la medida privativa de libertad como de "último recurso", en investigaciones fiscales realizadas por unidades penales ordinarias, que involucran a adolescentes infractores a la ley penal y que se encuentran en situación de privación de libertad en el centro educativo "Virgen de Fátima" durante el año 2014.

Las actuaciones fiscales en procesos penales que involucran a adolescentes infractores de la ley, deben ser realizadas además, en consonancia con los principios del paradigma de la protección integral de los derechos del niño contenidos en la CDN y en la legislación nacional vigente.

La justicia penal juvenil es un tema que debe ser analizado desde el punto de vista de la competencia fiscal, teniendo en cuenta el paradigma de la protección integral de los derechos del niño, niña y adolescente que se inicia con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la CDN) por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989 y ratificada por el Estado paraguayo por Ley n° 57/90.

En el Paraguay se promulgó el Código de la Niñez y la Adolescencia en el año 2001, (en adelante el CNA), en consonancia con el nuevo paradigma, que establece los requisitos que deben cumplir el juez de la niñez y la adolescencia, los fiscales y los defensores públicos, según el art. nº 225:

> "Los Jueces, Fiscales y Defensores Públicos en procedimientos contra adolescentes deben reunir los requisitos generales para su cargo. Además, deben tener experiencia y capacidades especiales en materia de protección integral, educación y derechos humanos, especialmente de las personas privadas de libertad".

Este paradigma aboga por el establecimiento de la justicia penal juvenil especializada, teniendo en cuenta los principios establecidos en la CDN, que son: el interés superior, el derecho a ser oído, derecho a la participación y a no ser discriminado. Establece también la formación de los operadores de justicia que tendrán a su cargo el proceso penal, cuando se trata de investigar hechos punibles y se sospecha que fueron cometidos por adolescentes, para tener en cuenta las medidas que deben ser aplicadas. Se debe tener especial atención a estos principios especialmente al requerir la imposición de la medida de la prisión preventiva, que debe ser utilizado como último recurso, es decir como excepción, no como regla.

**Justicia penal juvenil y los paradigmas configurados en materia de protección de los derechos humanos del niño**

La justicia penal juvenil, es aquella que tiene como función, investigar y juzgar a las personas menores de edad, infractoras de la ley penal, de acuerdo a la edad de imputabilidad establecida en la legislación nacional e internacional. Según Pérez Manrique:

> "el proceso penal de adolescentes tiene por objetivo determinar si existe o no mérito para declarar a una persona adolescente como autora de un acto descrito como delito por la ley penal y en su caso aplicar una medida o sanción de tipo educativo" (2009, p.202).

La imputabilidad de la persona menor de edad, está establecida en el artículo 21 del código penal, modificado por la Ley n° 3440/08 que dice: "Está exenta de responsabilidad penal la persona que no haya cumplido catorce años" y actualmente, la Ley n° 2169/2003 en el artículo 3° ha modificado el Artículo 1° de la Ley n° 1702/01 que establece la mayoría de edad, el cual ha quedado redactado de la siguiente manera:

> "art. 1°.- A los efectos de la interpretación y aplicación de la normas relativas a la niñez y a la adolescencia, establecese (sic.) el alcance de los siguientes términos: a) Niño: toda persona humana desde la concepción hasta los trece años de edad; b) Adolescente: toda persona humana desde los catorce años hasta los diecisiete años de edad; y, c) Mayor de edad: toda persona humana desde los dieciocho años de edad".

Estas normas jurídicas indican de forma clara que las personas menores de catorce años, no deben ser investigadas, porque se considera que no tienen responsabilidad por la comisión de hechos punibles, y sí tienen responsabilidad

a partir de los catorce y hasta los dieciocho años. En caso de duda sobre la edad, el artículo 2° del CNA , fue modificado por el artículo 4° de la Ley nº2669/2003 que establece:

> Modificase el Artículo 2° de la Ley n° 1680/01 "Código de la Niñez y la Adolescencia" el cual queda redactado de la siguiente manera: art. 2°.- En caso de duda sobre la edad de una persona, se presumirá cuanto sigue: a) entre niño y adolescente, la condición de niño; y, b) entre adolescente y mayor de edad, la condición de adolescente".

Estas normativas son relevantes para las investigaciones penales que afectan a niños, niñas y adolescentes infractores de la ley, porque muchos de ellos/as no disponen de documentos de identidad.

**Convención sobre los Derechos del Niño y el paradigma de la protección integral.**

El paradigma de la protección integral surge en América Latina desde la aprobación de la CDN, como marco rector, en contraposición al sistema tutelar. Este paradigma ya considera a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y se establecen sus responsabilidades. En el caso de una persona menor de edad, infractora de la ley penal, la medida de la privación de libertad ya no es la regla sino la excepción.

Así se distinguen las diferencias que se deben tener en cuenta en el momento de realizar investigaciones penales, que afectan a las personas adultas, de las que podrían afectar a menores de edad, ya sean imputables o no.

En materia penal juvenil, se alienta a los Estados partes de las Naciones Unidas, al cambio del antiguo paradigma de la protección tutelar que rigió hasta

los años 90, por el paradigma de la protección integral, porque aquel dicho sistema, no reconocía a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, sino como un objeto y se lo denominaba también como el paradigma del menor en estado de peligro, del menor delincuente, del menor en situación irregular, discriminado por su pobreza, y porque se le consideraba potencialmente peligroso. Las intervenciones públicas y las privadas ejercían un control de los menores considerados peligrosos y asistían a los menores en estado de peligro.

En el paradigma de la protección tutelar, las leyes de los menores no tenían en cuenta los principios, sino pretendían controlar ciertos conflictos de los menores en situación irregular. A esta situación que se mantenía en América Latina, García Méndez se refiere de la siguiente forma:

El derecho de menores, particularmente en su carácter de eficiente instrumento de control social, especialmente a través de su conocida "vocación para la criminalización de la pobreza, convivió cómodamente con toda la política del autoritarismo y no solo con su política social. La discrecionalidad omnímoda del derecho de menores, donde la legalidad consistía en la mera legitimización "de lo que crea más conveniente", el responsable de su aplicación constituyó una fuente preciosa de inspiración para el derecho penal y constitucional del autoritarismo. (208: 37).

En el Paraguay, este paradigma estuvo establecido en la Ley n° 903/81 código del menor que rigió los destinos de los/las adolescentes infractores de la ley penal y fueron establecidos los juzgados en lo correccional del menor, es decir, para corregir. Los menores considerados en "estado de peligro", eran remitidos al correccional del menor Coronel Panchito López.

**Principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.**

Esta convención contiene principios rectores para la protección y el respeto de los derechos de esta población. Uno de éstos, es el interés superior del niño, contemplado en el artículo 3.1 que dispone: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Al respecto, Cillero Bruñol señala que:

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido, que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Así lo ha reconocido el Comité sobre los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio "rector-guía" de ella. (2008, pág. 126 y 127).

Si el interés superior del niño es el principio rector de la CDN, se hace necesario entender qué es y debe entenderse como aquellos factores que contribuyen a que las niñas, niños y adolescentes que se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados partes de la Convención, tengan el derecho de tener una vida digna, libre de violencia.

"Es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus

El mismo autor manifiesta también que "Este principio no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es del extenso uso que de este principio se

ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado" (2008, pág.131).

**El principio de la efectividad.**

Ningún artículo de la Convención puede ser interpretado en forma aislada, motivo por el cual, puntualmente el artículo 4 establece el principio de la efectividad, porque sin medidas de esta naturaleza, no existiría una obligación para que los Estados Partes cumplieran cabalmente con sus responsabilidades. El art. 4 estatuye cuanto sigue:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional. (CDN. 2006: 9). Sin embargo, los Estados Partes utilizan la falta de disponibilidad presupuestaria, como excusa para el incumplimiento de sus obligaciones de hacer.

El Ministerio Público forma parte del Estado, por lo que debe establecer la unidad especializada de justicia penal juvenil (para el adolescente infractor), para que las investigaciones penales que afecten a adolescentes, sean realizadas por funcionarios especializados en la materia.

**El principio de la no discriminación.**

Está contenido en el art. 2.2 de la CDN según el cual los Estados Partes deben tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de los padres, o sus

tutores o de sus familias. De esta forma, se refuerza lo establecido en el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1966, que contiene artículos relacionados con los derechos del niño. En su art. 24.1establece que:

> Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. (IIDH. 1999.pág. 89).

Este instrumento internacional de protección de derechos humanos es de carácter general y reconoce que los principios de libertad, justicia y paz tienen por base la dignidad inherente a los miembros de la familia humana y que sus derechos son iguales e inalienables. Prohíbe la discriminación del niño, por lo tanto, podemos deducir que es un antecedente importante del paradigma de la protección integral, en cuanto a las medidas de protección que le debe brindar el Estado.

En tal sentido, las investigaciones penales deben ser encaminadas a lograr el respeto de todos los derechos del adolescente infractor, que podrían ser vulnerados al ser privados de libertad, sin tener en cuenta las características propias de cada uno de ellos. Por ejemplo, un adolescente que proviene del interior del país, al ser privado de libertad en un centro educativo alejado de su comunidad, no le permitirá recibir las visitas de su familia por la lejanía o por falta de recursos económicos. En este caso, el adolescente privado de libertad sufrirá una discriminación por su condición económica y no solo se violarían sus derechos, sino esa violación se extendería a su grupo familiar.

**El principio de la autonomía progresiva.**

Se refiere a la obligación que tienen los Estados Partes de respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención. (art. 5 CDN. 2006: 9). De este principio se desprende que se debe respetar la evolución sicosocial del niño, tener en cuenta la edad y la madurez para establecer sus responsabilidades.

**Principio de ser oído.**

El art. 12 de la CDN establece cuanto sigue:

> 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de ley nacional.

Las opiniones del niño deben ser escuchadas; se deben tener en cuenta su edad y madurez, respetándose su intimidad y privacidad; deberá evitarse también la victimización primaria y la revictimización.

También debe ser respetado el derecho a la participación y para ello, en un proceso penal que le afecte, se le deberá explicar claramente todos sus dere-

chos y él debe entender de qué se le imputa. Además de asegurarle la asistencia de un defensor técnico especializado, también se le debe respetar el derecho de ser juzgado por operadores de justicia especializados en justicia penal juvenil.

La medida de privación de libertad como última ratio.

Lo peculiar del paradigma de la protección integral, es el establecimiento de la privación de libertad como último recurso, para favorecer el respeto del derecho a la libertad. Varios artículos de la CNA establecen pautas para el tratamiento que deben recibir los/las adolescentes infractores de la ley penal. En ese sentido el artículo 37 establece que:

> Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni de la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana…d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como el derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción. (CDN. 2009: 29).

> Así mismo, en su artículo 40 establece que "los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niños por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

En relación al tratamiento que se le debe otorgar a los niños, niñas y adolescentes, la Convención Americana sobre los derechos humanos establece en su artículo 5.5 Derecho a la Integridad Procesal "Cuando los menores puedan ser procesados deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento". (OEA, 2006.pág. 32). La CDN, que es posterior a ésta , guarda consonancia con ésta, en cuanto a las garantías que deben ser observadas en los procesos que afectan a los menores infractores de la ley, especialmente sobre el derecho que les asiste a los/las menores de ser juzgados por tribunales especializados, y previamente, investigados también por unidades penales especializadas.

**El paradigma de protección integral en la legislación nacional vigente.**

Los cambios legislativos suscitados a partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, son variados y el principal instrumento jurídico nacional es el Código de la Niñez y la Adolescencia ya mencionado, a más de otras leyes específicas relacionadas con los derechos de esta población.

El logro principal del Código de la Niñez y de la Adolescencia es sin

dudas, el establecimiento de la jurisdicción especializada, y determina su integración y competencia, crea juzgados y tribunales especializados en la materia. Se ocupa también en el libro 5 de las infracciones de la ley penal, sanciones aplicables, medidas socioeducativas, correccionales, de privación de libertad y también establece el procedimiento en la jurisdicción penal de la adolescencia.

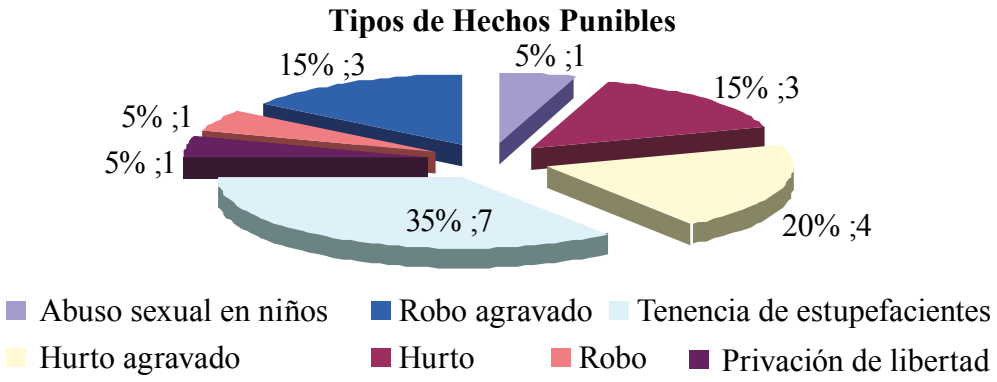
En concordancia con este Código, el Código Penal y el de Procesal Penal, establecen disposiciones específicas, y deben ser aplicados supletoriamente, y por ello, es que el Ministerio Público debe crear unidades especializadas de justicia penal juvenil, en pos de la aplicación con eficacia del paradigma de protección integral.

**Método**

Esta investigación tiene como población, a las adolescentes en situación de privación de libertad, en el Hogar "Virgen de Fátima" de Asunción, durante el año 2014. Son personas menores de edad, de 14 a 18 años, imputadas por la comisión de distintos hechos punibles. Para la recolección de datos, fueron analizados 20 legajos judiciales donde constan los datos tanto personales como de actuaciones judiciales –historial– de las mencionadas adolescentes. Dichos legajos fueron elegidos al azar. El diseño de la investigación es no experimental descriptivo.

**Resultados de la situación judicial de las adolescentes en situación de privación de libertad, del Hogar "Virgen de Fátima" de Asunción, durante el año 2014**

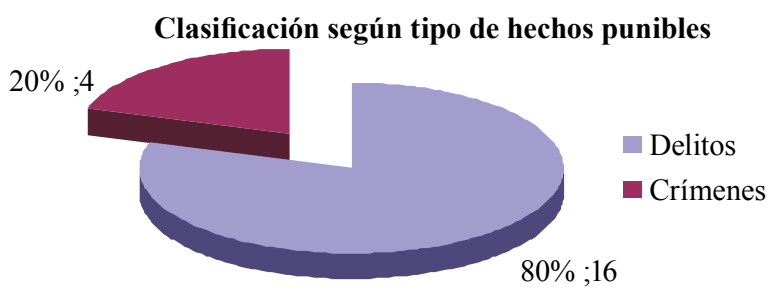
**Gráfico 1**




Fuente: Ministerio de Justicia. Hogar Virgen de Fátima

El 35% de los hechos punibles cometidos por las adolescentes corresponde a la tenencia de estupefacientes. El 20% a hurto agravado; 15% corresponde a hurto y robo agravado, según los datos registrados.

**Gráfico 2**

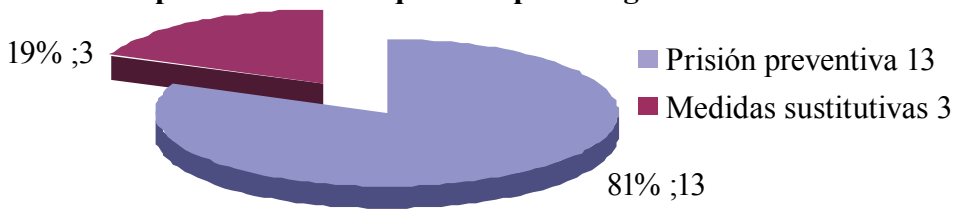



Fuente: Ministerio de Justicia. Hogar Virgen de Fátima

Se puede observar que el 80% de los hechos punibles cometidos por las adolescentes corresponde a delitos mientras que el 20% corresponde a crímenes.

**Gráfico 3**

**Tipo de medidas requeridas por el Agente Fiscal**

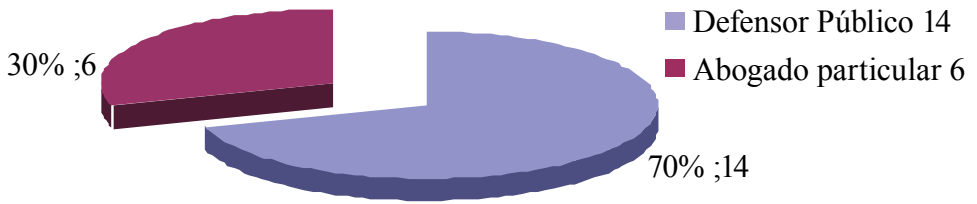



Fuente: Ministerio de Justicia. Hogar Virgen de Fátima.

Los datos revelan que el 81% de los casos de hechos punibles cometidos por las adolescentes fueron solicitados como salida procesal la prisión preventiva y sólo en el 19% de los casos fueron solicitadas medidas alternativas a la prisión, respetando el principio de la prisión preventiva como "ultima ratio".

**Gráfico 4**

**Tipo de Defensa**

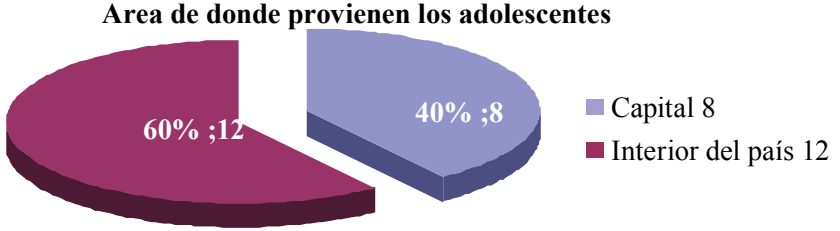



Fuente: Ministerio de Justicia. Hogar Virgen de Fátima

El 70% de las adolescentes fueron asistidas por un defensor público, mientras que el 30% de ellas fueron asistidas defensores particulares.

**Gráfico 5**

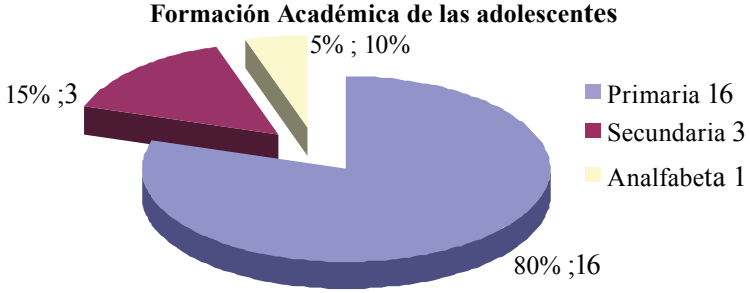
**Area de donde provienen los adolescentes**




Fuente: Ministerio de Justicia. Hogar Virgen de Fátima.

Conforme al gráfico 5, las adolescentes recluidas durante el periodo 2014, el 60% provienen de los departamentos del interior del país.

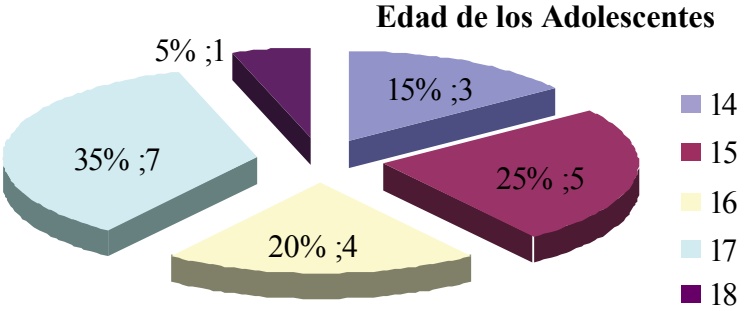
**Gráfico 6**




Fuente: Ministerio de Justicia. Hogar Virgen de Fátima.

El gráfico 7, resalta que las adolescentes recluidas durante el año 2014, según los datos recogidos, el 80% de ellas sólo han cursado sus estudios primarios, cuando a esa edad conforme a la estructura del ministerio de Educación deberían estar cursando el tercero de la media, es decir en el último año de la secundaria.

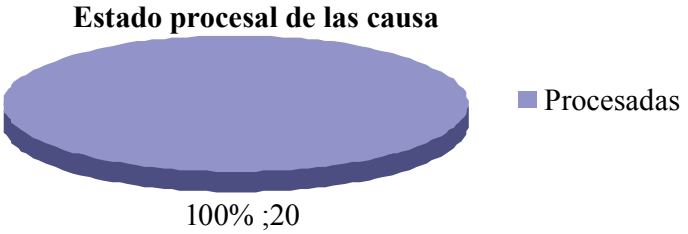
**Gráfico 7**




Fuente: Ministerio de Justicia. Hogar Virgen de Fátima.

Se puede observar que la edad predominante entre las adolescentes privadas de libertad en el Hogar Virgen de Fátima es 17 años.

**Gráfico 8**




Fuente: Ministerio de Justicia. Hogar Virgen de Fátima.

El 100% de las causas de las adolescentes recluidas en el Hogar Virgen de Fátima, se encuentran en proceso, es decir, ninguna de las adolescentes tiene aún una condena firme por el hecho punible que se le atribuye.

## Conclusión

Esta investigación concluye que la medida de prisión preventiva, en investigaciones realizadas por unidades penales ordinarias, no es requerida como de "última ratio", porque en la mayoría de los casos analizados, se observa que dicha medida es la más utilizada como la primera – 81% – es decir, es aplicada como norma y no como excepción, como debería ser en investigaciones penales que involucran a adolescentes. En el 19% de los casos, fueron requeridas y aplicadas medidas alternativas como el arresto domiciliario y medidas socioeducativas.

El rango etario de las adolescentes, es de 14 a 18 años, y se observa que el 80% de dichas adolescentes sólo tienen una formación académica primaria. Se debe recordar que el derecho a la educación de las personas privadas de libertad también debe ser respetado, ya que el hecho de estar privada de libertad no implica la suspensión de la educación escolar básica obligatoria según la Constitución Nacional vigente.

Además, se debe considerar, que las adolescentes en situación de privación de libertad, se encuentran en estado de vulnerabilidad y expuestas a que les sean violados otros derechos humanos, como el derecho a la educación, el derecho a la salud y a tener una vida digna.

Esta población recibe asistencia técnica letrada de defensores públicos en un 70% de los casos, y en un 30% tienen abogados particulares.

De los resultados se infiere también, que el 60% de las adolescentes privadas de libertad, provienen del interior del país, dificultándose de esta forma, su relacionamiento familiar y han recibido un escaso nivel de formación académica, antes de ingresar al hogar.

Se debe recordar que la diferencia entre imponer una sanción a una persona adulta y aplicar una medida a una persona adolescente, es que la medida debe ser socioeducativa y se debe procurar cumplir con la finalidad de dicha medida, que es la reinserción social.

El Ministerio Público debe analizar la posibilidad de restablecer la unidad especializada para hechos punibles cometidos por el adolescente infractor porque en el Paraguay, está establecida la jurisdicción penal juvenil especializada, que necesariamente debe contar con operadores de justicia especializados en el tema ya sean jueces, fiscales, defensores públicos, funcionarios penitenciarios, para favorecer el acceso a la justicia sin discriminación y la medida de prisión preventiva, debe ser aplicada como de "último recurso" y durante el menor tiempo posible.

En líneas generales, el principio de la "última ratio" se encuentra ligada al principio de la presunción de inocencia y tratándose de adolescentes infrac-

tores, las investigaciones fiscales deben ser realizadas por operadores especializados y hacer realidad el acceso a la justicia, con transparencia y gestión con calidad.

## Referencias

Constitución Nacional. (2011) Asunción-Paraguay. Ediciones Librería El Foro S.A.

Cillero Bruñol, M. (2008). El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. En Justicia y Derechos del Niño número 9. (Primera reimpresión.). Santiago de Chile: Gráfica Mosca.

OEA. Organización de los Estados Americanos. CIDH. Corte interamericana de derechos humanos. (2006). Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano. San José. Costa Rica. Editorama S.A.

García Méndez, E. (2008). Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. En Justicia y derechos del niño número 9 (primera reimpresión., pp. 27–47). Montevideo, Uruguay.

IIDH. Instituto interamericano de derechos humanos, C. de la U. E. (1999).

Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos (3a. ed.). San José, Costa Rica.

Ley n° 2169/2003. Ley que establece la mayoría de edad.

Mora Rodas, N. (2009) Código penal paraguayo comentado (cuarta). Asunción Paraguay: Intercontinental editora S.A.

Pérez Manrique, R. C. (2009). El rol del juez en la justicia penal de adolescentes. En Justicia y Derechos del Niño número 10. (Cuarta., p. 187). Montevideo, Uruguay: Zonalibro.

UNICEF. (2001). Ley N° 1680 Código de la Niñez y la Adolescencia. Paraguay QR Producciones Gráficas.

Vázquez Rossi, J.E., Centurión Ortiz, R.F. (2010). Ley N° 1286/98. Código Procesal Penal comentado. Asunción-Paraguay. Intercontinental Editora.

# La aplicación del tipo legal de tortura en el derecho penal paraguayo
# The punishable act torture in the paraguayan criminal law

*María Alejandra Peralta Escurra*[*]

**Resumen**

El presente artículo aborda una mirada holística de la aplicación del hecho punible de tortura cometida durante la vigencia del Código Penal paraguayo de 1914. Con ese fin se analiza el marco legal aplicable: el derecho interno, el derecho internacional y la Constitución Nacional vigente, tanto en la época en que ocurrieron dichos hechos como en la actualidad. En ese entendimiento se estudian las obligaciones contraídas por el Paraguay y su postura con respecto a la imprescriptibilidad de los hechos punibles que atentan contra los derechos humanos considerados crímenes de lesa humanidad. Dichos crímenes en su mayoría ocurrieron durante el gobierno del General Alfredo Strossner, conocido bajo el régimen de una dictadura militar durante el periodo 1935-1989. También se pretende aclarar las dudas en cuanto al principio sobre legalidad y el principio de imprescriptibilidad, en procura, lógicamente de alcanzar el ideal de justicia y garantizar el acceso a la justicia como una forma de evitar la impunidad.

**Abstract**

The present article approaches the application of the punishable act

* - Especialista en Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión pública (Summa Cum Laude), Egresada de la Maestría en Derechos Humanos con énfasis en Control de Convencionalidad – George Washington University, Egresada de la Maestría en Derecho Privado –Universidad del Rosario, Diplomada en Transparencia, Accountability y Lucha contra la Corrupción – Universidad de Chile, Diplomada en Derechos Humanos y Juicio Justo – Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Diplomada en Ética Pública y Transparencia – Universidad del Litoral, Diplomada en Derechos Registral – Universidad Católica, Diplomada en Derecho Civil – Universidad Católica, Diplomada en Didáctica Universitaria – Universidad Americana, Becaria de la OEA y la American University, Docente universitaria y de la Escuela Judicial del Paraguay en la cátedra de Derechos Humanos, abogada por la Universidad Católica de Asunción.

"torture", in the paraguayan Penal Code of 1914. In order to achieve this, an analysis of the legal framework was made, including: the domestic law, the international law and the current National Constitution, from the time when these crimes took place, and from the present days. An analysis of the obligations undertaken by Paraguay is also made, together with the position regarding the non-applicability of a statute of limitations -imprescriptibility- of crime against humanity. Most of those crimes occured during the government of Alfredo Stroessner, a military dictatorship during the years 1935-1989. This research also pretends to clear the positions of the principle of legitimacy and the principle of imprescriptibility, in order to reach the ideal of justice, and enhance access to it as a way to prevent impunity.

***Palabras claves:*** Crimen de Lesa Humanidad, Imprescriptibilidad, Derecho Internacional, principio de legalidad y Tortura.

***Keywords:*** crime against humanity, imprescriptibility, international law, principle of legitimacy and torture.

La aplicación del tipo legal de tortura en el derecho penal paraguayo

Las prácticas más comunes ocurridas principalmente durante las dictaduras militares de la región, fueron sin duda la tortura y en varios casos la desaparición forzada de personas.

La tortura en sí misma "constituye el acto de violar uno de los valores inherente a la persona y constituyen la: dignidad e integridad*" (Reyes, 2007,

*- Hernán Reyes, "Las peores cicatrices no siempre son físicas": la tortura psicológica, pág. 867 INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS, 1-30, (Septiembre de 2007). Es inevitable la referencia a Primo Levi, [...] Quien ha sido torturado lo sigue estando [...] Quien ha sufrido el tormento no podrá ya encontrar lugar en el mundo, la maldición de la impotencia no se extingue jamás. La fe en la humanidad, tambalea ya con la primera bofetada, demolida por la tortura luego, no se recupera jamás. Primo Levi, TRILOGIA DE AUSCHWITZ, Págs.486-487, (2005).

pág. 867). En ese entendimiento la legislación nacional e internacional la contemplan como el daño físico, moral y psicológico que ocasiona a la víctima. Por lo tanto, el presente artículo, pretende construir jurídicamente los argumentos que la sostienen y configuran como un crimen de lesa humanidad, y como tal adquiere la particularidad de ser imprescriptible.

## Marco jurídico

Antes de abocar el análisis propiamente dicho, es menester realizar un ligero relevamiento de los instrumentos legales con los que cuenta el Estado paraguayo para investigar y sancionar los hechos de tortura y a su vez garantizar que estos no vuelvan a cometerse.

### Ámbito internacional

### Sistema Universal de las Naciones Unidas

El Paraguay es parte de los principales tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas que prohíben la tortura y los malos tratos, a saber: El Pacto Internacional de los Deberes Civiles y Políticos adoptado por Ley n.º 5/92, vigente desde el 10/09/92, la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por las Naciones Unidas en el año 1984, firmada el 23 de diciembre de 1989 e incorporada a la legislación interna por Ley n.º 69/89 del 23 de enero de 1990, con vigencia desde el 11/04/90.

También al suscribir el Primer Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos por Ley n.º 400 del 26/08/94, el Estado reconoció la competencia del Comité de Derechos Humanos para examinar las denuncias individuales interpuestas por violación al Pacto.

Del mismo modo, mediante declaraciones efectuadas de conformidad a los artículos 21 y 22 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas

crueles, inhumanos o degradantes, ratificada por Ley n.º 1886 del 6/05/02, el Paraguay reconoció: "la competencia del Comité contra la Tortura para recibir y examinar denuncias individuales así como las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple con las obligaciones que le impone la Convención" (art. 21, numeral 1º). También ratificó el Protocolo Facultativo de la citada Convención, que obliga a las partes, entre otras cuestiones, a crear, designar o mantener uno o varios mecanismos de prevención.

Cabe resaltar la importancia de que el país es parte del Convenio de Ginebra de 1949, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados firmado en 1969 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (14 de mayo de 2001).

En ese contexto, como punto focal más importante para el posterior análisis jurídico, es imperioso mencionar que el Paraguay ratificó e incorporó a la legislación nacional por Ley n.º 3458/2008, la "Convención contra la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad".

**Sistema Regional de la Organización de los Estados Americanos, OEA**

En lo que refiere a los tratados regionales de derechos humanos, el Paraguay es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada el 22/10/69 e introducida a la legislación por Ley n.º 01 del 8/08/89.

Igualmente, ratificó la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura y la introdujo al ordenamiento nacional por Ley n.º 56 del 16/01/90.

**Normativa nacional vigente**

Como los hechos de tortura se cometieron, en su gran mayoría, durante

la época de la dictadura militar del otrora presidente Gral. Alfredo Stroessner (1954-1989), es necesario también revisar la legislación vigente imperante en aquel momento antes de hablar de la imprescriptibilidad.

En ese orden de ideas, se tiene: La Constitución Nacional de 1940 (que rigió durante el periodo dictatorial de 1954-1966), la Constitución Nacional de 1967 (imperante en el período dictatorial de 1967-1989), y el Código Penal de 1914.

Entre las normativas vigentes se encuentran: la Carta Magna actual de 1992, la Ley n.º 1160/97, Código Penal y la Ley n.º 4614/2012, que modifica los artículos 236 y 309 del Código Penal paraguayo, este último, referente a la figura de tortura adecuándolo a los términos de las convenciones internacionales vigentes ratificadas por el país.

**Antecedentes históricos**

Las grandes violaciones a los derechos humanos sucedieron, sin duda, durante el periodo de la dictadura militar del Paraguay entre los años 1954 a 1989 bajo la presidencia de Alfredo Stroessner.

Cabe notar que la Constitución imperante al inicio del mandato del Gral. Stroessner fue la Constitución Nacional de 1940, vigente hasta el año 1966. Mantenía las declaraciones fundamentales, las libertades y los derechos propios del liberalismo y de una democracia formal, tanto que en su artículo 4º otorgaba rango constitucional a los Tratados Internacionales, en los siguientes términos: "Esta Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y los tratados con las naciones extranjeras, son la ley suprema de la nación". Para ese entonces, el Paraguay ya había suscrito la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la misma en su artículo 5 declara: "Nadie será sometido

a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes", compromiso ya asumido por el país.

Si bien es cierto que la Declaración Universal de los Derechos Humanos no tiene la fuerza vinculante de una Convención, los Estados partes aceptan y reconocen los principios y derechos allí declarados, es más, durante los años 1954 a 1966 estos principios y derechos constituían para el Estado una ley suprema, sin embargo, a tenor de los vejámenes ocurridos, no eran más que letra muerta.

Luego de que el Gral. Stroessner gobernara trece años bajo el manto de esta Carta Magna, en 1967 entra en vigor una nueva Constitución Nacional que lo acompañaría hasta su derrocamiento en 1989. La substitución de la Constitución de 1940 por la de 1967, se debió principalmente a la necesidad de posibilitar que el Gral. Alfredo Stroessner continuara en el ejercicio de la Presidencia de la República, dentro de un marco de respeto formal de las disposiciones constitucionales.

Al concluir el período presidencial correspondiente al periodo 1963 a 1968, las posibilidades de reelección admitidas por la Ley Suprema de 1940 y la Ley n.º 776/62, de sucesión presidencial, que amplía un mandato presidencial hasta diez años, se pudo observar que conforme a dichas normas preestablecidas, las condiciones legales estaban agotadas para el Gral. Strossner.

En ese sentido el Dr. Lezcano Claude refiere que: "La solución propuesta para salvar el impedimento existente para una nueva reelección de un gobernante obsesionado por guardar, en apariencia las formas legales, fue la de sancionar una nueva Constitución" (Lezcano Claude, 2012).

La Constitución de 1967 fue técnicamente superior a la precedente;

ampliaba, en términos generales, el catálogo de derechos, libertades y garantías, pues incluía normas que profundizaban su adscripción al constitucionalismo social, sin embargo, modifica el rango constitucional otorgado a los tratados internacionales y le otorga un rango de prelación inferior*, con esta modificación, los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos quedaron no solo jerárquicamente desplazados, sino que también en el olvido.

Se puede observar que la Constitución Nacional de 1967, fue diseñada primeramente a los efectos de la reelección del entonces dictador, además de consagrar derechos formales a ideales, y a su vez concedió una clara supremacía al poder Ejecutivo sobre los demás poderes, por la hipertrofia de hecho y de derecho concedidos a dicho órgano.

Y por otra parte, la Ley Suprema contenía normas impropias de un sistema presidencial, atentatorias al principio de equilibrio de los órganos de gobierno, las cuales la convertían en una Constitución autoritaria. De este modo, el Estado de derecho, quedaba gravemente debilitado y solo la supresión de las escasas disposiciones constitucionales que lo desvirtuaban, hubieran permitido su plena recuperación.

Si bien en su artículo 9º consagraba el respeto a los derechos humanos, al salvaguardar el principio de no intromisión en los asuntos internos**, principio

*- Artículo 8. C.N. 1967: "Esta Constitución es la ley suprema de la Nación. Los tratados, convenios y demás acuerdos internacionales, ratificados y canjeados, y las leyes, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado".

**- Artículo 9 C.N. 1967:"La República admite los principios del Derecho Internacional; condena la guerra de agresión y de conquista y toda forma de colonialismo e imperialismo; acepta la solución pacifica de las controversias internacionales por medios jurídicos; y proclama el respeto a los Derechos Humanos y a la soberanía de los pueblos. Aspira a vivir en paz con todas las Naciones y a mantener con ellas relaciones de amistad, culturales y de comercio, sobre la base de la igualdad jurídica, la no intervención en los asuntos internos y la autodeterminación de los pueblos. La República podrá incorporarse a sistemas multilaterales internacionales de desarrollo, cooperación y seguridad".

imperante para el derecho internacional, pero no es aplicable para el derecho internacional en materia de los derechos humanos. Sin embargo, con esta disposición cerraba las puertas a una Constitución democrática, convirtiéndola en una Ley suprema de tinte autoritario.

> Los hechos de tortura y desapariciones forzadas sucedieron con mayor fuerza a partir de la década del 70, momento histórico en que casi todo el subcontinente estaba en manos de dictaduras militares de derecha que tenían en común su adhesión a la doctrina de la "seguridad nacional" como referente ideológico. Peralta (2015, pág. 177).

En esta postura de ultra derecha se sucedieron pactos de cooperación entre Estados con gobiernos dictatoriales (Argentina 1976, Chile 1973, Brasil 1964, Bolivia 1971, Uruguay 1973, Perú 1968 y 1975 y Paraguay 1954), que dieron origen al denominado "Operativo Cóndor", nombre clave que se dio a la alianza que unía a las fuerzas de seguridad y servicios de inteligencia de estas dictaduras en su lucha y represión contra personas designadas como "elementos subversivos", en el que posteriormente se registró la mayor cantidad de desapariciones forzadas, torturas, y ejecuciones.

A partir del año 1976 se registraron enfrentamientos armados entre las fuerzas de seguridad y miembros de organizaciones político-militares clandestinas. Desde entonces, en el Paraguay se desató una oleada de represiones que afectó a un número elevado de personas quienes fueron detenidas arbitrariamente, torturadas, ejecutadas, exiliadas y desaparecidas, circunstancias que quedaron registrados en lo que hoy se conoce como el Centro de Documentación y Archivo para la defensa de los derechos humanos más conocido como Archivo del Terror.

Esta seguidilla de represiones recién encontraron su final en la madrugada del 2 y 3 de febrero de 1989, mediante un golpe militar que puso fin a una dictadura de 35 años y con ello se dio inicio al periodo democrático y a la restauración del Estado de derecho.

Por lo tanto, la historia demuestra que los hechos de tortura y desapariciones forzadas sucedieron en el periodo dictatorial de Alfredo Stroessner con más fuerza a inicios de la década del 70, bajo el manto de la "Constitución de la dictadura", más si bien estos hechos aún no se encontraban tipificados como tales en la legislación penal vigente en aquel entonces (Código Penal de 1914), esta situación, no significa que dichos actos no hayan acontecido.

Se puede considerar que el posterior reconocimiento de la imprescriptibilidad de la tortura y la desaparición forzosa, demuestra la voluntad del Estado paraguayo para retomar el compromiso internacional a fin de "respetar y garantizar" los derechos humanos y a su vez resarcir de alguna manera los daños ocasionados por las sistemáticas violaciones a la dignidad de sus habitantes víctimas de esos hechos a través de una investigación y eventual sanción a los responsables.

A partir del advenimiento de la democracia, la Convención Nacional Constituyente elegida por los ciudadanos es "sanciona y promulga" una nueva Carta Magna en el año 1992, con la gran innovación, que se observa desde el Preámbulo al romper con una larga tradición que registra el derecho constitucional paraguayo, ya que hasta ese momento las anteriores constituciones eran promulgadas directamente por el Poder Ejecutivo a diferencia actual vigente desde 1992, en el contexto de un nuevo paradigma que busca la igualdad, equilibrio e independencia de los tres poderes del Estado.

Al referirse a los principios democráticos el preámbulo reconoce la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia. De esta forma, y a modo de hacer efectivo el ideal de justicia, el artículo 5º de la ley suprema reza: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles".

Es lógico que esta consagración de derechos se manifieste recién en el texto de la "Constitución democrática" y no antes, puesto que las violaciones a estos derechos eran realizadas en tiempos de la anterior Constitución por parte del gobierno en el contexto histórico, por lo que resulta ilusorio argüir la falta de legislación sancionadora de un hecho cometido por agentes del Estado durante el periodo de tiempo en el cual se suscitaban alegando el principio de legalidad.

Es necesario resaltar que dicha situación no significa que los hechos no hayan ocurrido, como bien mencionaba el ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes términos: "Algo no deja de existir simplemente porque uno afirma que no puede existir" (Cançado Trindade. A.) al referirse al caso "Goiburú y otros vs Paraguay", presentado ante dicha Corte Internacional. Es más, los documentos que probaron finalmente la magnitud de los hechos sucedidos durante el régimen stronissta recién fueron descubiertos entre el 22 y el 24 de setiembre de 1992, con el hallazgo de documentos que datan de 1927 a 1989, información consignada en la página 8 de la base de datos conocida como Centro Nacional de Documentación y Archivo del Poder Judicial, o Archivo del Horror.

**Voluntad del Estado paraguayo**

En los alegatos finales que el Estado paraguayo esbozó en el caso

"Goiburú y otros vs Paraguay" reconoce las graves violaciones ocurridas durante la dictadura militar en Paraguay, al tiempo de manifestar su voluntad de reparación en los siguientes términos: "El Estado reconoce que en el pasado, específicamente durante el régimen de Alfredo Stroessner (1954 – 1989), se han perpetrado graves violaciones de los derechos humanos, las cuales deben ser investigadas, sancionadas y reparadas adecuadamente por el Estado".

**Seguidamente sigue alegando el Estado**

> No queda dudas que (la) obligación de garantizar derechos ha sido incumplida por el Estado durante el régimen 1954-1989, pues en lugar de organizar un aparato gubernamental, de manera tal que sea capaz de asegurar jurídicamente el libre ejercicio de los derechos humanos el mismo fue consolidándose bajo un sistema represor y ejecutor de violaciones sistemáticas de los derechos humanos. Pero es importante mencionar que el Paraguay, a diferencia de otros países del Cono Sur, nunca aprobó leyes de amnistía y reconoce la no aplicabilidad de la prescripción a las violaciones graves de derechos humanos.

Por tanto, resulta más que obvia la voluntad del Estado paraguayo de reparar a través de la investigación y eventual sanción a los responsables los hechos de violaciones a los derechos humanos como son la tortura y la desaparición forzada, ocurridas durante la dictadura Stronissta, cuya imprescriptibilidad también la ha reconocido en dicha oportunidad.

Sin embargo, lo obvio no resulta tan fehaciente a los ojos del positivismo radical, es necesario probar a la luz del derecho positivo, que el artículo 5 de la Constitución Nacional no es solo un formalismo inaplicable incorporado a fin de cumplir con los requisitos internacionales de un Estado democrático, sino que

es plenamente aplicable a todos los hechos de tortura y desapariciones forzadas independientemente del momento en que hayan ocurrido. He aquí el análisis.

**Análisis sobre la base de las siguientes interrogantes:**

**¿Es la tortura un crimen de lesa humanidad?**

Nociones liminares sobre la tortura:

A la tortura se la define en la "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes" de la Organización de Naciones Unidas, de fecha 10 de diciembre de 1984, (concepto que forma parte del ordenamiento jurídico paraguayo) como:

> Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

Sin embargo, la humanidad dio muestras claras de prácticas de tortura mucho antes de que su definición quede plasmada en un instrumento internacional, hoy con carácter de juscogens* ya que la confesión era considerada "reina

*- "Se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, y respecto a esta última, se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada 'tortura psicológica'. La prohibición absoluta de la tortura, en todas sus formas, pertenece hoy al dominio del juscogens internacional"

de las pruebas", en tanto que la práctica de la tortura era la manera más sencilla de obtenerla.

**Nociones preliminares sobre lesa humanidad:**

Tal como lo señalan varios autores, el término "crimen de lesa humanidad" ingresa al escenario jurídico después de la Segunda Guerra Mundial, pese a ser una práctica bastante más antigua.

Recién con la formulación de la Carta del Tribunal de Núremberg, que incluyó un texto descriptivo se precisan, de cierta manera, los elementos que se deben comprobar; estableciendo así la distinción entre crimen de lesa humanidad y delito común. (Ambos. K. 2011).

No obstante, desde su origen como categoría asociada a los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad han recorrido un camino largo hasta llegar a la definición del artículo 7 del Estatuto de Roma del cual el Estado paraguayo es parte como bien se señala al inicio.

Según este artículo: "…se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:… f) Tortura…". Por tanto, la tortura es considerada un crimen de lesa humanidad.

Asimismo, la tortura es definida según la legislación internacional ratificada por Ley n.º 4614/2012 "Que modifica el artículo 309 de la Ley 1160/97 Código Penal paraguayo" de la siguiente manera:

> El que intencionalmente inflingiera a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales o la sometiera a un hecho punible contra la autono-

mía sexual, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión con fines de investigación criminal, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otra, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin; será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años.

Asimismo será castigado: aquel que intencionalmente aplicara sobre una persona métodos tendientes a anular su personalidad o a disminuir su capacidad física o mental. Se requiere en el autor las siguientes características: Que actuare como funcionario o agente del Estado o como persona o grupo de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. Que el autor se haya arrogado indebidamente la calidad de funcionario o cuando el autor no fuere funcionario.

Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos crueles, inhumanos y degradantes define a la tortura como:

Todo acto por el cual se inflinja a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o que se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflinjidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sea consecuencia únicamente de sanciones legítimas o sea inheren-

tes a éstas. (El Estado paraguayo es parte de esta Convención e incorpora la misma a su legislación interna por Ley n.º 69/89 del 23 de enero de 1990).

En ese sentido la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura en su artículo 2 refiere:

> Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.
>
> No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

## ¿Los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles?, ¿desde cuándo se computa la imprescriptibilidad?

Según el artículo 1º de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968 y ratificada e incorporada a la legislación interna por el Estado Paraguayo por Ley n.º

3458/2008: "Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera sea que sea la fecha en que se hayan cometido: …b) los crímenes de lesa humanidad cometidos en tiempos de guerra como en tiempos de paz".

Por tanto, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, entre los que se encuentran la tortura y la desaparición forzosa rige independientemente del momento en que se hayan producido, dicha característica, tiene como propósito fundamental la búsqueda de la justicia evitando la impunidad.

**Entonces, ¿Qué sucede con el principio de legalidad en el derecho penal?, ¿son igualmente imprescriptibles los hechos de tortura ocurridos con anterioridad a la tipificación de estos hechos como tortura?**

De todo lo expuesto hasta aquí surge claro que la persecución penal de la tortura como hecho delictivo no prescribe con el transcurso del tiempo. Pero, qué sucede con las disposiciones del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al igual que las normativas nacionales, que refiere cuanto sigue:

> 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
>
> 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Asimismo, el artículo 15º del Pacto Internacional de los Deberes Civiles y

Políticos reza: (1) "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional".

Por su parte el artículo 9º del Pacto de San José sostiene en consonancia: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable".

**Imprescriptibilidad versus Legalidad**

Finalmente, este artículo pretende aclarar los puntos de inflexión registrados en el plano teórico de los principios de imprescriptibilidad y legalidad, en los casos donde se han ejecutado crímenes de lesa humanidad, con el objetivo de proporcionar orientaciones razonables que sirvan a los operadores del sistema de justicia al momento de resolver problemas de esta naturaleza.

> Según Carrillo J. A., la figura de la responsabilidad penal del individuo aparece estrechamente vinculada a la posición que como persona humana ocupa en el derecho internacional. Actualmente, como consecuencia de la humanización que ha experimentado el derecho internacional contemporáneo, especialmente a partir de la Segunda Guerra mundial se reconoce una cierta subjetividad del individuo en el plano internacional (1999).

De manera que, si la persona humana no es sujeto normal de las relaciones regidas por el derecho internacional, puede llegar a serlo excepcionalmente cuando las normas internacionales le confieran derechos y obligaciones.

Durante los trabajos preparatorios del Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg, se puso de manifiesto que determinados crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial no eran crímenes de guerra propiamente dicho; se trataban de crímenes en los cuales las víctimas tenían la misma na-

cionalidad de los agentes, o la nacionalidad de un Estado aliado; se compartía la opinión de que este tipo de crímenes se inspiraban en otros motivos. Eran crímenes contra los fundamentos mismos de la civilización, por lo tanto prescinde del lugar y fecha en que se perpetraban. De la triple tipología formulada en dicho Estatuto, la del crimen de lesa humanidad fue en efecto, la figura más novedosa en lo que respecta a la doctrina y legislación puramente internacional.

El art. 6º (c) del Estatuto de Núremberg tipificaba la figura del crimen de lesa humanidad en los siguientes términos:

> …el asesinato, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación u otros actos inhumanos perpetrados contra la población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido realizados.

Después de la actuación y procedimiento aplicado en el Estatuto de Núremberg, la autonomía del crimen contra la humanidad se afirmó de manera progresiva. La definición de dicho Estatuto fue retomada ante todo en los Principios de Naciones Unidas y los Tribunales penales internacionales para la Ex Yugoslavia y Ruanda (1993-1994). (Delmas - Marty M., 2004, pp. 82-83)

Posteriormente, la desvinculación de los crímenes de lesa humanidad de los conflictos armados y el paulatino incremento de los actos susceptibles de ser considerados crímenes de lesa humanidad, hacen que esta noción haya experimentado importantes desarrollos.

**Posturas sobre la imprescriptibilidad**

En 1968 fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el "Convenio sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad". Su finalidad era impedir que los criminales de guerra nazis, que bajo identidades falsas habían encontrado refugio en terceros Estados, quedaran impunes por el simple transcurso del tiempo.

De esta forma, sus disposiciones se limitan a declarar, en su artículo 1º la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad en su artículo, a afirmar, en su artículo 2º, la operatividad de tal disposición independientemente del grado de participación del responsable, y a establecer, en su artículo 3º, la obligación de los Estados partes de adoptar medidas necesarias, para, hacer posible la extradición de los responsables e impedir la prescripción del delito o pena (artículo 4º). Asimismo, cuando el artículo 1º afirma que los crímenes de lesa humanidad, así como el apartheid y el genocidio son imprescriptibles, se incluye la siguiente precisión: "aún si esos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos".

Esta disposición podría interpretarse en el sentido de que la ausencia de criminalización en el lugar de comisión, no es obstáculo para la represión en terceros Estados sobre la base de en otros principios tradicionalmente admitidos en el derecho internacional, o quizá cabría entender que la precisión se hace a efectos de impedir que la licitud de los hechos según la legislación del lugar al momento de la comisión de hecho, pueda ser un obstáculo para un enjuiciamiento posterior por el propio Estado del territorio.

Estos crímenes son imprescriptibles porque la prescripción no es un acto de voluntad como la amnistía y la gracia. No expresa el perdón de los

hombres sino el olvido del tiempo, que garantiza la impunidad de los crímenes después de un determinado plazo transcurrido desde los hechos que impide la persecución penal

Por tanto, debido a que los hechos de tortura y desapariciones forzadas se producen con mayor frecuencia en épocas de dictaduras, en las cuales el Estado de Derecho que da base y sustento a la democracia se ve lógicamente socavado, el principio general de la no aplicación retroactiva de la ley penal encuentra su excepción, puesto que caso contrario, partiríamos desde el inicio con la convicción de olvidar hechos acontecidos en el pasado por la imposibilidad de sancionar ex post facto situaciones que eran imposibles de ser sancionadas en el momento en que fueron comedidas debido al contexto histórico, social y político en el que se sucedieron.

En esta sana crítica, tanto la legislación nacional como la internacional defienden esta excepción, con lo cual se puede afirmar que el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal encuentra su excepción en el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, independientemente en el momento en que hayan ocurrido.

## Conclusión

La Constitución Nacional paraguaya deja más que claro que los hechos de tortura no deben ser olvidados por el simple trascurso del tiempo, sino que deben ser investigados y sancionados los responsables de tales hechos; en ese espíritu, y en sujeción a los compromisos internacionales, el país declara la imprescriptibilidad de la tortura, pero sería vana e ilusoria tal declaración si computamos la imprescriptibilidad recién desde la promulgación de la Constitución Nacional, es decir, para los hechos de tortura ocurridos después de 1992

por tres motivos:

Primero, porque la Convención contra la imprescriptibilidad es clara al sostener que los crímenes de lesa humanidad entre los cuales ya vimos que se encuentra reconocida la tortura, son imprescriptibles independientemente del momento en que hayan ocurrido, es decir, antes o después de la tipificación legal del hecho o antes o después del reconocimiento de la imprescriptibilidad de dicho hecho una vez tipificado.

Segundo, porque los hechos de tortura ocurrieron en su gran mayoría en un momento histórico en que por las dictaduras militares o los gobiernos autoritarios imperantes, era imposible que estuvieran sancionados penalmente ya que eran cometidos por agentes del Estado en el marco de represiones políticas, y si así lo estuviere, sería absurdo pensar que se hubieran investigado en su momento. Y tercero, porque la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad ocuparon el escenario jurídico nacional e internacional como consecuencia de las irregularidades cometidas durante los regímenes autoritarios. Si los Estados no hubiesen sido consientes del sentido de justicia y humanidad que implica llevar adelante las investigaciones sobre estos hechos, entonces no tendría sentido declarar la imprescriptibilidad en tiempos de democracia.

Finalmente, sobre la base de todo lo expuesto, considero que no es necesario recurrir a ningún consenso político para aplicar la ley en forma debida. El Paraguay ya demostró ampliamente su voluntad de reparación de los daños causados durante la dictadura stronissta al reconocer públicamente su responsabilidad. Esta voluntad de reparación, entre otras cosas se verá reflejada con una investigación eficaz y eficiente, comprometiendo hasta el último de los recursos para la eventual sanción de los responsables de los hechos de tortura ocurridos

antes de la vigencia de la Constitución Nacional de 1992.

Por tanto, además de la obligación de los agentes del Estado de realizar un estricto control de constitucionalidad y convencionalidad al momento del análisis de los hechos ocurridos antes de la vigencia de la Constitución Nacional de 1992 y la Ley n.º 1160/97 bajo la luz de la definición actual de Tortura, al considerar los argumentos esgrimidos en este artículo, surge claro que la ley penal aplicable es, sin dudas, el actual Código Penal modificado en sus artículos 236 y 309 por la Ley n.º 4614/12.

## Referencias

Tribunal Superior de Justicia Electoral. 2006. Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992. Asunción. Industrias Gráficas Nobel.

Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1967. Recuperado de http://www.cedep.org.py/wp-content/uploads/2012/09/CONSTITUCION-NACIONAL-1967.pdf.

Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.un.org/es/documents/udhr/

Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

Reyes, Hernán. 2007. Las peores cicatrices no siempre son física: la tortura psicológica. Recuperado de https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc-867-reyes.pdf.

Organización de las Naciones Unidas. Protocolo de Estambul. 2004. Nueva York.

Caso Goiburú y otros vs Paraguay. 2006. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf.

Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Recuperado de http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/WarCrimes.aspx.

Levi, Primo. 2008. Trilogía de Auschwitz. Editorial El Aleph. Madrid.

Organización de las Naciones Unidas. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCCPR1.aspx.

Lezcano Claude, Luis. 2012. Derecho Constitucional. Parte Orgánica. Asunción. Ediciones Técnicas Paraguayas S.R.L.

# Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas en la Legislación Nacional
# Indigenous peoples' customary law in National Legislation

*María Eugenia Benítez Cabrera*[*]

**Resumen**

La falta de claridad para aplicar el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas origina inconvenientes. La legislación positiva protege el derecho de los pueblos originarios de aplicar sus propias soluciones culturales a los problemas suscitados entre los miembros de sus comunidades. Sin embargo, este hecho representa un inconveniente para los operadores de la justicia al momento de otorgar una salida procesal o una medida alternativa en los procesos penales. En ese contexto, se abordan situaciones como: los pueblos indígenas originarios del Paraguay, el reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario, los bienes jurídicos de mayor relevancia para las distintas comunidades, las medidas alternativas y las sanciones contempladas en el derecho consuetudinario de acuerdo con cada etnia o familia lingüística así como las normas consuetudinarias que atentan contra los principios y garantías establecidas en la Constitución Nacional, los derechos humanos internacionalmente reconocidos por el país y contra el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT. También, se analiza si la aplicación del derecho positivo implica la alienación cultural de los nativos, el avance institucional del Ministerio Público en materia de aplicación del Derecho Consuetudinario. Dicho abordaje obedece a que con frecuencia, los operadores de justicia tropiezan con la dificultad de

*- Abogada, egresada en el Cuadro de Honor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (2008); Egresada de la Escuela Judicial del Paraguay (2010). Especialista en Ciencias Auxiliares de la Justicia – Criminalística Forense de la Universidad Tecnológica Intercontinental (2010); Posgrado en Didáctica Universitaria de la Universidad Nacional de Asunción (2012); Egresada del Diplomado de Relaciones Internacionales del Instituto Superior Universitario en Ciencias Sociales (2008).

establecer en qué casos corresponde la aplicación del derecho consuetudinario y en cuales pude aplicarse el derecho positivo vigente, y que salida procesal se le podría dar de acuerdo a la legislación vigente.

**Abstract**

The lack of clarity regarding the application of indigenous peoples' customary law leads to some difficulties. The written law protects the right of indigenous peoples to apply their own cultural solutions to conflicts generated inside their community. Nevertheless, this represents a problem for any justice operator at the time of granting alternative measures in criminal processes. Within this context, the following topics are approached in this investigation: Paraguay's indigenous peoples, the constitutional recognition of customary law, the most relevant legal assets of indigenous communities, the alternative measures and sanctions contemplated in the customary law according to each ethnicity or linguistic family, as well as the customary norms that infringe upon principles and guarantees set forth by: the National Constitution, the internationally recognized human rights, and the Convention 169 of the International Labor Organization (ILO). Other researched issues are: whether the application of written law means cultural alienation of indigenous people or not, and the institutional progress of the Public Prosecutors Office in terms of application of customary law. These subjects are approached due to the fact that often, justice operators face difficulties in establishing in which cases the application of customary law or current written law is suitable.

***Palabras claves:*** pueblos indígenas, derecho consuetudinario, límites, justicia, conflictos, cultura

***Key words:*** indigenous peoples, customary law, limits, justice, conflicts,

culture.

**Pueblos originarios del Paraguay. Familias lingüísticas y etnias**

Conforme con el Censo realizado a los pueblos indígenas en el año 2002, existe un total de 496 comunidades indígenas, las que a su vez habitan 19 pueblos, que responden a un total de cinco familias lingüísticas. Posteriormente, se ha realizado otro censo indígena, pero los resultados arrojados no han convencido a todos los sectores implicados, por lo que a modo de referencia se ha tomado el Censo 2002, realizado por la Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censos (DGEEC). Esta referencia se realiza a fin de comprender que no todos los miembros de los pueblos originarios que residen en el territorio nacional pertenecen a una misma cultura. De ahí, la importancia del reconocimiento constitucional del Paraguay como un estado pluricultural. Es creencia popular que al tratar con un indígena éste se comunica casi exclusivamente en el idioma guaraní, sin embargo, los guaraníes son solo una de las cinco familias lingüísticas que componen el territorio nacional, no obstante, constituye el mayor número de población indígena. Hecha ésta aclaración se pasa a desarrollar el tema en cuestión.

| Familia Lingüística | Etnias que la componen |
|---|---|
| Guaraní | Aché (o guayakí)<br>Avá guaraní (chiripá o avakatueté)<br>Guaraní ñandevá (o tapieté)<br>Mbyá<br>Guaraní occidental (chiriguanos o guarayos y chanés)<br>Paí tavyterá (llamados kaiwá en el Brasil) |

| Familia Lingüística | Etnias que la componen |
|---|---|
| Mataco Mataguayo | Nivaclé (o chulupí)<br>Maká<br>Manjui (o chorote) |
| Zamuco | Ayoreo<br>Ybytoso (chamacoco o ishir ybytoso)<br>Tomaraho (o ishir tomaraho) |
| Lengua Maskoy | Enlhet (o lenguas del Norte)<br>Enxet (o lenguas del Sur)<br>Angaité<br>Sanapaná<br>Guaná<br>Maskoy (Toba y Toba Maskoy) |
| Guaicurú | Toba (o qom) |

**Reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario**

El Derecho consuetudinario de los pueblos indígenas se encuentra reconocido en las normas de los Estados, en los pactos internacionales, fallos de la Corte Penal Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como, en las decisiones de los comités y las comisiones internacionales y regionales establecidos para monitorear el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados a través de las distintas suscripciones.

La Constitución Nacional de 1992 reconoce expresamente el carácter

multiétnico y pluricultural de sus habitantes y admite la existencia de los sistemas normativos de los pueblos indígenas. Es decir, el Estado paraguayo reconoce el pluralismo jurídico en el ámbito de la administración de justicia.

Para la aplicación del derecho consuetudinario se toma en cuenta lo establecido en el Art. 268 de la Constitución Nacional, en tanto que el reconocimiento de los pueblos indígenas como núcleos culturales y territoriales se encuentra establecido en el Art. 62 y siguientes del mismo cuerpo legal.

El artículo 62 de la Constitución Nacional reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.

Por su parte, el artículo 63 del mismo texto constitucional establece cuanto sigue:

> Reconoce y garantiza el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.

Los pueblos indígenas tienen la potestad de resolver los conflictos suscitados entre sus integrantes (hábitat) conforme con sus tradiciones ancestrales y bajo el mandato de sus autoridades. Este reconocimiento constitucional implica a su vez la vigencia de sus normas consuetudinarias y procedimientos. La

precitada norma constitucional se relaciona estrechamente con los derechos y el respeto constitucional a la cultura, usos y costumbres, cosmovisión y valores de los pueblos indígenas.

Esta situación hace necesario que el proceso penal, así como todos los procesos iniciados bajo el amparo del derecho positivo, cuenten con un técnico especializado en costumbres indígenas. Las diferencias entre la forma de ver las leyes como fuente de derecho y la cosmovisión de las comunidades indígenas, se dan el inicio, considerando que el derecho positivo contempla los derechos individuales y colectivos, en tanto que para los miembros de las comunidades indígenas rige de forma colectiva.

A modo de referencia, es importante mencionar que la Constitución de Colombia, que fue la primera en reconocer el derecho y la jurisdicción indígena, seguida por la Constitución del Paraguay en el año 1992, la del Perú en 1993, la de Bolivia en 1994, la ecuatoriana en 1998 y por último la venezolana en 1999. En todas estas constituciones se reconoce el derecho consuetudinario y la jurisdicción especial indígena, a la vez que se establecen límites a su ejercicio.

Habiendo tenido por finalidad la visión intercultural y el carácter pluralista de la justicia, la Comisión Permanente de Pueblos Indígenas de la Asamblea Nacional impulsó la ratificación del "Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales" de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), adoptado durante la 76° Conferencia Internacional del Trabajo", Realizado en Ginebra 07 de junio de 1989, el cual fue aprobado por el Estado paraguayo a través de la Ley n.º 234 de 1993. Con la citada ley, el Paraguay se obliga a respetar el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, así como sus normas, instituciones y métodos de control social. El precitado convenio es un instrumento legal

de cumplimiento obligatorio, a la fecha es el único instrumento internacional de derechos de los pueblos indígenas de carácter vinculante, es por ello que las actuaciones fiscales deben responder a ley Ley n.º 234/93.

Después de la Constitución de 1992, se produjo la reforma del sistema Judicial, plasmado en la Ley n.º 1286/98, Código Procesal Penal. Dicha norma, en el Capítulo V, establece un procedimiento especial para Pueblos Indígenas, el cual será analizado en breve.

**Bienes jurídicos de mayor relevancia de acuerdo al derecho consuetudinario.**

Resulta equivocada la idea de que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es un conjunto de normas ancestrales que se han mantenido inmutables desde épocas precoloniales. Pues, este conjunto normativo puede tener elementos cuyos orígenes se remontan efectivamente a épocas anteriores, ancestrales, pero también contendrá elementos que han ido surgiendo en épocas más recientes y en torno a los cuales, los miembros de las comunidades indígenas han debido adaptar sus conductas. El derecho consuetudinario refleja la situación histórica de los pueblos indígenas, las transformaciones de su ecología, demografía, economía y situación política frente al Estado.

Analizado de esta manera, los mismos elementos pueden significar cosas totalmente distintas en contextos estructurales diferentes. La vigencia del derecho consuetudinario indígena constituye uno de los elementos indispensables para la preservación y reproducción de la cultura indígena en el continente; por el contrario, su desaparición constituiría un etnocidio contra los pueblos indígenas.

Ahora bien, es importante destacar dos aspectos en los que los pueblos

indígenas manejan conceptos opuestos a los de la sociedad occidental, se resalta que la palabra sociedad occidental es utilizada por los indígenas para referirse a los hombres blancos, sin distinción de nacionalidades que no pertenecen al pueblo indígena.

**La propiedad de la tierra – El territorio.**

La Comunidad indígena se halla vinculada espiritual y religiosamente a la tierra, forma parte de la concepción sobre sí mismo como nación indígena. El habitad es fundamental para su permanencia y supervivencia física, espiritual y cultural. Sus recursos naturales valoran como fuente indispensable para la vida, su existencia y subsistencia diaria.

Algunas culturas dan mayor importancia a la propiedad, pues consideran su territorio, debido a que es ahí donde residen los espíritus de sus antepasados, por lo que la posibilidad de abandonar dicho territorio ancestral es considerada más grave que perder la vida.

Al respecto, la regla principal para la resolución de los conflictos, referentes a territorios ancestrales, reivindicados por comunidades indígenas es el Convenio 169 de la OIT. En ese sentido, en los casos relacionados a los pueblos indígenas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos rigen sus actuaciones por el "principio pro homine", según el cual la interpretación de una norma debe hacerse de la manera más favorable al ser humano (En este caso particular a los intereses culturales de los pueblos aborígenes).

El Convenio 169 de la OIT que los pueblos indígenas son propietarios de las tierras con anterioridad a la formación del Estado Paraguayo con independencia a que ellas estén tituladas y registradas o no a nombre de las comuni-

dades indígenas. En ese contexto para una mejor organización se ha establecido un régimen para la titulación de los territorios ancestrales a través del Instituto Paraguayo del Indígena – INDI.

**La minoridad:** Las culturas occidentales establecen por lo general tres etapas en la vida del ser humano: niño, adolescente y adulto. Esto está refrendado en varios cuerpos legislativos, siendo probablemente el más importante de ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño adoptada durante el 44° período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, desarrollada en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989 y suscrita por la República del Paraguay el 04 de abril de 1990 por ley n.° 57 del mismo año. Este hecho difiere de lo previsto en el derecho indígena, ya que para muchas de las comunidades solo están contempladas dos etapas, la niñez y la adultez. Las mujeres son niñas hasta que les llega el ciclo menstrual, posteriormente, son consideradas mujeres con todas las prerrogativas que ello acarrea: relaciones sexuales, maternidad, entre otros.

**Sanciones y medidas contempladas en el derecho consuetudinario**

El concepto y la identificación de un delito es la resultante de circunstancias históricas y contextos culturales que regulan las relaciones sociales, es por ello que no resulta sorprendente cuando un hecho tipificado como delito por el derecho positivo no lo sea para una comunidad indígena, o por el contrario, una infracción social sujeta a castigo en una comunidad indígena, es decir, un delito en su lenguaje jurídico, puede no ser reconocido como tal por la legislación penal vigente.

Un ejemplo claro de este hecho se da a nivel país en los casos de brujería. El "payé" es sancionado como actividad antisocial en numerosas comunida-

des indígenas, por lo que se considera una práctica plenamente reprochable en las comunidades; sin embargo, no es reconocido como delito en la legislación nacional. En este entendimiento, la práctica judicial ha documentado numerosos y dramáticos casos de homicidios cometidos por causas de brujería, hechos que son sancionados por el derecho penal positivo, cuando es admitido como forma de hacer justicia o legítima defensa personal en el derecho consuetudinario de las comunidades.

Ahora bien, es absolutamente indiscutible que en el derecho positivo la definición y sanción de los delitos es objeto de los códigos penales, que al ser éste un derecho dinámico y cambiante debió adaptar las costumbres a la realidad de la sociedad envolvente. Se tiene así, que en algunas familias lingüísticas, determinadas conductas se sancionan con la pena de muerte, al ir esta sanción en contra de lo establecido por la Constitución Nacional y al quedar la pena de muerte abolida en nuestro país, estas comunidades han tomado la iniciativa de expulsar al incoado de la comunidad y entregar a la persona a ser sancionada, a las autoridades nacionales, con el objetivo que sea juzgada de acuerdo al derecho positivo. A modo de ejemplo, en épocas anteriores, en las comunidades de la Etnia Guaraní, se castigaba al homicida con la pena de muerte. La implacabilidad de la justicia Guaraní para con los asesinos se daba por la creencia que en caso de que no se cumpla la ley del talión, la justicia divina recaía sobre la comunidad.

Dado que la población paraguaya se identifica con la familia lingüística Guaraní, se tomará como ejemplo el procedimiento realizado por las mayorías de las etnias que componen esa familia durante la comisión de algún hecho reprochable: Cuando uno de los miembros comete una falta grave a las normas establecidas, es sancionado mediante la reacción de la comunidad reunida en el

aty guasu y es la asamblea la que decide el castigo a imponer, de forma conjunta con el cacique o tekoha ruvicha. Para ser más específico, el aty guasu funciona en los casos de faltas a las normas consuetudinarias como un verdadero tribunal, ya que la impartición de justicia está a cargo de la Asamblea y las decisiones se toman por consenso.

El procedimiento legal es problema de toda la comunidad, la que se reúne y escucha a los expertos del teko porã y a las partes afectadas. Algunas veces un pleito se resuelve con indemnización de la parte perjudicada o con una exhortación pública. En los casos considerados graves como robo, lesiones corporales, homicidio y mohãy, el tekoha ruvicha ordena a sus ava'ete, el acompañamiento con 'soldados' para detener al supuesto culpable. Tradicionalmente, el castigo era equivalente al daño realizado y así se ajusticiaba al culpable después de presentar el caso en el aty. Como se ha mencionado, en la actualidad, los miembros de la comunidad entregan a los homicidas a la justicia ordinaria y los castigos corporales de un tiempo se han convertido en prácticas obligatorias bajo el mando de un mburuvicha.

A continuación se analizarán algunas conductas que no son aceptadas por los miembros de los pueblos originarios y sus posibles sanciones. Debido a la gran cantidad de comunidades, solo se tomaran aquellas más representativas:

a. **Mbya Guaraní:** Los tapýi guasú son unidades sociales y económicas autónomas regidas por el respeto del grado de parentesco consanguíneo y la zona de residencia. La estructura socio-política del tapýi guasu se guía por el principio de la ancianidad, ejerciendo el liderazgo normalmente la generación más ascendiente del grupo. Existe un código mbya que castiga el homicidio con la pena capital, no admitiendo atenuante alguno. A más de esto, en los casos en

que se hace justicia por mano propia, está prohibido inferir heridas en la cabeza por temor a causar la muerte de la persona que se hiere.

Los demás delitos admiten la posibilidad de componendas. En lo referente al adulterio, puede considerarse que la excesiva tolerancia a esta práctica actual, se da en el marco de la descomposición social de la que es víctima este grupo étnico. No menos importante, es mencionar que el sistema económico mbya se caracteriza por la posesión comunicatai, por todos los miembros del tapýi guasu de la tierra, los bosques, agua, entre otros. Para ellos, la tierra es el espacio social y cultural que permite la reproducción de su modo de ser, motivo por el que la tierra no es considerada mercancía que pueda ser vendida ni comprada, es de uso comunitario.

Por otra parte, es importante considerar que para ellos el alma está relacionada con la sangre y con la leche materna, por ese motivo las transfusiones de sangre de un guaraní a otro son solamente posibles entre parientes consanguíneos. Igualmente a un lactante cuya madre murió, solamente una pariente consanguínea puede amamantarlo.

Otro factor preponderante en la cultura mbya se da por la presencia de los hechiceros, que usan sus conocimientos para hacer el mal y constituye un grave factor de asociación en las comunidades. Los indígenas temen bastante a los payés realizados por estos hechiceros, debido a que según la creencia, dichos efectos recaen hasta en generaciones futuras, es por ello que este tipo de ilícito consuetudinario es castigado al igual que un homicidio, razón por la cual, quienes los cometen son ejecutados por las autoridades de la comunidad, sin temor a enfrentar procesos legales ante las autoridades nacionales.

**b. Ava Guaraní.** También denominados Chiripa, es el grupo guaraní actual más aculturado. El régimen de tenencia de la tierra de los ava-guarani fue siempre comunal, cada familia obtiene en usufructo, por un tiempo, una zona de la comunidad, para construir su vivienda y cultivarla, pero según la disponibilidad de la tierra y previa decisión del aty guasu, pueden dar asilo y tierras a otra familia de la misma etnia, que no pertenezcan a la comunidad. El pueblo indígena Guaraní posee un concepto muy detallado de las leyes y de las sanciones que las rigen. Teko joja es el término usado para designar la justicia. La palabra utilizada para indicar la ley es teko tee, que significa costumbre propia o verdadera. Teko kara ypy indica la costumbre primigenia.

Las leyes son entonces copias imperfectas de las leyes eternas y sagradas, instituidas por los dioses. La tradición oral es la que determina la enseñanza de las normas socio-culturales. Cuando hay una falta a las normas establecidas, puede venir un castigo sobrenatural, para que la persona que ha cometido la falta no quede preso de un ojepota, es decir poseído por un espíritu maligno.

Las normas van sancionándose de acuerdo a la reacción que tenga la comunidad ante los hechos, sobre todo en el caso de hechos graves. Los delitos menores están a cargo del cacique, el comisario y el sargento de la comunidad. Entre los delitos graves se encuentran el asesinato y la hechicería, los que se castigan con la expulsión. Ahora bien, los casos en que los problemas se susciten en el ámbito familiar, ellos son resueltos en una reunión de toda la familia extensa. Para los casos de robo, el chamán pronuncia su veredicto sobre el caso después de soñar con los sucesos e identificar por ese medio al culpable.

Por último, aunque no menos importante, uno de los delitos más graves es el caso de la brujería o magia negra, ya que deja a la comunidad desprotegida

ante las potencias de los espíritus malignos. Los familiares de la victima exigen justicia y que se castigue al culpable. Previo al castigo, en la comunidad se vive un ambiente de angustia debido a los espíritus malignos liberados. Los casos de hechicería son juzgados directamente por el Aty Guazú, sin posibilidad de ser tratado de otra forma,. El castigo para el hechicero es la muerte. Los ava guaraní llaman a la venganza de la sangre tuguy ñe´e, y es aplicada en casos de asesinatos y brujería.

**c. Los Ache.** Conocidos de forma peyorativa como Guayakies, constituyen la rama más primitiva del grupo lingüístico tupi-guaraní y fueron los últimos indígenas silvícolas de la región oriental del país. La organización social de los aché se caracteriza como una sociedad de cazadores y recolectores. En cuanto a los valores tradicionales, dichos valores de antes siguen vigentes y eso crea un cierto desequilibrio que dificulta la transición a una vida basada en la agricultura y la cría de animales domésticos. En lo referente a la forma en que resuelven sus diferencias, se da también bajo el liderazgo del cacique, quien por su parte no puede obligar a los miembros de la comunidad a tomar una decisión sin consultarles previamente. Las decisiones se toman por consenso.

**d. Ayoreode.** Este grupo étnico se rige por un conjunto de reglas que se origina gracias al sistema de los tabúes, los que son considerados como tesoros de las experiencias atravesadas por muchas generaciones que regulan en forma concreta y funcional a la conveniencia de la sociedad, así como, la relación con su medio ambiente. Este grupo reviste la particularidad de dar gran relevancia a la naturaleza, por lo que, las actividades del hombre deben armonizar con el equilibrio natural del ecosistema.

**e. Guaraní Occidental.** La estructura social de una aldea se basaba en grupos de parentesco rígidamente patrilineales, los cuales en conjunto formaban una comunidad bajo el liderazgo político de un jefe. El poder de los dirigentes políticos se basa en la obediencia voluntaria por parte de la comunidad. Una de las funciones de mayor importancia del jefe del poblado es la administración de la justicia y la solución de los conflictos. Normalmente, los conflictos se resuelven a través de duelos, un asesinato es vengado por la familia de la víctima, con la muerte del asesino y es obligación del jefe del poblado adelantarse a ello enviándolo al exilio al autor de los hechos. Los ladrones también son exiliados, pero luego de sufrir el castigo corporal, en tanto que el violador de una mujer es pasible de perder todos sus bienes.

**f. Enlhet.** Es el grupo indígena más numeroso del Chaco. En la actualidad, numerosas comunidades Enlhet-sur están implicadas en una lucha para la recuperación de su territorio tradicional, no obstante, este grupo sigue manteniendo su identidad étnica. Los chamanes desempeñan su oficio abiertamente y son responsables por la mayor parte del cuidado médico en sus comunidades. La autonomía personal del individuo es respetada y cualquier efecto negativo potencial que esto pueda tener en la unidad comunitaria es obviada y contrapesada por el énfasis que se pone en el valor del respeto mutuo, el enojo interpretado a través del ataque a otra persona, es considerado una de las peores fallas humanas. En esta comunidad, la violencia de género es poco común, y cuando se producen, sobre todo en los matrimonios, es el esposo quien resulta víctima de su esposa.

**Normas consuetudinarias previstas por las distintas etnias que atentan contra las garantías establecidas en la Constitución Nacional, los derechos humanos internacionalmente reconocidos y el Convenio 169 de la OIT.**

La ciencia jurídica acepta que la costumbre es una de las fuentes del derecho. En ese sentido, lo que caracteriza al derecho consuetudinario es precisamente que se trata de un conjunto de comportamientos humanos que se convierten en costumbres, reconocidos y compartidos por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso, etc.), a diferencia de las leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida, y cuya aplicación está en manos de esta autoridad, generalmente el Estado.

El derecho positivo está vinculado al poder estatal, en tanto que el derecho consuetudinario es propio de las sociedades que carecen de Estado, pero que forman una nación. En los Estados, el derecho constituye una esfera bien específica que interactúa con la sociedad, pero que se mantiene autónomo.

Sin embargo, la costumbre jurídica de las sociedades tribales no constituyen una esfera diferente o autónoma de la sociedad, en estos casos lo jurídico se encuentra inmerso en la estructura social.

El Convenio 169 de 1989, que actualmente forma parte de nuestro derecho positivo preceptúa en su art. 8 que al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas debe tomarse en consideración sus costumbres o su derecho. Esto nace debido a la necesidad y al derecho que tienen estos pueblos de conservar sus costumbres propias.

La norma también hace la salvedad, al resaltar que este hecho se da siempre que estas normas no sean incompatibles con los derechos fundamentales contemplados en el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos

internacionalmente reconocidos.

A su vez, los arts. 9º y 10º del citado convenio establecen que:

> En la medida de que ello sea compatible con el sistema nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia; cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales; deberá darse preferencia a tipos de sanciones distintas del encarcelamiento.

Por su parte, la Constitución Nacional ha puesto límites a la utilización del derecho consuetudinario para la solución de conflictos dentro de las comunidades, estableciendo como requisito esencial para su validez, la voluntaria sujeción de los sujetos tanto activo como pasivo del hecho desaprobado socialmente. Es importante también destacar que la aplicabilidad de la norma consuetudinaria se da en el ámbito en que vive el grupo de cultura diferenciada.

Por ello, la ley fundamental exige la expresión positiva de la sujeción al procedimiento consuetudinario.

Evidentemente, en una sociedad globalizada, regida por la presencia multicultural y plurirracial en los distintos ámbitos de la vida social, la sanción de leyes que reconocen la existencia de grupos minoritarios que son protegidos

por sus diferencias, se da en el marco del respeto y el reconocimiento de los valores fundamentales de la persona. Es por ello que el ordenamiento constitucional establece que el derecho consuetudinario de estas comunidades se aplique en el marco del respeto de las demás costumbres ya reconocidas en los ordenamiento internacionales, y que las sanciones y medidas establecidas en el derecho ancestral no vayan en contra de los derechos fundamentales ya reconocidos en las distintas normas jurídicos internacionales.

Tenemos así que si la vigencia y sanción de una ley no puede darse en contrario a lo ya establecido en la ley principal de la nación, tampoco puede hacerlo una costumbre, a la que se le atribuye una capacidad coercitiva en el ámbito jurídico de la comunidad que le otorga la validez correspondiente. Por lo mencionado, podemos afirmar que el derecho consuetudinario y el derecho positivo pueden coexistir en un ámbito determinado y pueden ser objetos de adopción y cumplimiento mutuo.

Un ejemplo de lo mencionado precedentemente se halla en lo establecido en el Art. 26 del C.P.P, sobre las comunidades indígenas que establece que:

> También se extinguirá la acción penal cuando se trate de hechos punibles que afecten bienes jurídicos propios de una comuni¬dad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros y tanto el imputado como la víctima o, en su caso, sus familiares, acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho consuetudi¬nario. En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que se declare la extinción de la acción penal ante el juez de paz. El juez de paz convocará a la víctima o a sus familiares, al imputado, al representante del Ministerio Público y a los repre¬sentan-

tes legales de la comunidad o, cuando ellos no hayan sido nombrados, a seis miembros de la comunidad elegidos por la víctima y el imputado, a una audiencia oral dentro de los tres días de presentada la solicitud, con el fin de verificar si se reúnen los requisitos previstos en este artículo y en la Constitución Nacional.

**¿Cuándo se aplica el derecho positivo en los procesos penales que involucran a miembros de los pueblos originarios?**

Lo que define el Derecho Consuetudinario es su vigencia social y su legitimidad en el espacio en el que opera. La vigencia está dada por la eficacia social que tiene para regir efectivamente el comportamiento social o para fundamentar la decisión de un conflicto. La legitimidad consiste en el reconocimiento social que tiene tal derecho por haber sido creado y aprobado por el mecanismo válido para un grupo humano (ciertas autoridades en ciertos contextos) y por responder a sus necesidades sociales, referente cultural y simbólico.

Ahora bien, es importante considerar que en el ámbito de las relaciones interpersonales, los conflictos pueden darse entre miembros de un mismo grupo social o entre miembros de distintas comunidades. Tenemos así, que antes de establecer los conflictos a ser considerados por el derecho procesal, debemos considerar los posibles sujetos activos y pasivos de cada caso, hecho que fue tomado en cuenta en el anteproyecto de ley de la siguiente manera:

**a) Conflictos intracomunitarios,** son aquellos que afectan a individuos pertenecientes a la unidad política básica de los pueblos indígenas, tradicionalmente estos conflictos implican un problema entre individuos de una misma etnia y/o comunidad y por lo tanto de igual cultura. Sin embargo, las comunidades indígenas, en la actualidad, se encuentran atravesando un proceso social

de desintegración comunitaria. Esta situación hace que en una misma comunidad vivan miembros de etnias distintas, provocando un panorama complejo al momento de la aplicación de una norma consuetudinaria que permita dar una salida a los conflictos.

**b) Conflictos intercomunitarios,** son aquellos que involucran a miembros de una misma etnia pero de comunidades indígenas diferentes. Tanto en los conflictos intra como intercomunitarios, se puede a su vez distinguir aquellos en los que existe una mayor diferenciación cultural porque los individuos pertenecen a pueblos de familias lingüísticas diferentes.

c) Conflictos entre **indígenas y miembros de la sociedad envolvente/ occidental:** En esta situación se ven involucradas personas de una sola o varias etnias y una o varias personas de la sociedad occidental.

El derecho consuetudinario es considerado como una parte integral de la estructura social y cultural de un pueblo, por lo que para la comprensión de su alcance es fundamental el conocimiento de las culturas indígenas. En ese contexto, junto a la lengua, el derecho consuetudinario y sus costumbres constituyen elementos básicos que hacen a la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad.

Cuando un pueblo ha perdido la vigencia de su derecho tradicional, ha perdido también una parte esencial de su identidad étnica, es decir de su identidad como pueblo. Los pueblos indígenas de mayor vitalidad étnica son aquellos entre los cuales subsiste el derecho consuetudinario propio. La naturaleza del derecho consuetudinario condiciona las relaciones entre dichos pueblos y el Estado, influyendo así en la posición de ellos en el conjunto de la sociedad nacional.

Ante este conjunto de situaciones, es importante establecer las sustanciales diferencias y mencionar que el derecho consuetudinario repercute en la forma en que los pueblos indígenas gozan o, por el contrario, carecen de derechos humanos individuales y colectivos, incluyendo lo que actualmente se llama –derechos étnicos o culturales.

La autoridad máxima en una comunidad indígena es la Asamblea, los miembros de las comunidades lo consideran la autoridad natural. Por otro lado, el líder, denominado Cacique, es el representante legal de la comunidad. No es la máxima autoridad como normalmente se representa en la sociedad occidental.

Como se ha mencionado en el desarrollo del trabajo, las comunidades cuentan con autonomía propia y forman naciones dentro de un mismo Estado. Si bien existen diferencias sustanciales como las ya mencionadas, probablemente la más significativa de todas sea la carencia del derecho individual, pues, la organización jurídica de las comunidades responde a un derecho colectivo. Es así, que en el derecho colectivo, la palabra invocada por el involucrado tiene aún más fuerza legal que los documentos que pudiera firmar, en tanto que en la cultura occidental, es el documento el que reviste la fuerza legal para dar validez a un acto, ya que la palabra invocada debe ser hecha bajo juramento y asentada nuevamente en un acta para su validez procesal.

Hasta este punto, se ha hecho referencia a lo establecido en la Constitución Nacional y en los Convenios Internacionales afines, por lo que es imprescindible mencionar la reforma del sistema judicial que se dio luego de la promulgación de la actual Constitución Nacional. En ese ánimo, el sistema judicial no quedó indiferente a los avances de la realidad regional y mundial, por lo que, buscando aportar algo positivo a la construcción de una sociedad

democrática con miras a la aceptación de la diversidad social e inclusión de los miembros de los pueblos indígenas en la sociedad, se han implementado en el Código Procesal Penal unas reglas adaptadas a las particulares de las comunidades indígenas, con respecto al procedimiento a seguir en los casos de hechos punibles relacionados con los pueblos indígenas, establecido en los Art. 432 a 438 del C.P.P. Dichos artículos se transcriben a continuación:

**Procedimiento para los hechos punibles relacionados con pueblos indígenas**

*Art. 432. Procedencia.* "Cuando el imputado sea miembro y viva permanentemente en una comunidad indígena; o cuando sea la comunidad o uno de sus miembros residentes la víctima del hecho punible, deberán aplicarse las normas establecidas en este Título".

*Art. 433. Etapa Preparatoria.* La etapa preparatoria se regirá por las disposiciones comunes, con las siguientes modificaciones:

1) La investigación fiscal será realizada con la asistencia obligatoria de un consultor técnico especializado en cuestiones indígenas, sorteado de la lista prevista en este Título;

2) En caso de ordenarse la prisión preventiva, el juez, al momento del examen de oficio sobre la procedencia de la medida, ordenará, a requerimiento del defensor, un informe pericial sobre las condiciones de vida del procesado en prisión que considere las características culturales del imputado y, en su caso, formule las recomendaciones tendientes a evitar la alienación cultural; y,

3) El control de la investigación fiscal, será efectuado por el juez del procedimiento ordinario, quién antes de resolver cualquier cuestión esencial, deberá oír el parecer de un perito.

*Art. 434. Etapa Intermedia.* Durante la etapa intermedia se aplicarán las siguientes reglas especiales:

1) Una vez concluida la etapa preparatoria, el juez convocará al Ministerio Público, al imputado y a la víctima, junto con los miembros de la comunidad que estos últimos designen, a una audiencia, para que, aconsejados por el perito interviniente, elaboren, de común acuerdo, un modo de reparación, que podrá incluir cualquier medida autorizada por este código, o aquéllas aceptadas por la cultura de la etnia, con el objeto de poner fin al procedimiento, siempre que ella no atente contra los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y el Derecho Internacional vigente;

2) Si las partes llegan libremente a un acuerdo, el juez lo homologará y suspenderá el procedimiento, estableciendo con toda precisión los derechos y obligaciones de las partes, así como el plazo máximo para la denuncia de cualquier incumplimiento; vencido el plazo, sin que existan incumplimientos, se declarará, de oficio, extinguida la acción penal;

3) Si las partes no llegan a ningún acuerdo o si el convenio es incumplido, el trámite continuará conforme a las reglas del procedimiento ordinario;

4) La extinción de la acción penal es inapelable; y,

5) Las manifestaciones del procesado en la audiencia o su disposición para arribar a un acuerdo, en ningún caso podrán ser tomados en cuenta como indicio de su culpabilidad o admisión de la existencia del hecho.

Art. 435. El Juicio. El juicio se realizará conforme a las reglas del procedimiento ordinario, con las siguientes modificaciones:

1) Obligatoriamente se sorteará un nuevo perito;

2) Siempre que no se afecten los principios y garantías previstos en la Constitución, el derecho internacional vigente y en este código, el tribunal podrá, por resolución fundada, realizar modificaciones al procedimiento, basadas en el respeto a las características culturales de la etnia del procesado; las modificaciones serán comunicadas a las partes con suficiente anticipación;

3) Antes de dictar sentencia el perito producirá un dictamen final, que será valorado conforme las reglas comunes; el perito deberá participar de la deliberación de los jueces, con voz, pero sin voto; y,

4) La sentencia dejará expresa constancia del derecho consuetudinario aplicado o invocado en el procedimiento, tanto en lo concerniente a la solución del caso como a las modificaciones procesales, con un juicio valorativo sobre su sentido y alcance.

*Art. 436. Recursos.* "Las decisiones de los jueces o del tribunal serán impugnables por los medios del procedimiento ordinario".

*Art. 437. Ejecución de Sentencia.*

Cuando la sentencia sea condenatoria a una pena privativa de libertad que no supere los dos años, cualquier representante legal de una comunidad de la etnia del condenado, podrá presentar al juez de ejecución, una alternativa para la ejecución de la sanción, de modo que cumpla más eficazmente

las finalidades constitucionales, respete la identidad cultural del condenado y le sea más favorable.

El juez resolverá la cuestión planteada en una audiencia oral a la que convocará al condenado, a la víctima y al Ministerio Público.

En caso de aceptación de la propuesta, se establecerán con toda precisión los mecanismos que aseguren el cumplimiento de la sanción.

*Art. 438. Peritos.*

La Corte Suprema de Justicia, previo llamado a concurso de méritos, procederá a elaborar una lista de peritos, conocedores de las diferentes culturas indígenas, preferentemente antropólogos, quienes tendrán por función prestar la asesoría técnica conforme a lo establecido en este Título.

El listado será comunicado a los jueces y al Ministerio Público.

Con los citados artículos, se prevé un trato diferenciado a los indígenas, sin que esto implique discriminación, por el contrario, es a los efectos de reforzar las garantías que le fueron establecidas en la Constitución Nacional y el respeto de la idiosincrasia propia de estos pueblos, conforme sus costumbres.

El procedimiento establecido ha dado relevancia vital a la presencia de perito especializado en cuestiones indígenas. Su presencia, participación e intervención en todas las etapas del proceso, es a fin de lograr el cometido constitucional de adaptar las etapas del proceso a las particulares propias del entorno cultural de las comunidades indígenas. En el momento de iniciarse formalmente el proceso penal, debe considerarse la naturaleza de las medidas a ser aplicadas, buscando en todo momento evitar la alienación cultural y, a contrario sensu, la

preservación de las características culturales propias del indígena imputado, por lo que la ley prevé que en el caso de ordenarse medidas de prisión o la prisión preventiva es obligatoria, la presentación de un informe pericial donde conste las condiciones de vida del incoado.

Un análisis especial requiere el Art. 434 del C.P.P referente a la etapa intermedia en el proceso especial establecido para los pueblos indígenas, al otorgar la posibilidad de celebrar un acuerdo común a modo de reparación de la lesión jurídica ocasionada, siempre que el ordenamiento jurídico así lo permita. Esta reparación podría consistir en cualquiera de las medidas autorizadas por la ley vigente, o bien aquellas que se ajusten y sean aceptadas por la cultura étnica, ya que lo que se persigue es poner fin al procedimiento.

Ahora bien, es necesario preguntar ¿de qué forma se extingue un proceso penal en el que se hace lugar a una medida establecida en el derecho consuetudinario?. En el caso mencionado, de llegarse a un acuerdo, el Juez podrá dar lugar a lo establecido en el Art. 26 del C.P.P.

Continuando el análisis de las siguientes normas, puede darse el caso de que no se llegue a ningún acuerdo y/o que no se aplique ninguna medida que implique la extinción de la acción. En estos casos, el proceso sigue el curso acorde al procedimiento ordinario, hasta llegar a la etapa de juicio oral y público, donde reviste singular relevancia la figura del perito especializado, quien incluso puede participar del debate previo a la sentencia, con voz, pero sin voto, a fin de salvaguardar ciertos detalles especiales propios de la cultura de la persona juzgada, a fin de evitar posteriores nulidades.

Es loable destacar que para el procesamiento y juzgamiento de personas implicadas en la comisión de hechos punibles, se produce siempre un despliegue

estatal a través de las instituciones pertinentes; aunque para el caso de los procedimientos especiales, a más del despliegue estatal previsto para todos los casos, se establece la necesidad de contar con técnicos especializados en el tema. Por ello la responsabilidad de los intervinientes es aún mayor. Igualmente, cabe destacar que la nulidad por desconocimiento de las leyes que rigen la materia, es absolutamente inconcebible, ya que en la casuística posible se encuentran los mecanismos necesarios para dar el respaldo exigido a quienes intervienen en su nombre.

Una vez analizado lo establecido en nuestra ley de forma, es importante destacar el carácter específico del procedimiento establecido para pueblos indígenas:

A) El control de convencionalidad: procede en las causas donde la víctima o el victimario es miembro de una comunidad indígena. Ante esta situación previa a la aplicación legal correspondiente, debe analizarse si la norma a ser aplicada está acorde a las Convenciones Internacionales suscritas por el Paraguay, así como al Derecho interno.

B) La obligatoriedad de contar con un perito especialista en cuestiones indígenas en el proceso penal: este requisito se aplica a fin de evitar errores por desconocimiento así como prejuicios etnocéntricos que distorsionan la objetividad o imparcialidad en el proceso y facilitar con ello el acceso de los indígenas al sistema de justicia. El Ministerio Publico, a través de la Dirección de Derechos Étnicos, cuyas funciones se ampliarán en breve, cuenta con consultores técnicos especializados en el área, quienes realizan trabajos de campo para emitir los dictámenes sobre cada tema.

En ese sentido, tanto los peritajes antropológicos como los dictámenes emitidos por los consultores especializados, tienen como uno de sus fines dilu-

cidar situaciones de antinomias, o disipar dudas del agente fiscal en el marco de las investigaciones. Ante esas situaciones, dichos técnicos deberían establecer un mecanismo de actuación que permita fijar el procedimiento legal a aplicar en los espacios culturales; así como explicar las particularidades en cada caso que son sometidos a consideración y estudio con las indicaciones pertinentes a los deberes y derechos propios conforme al marco cultural, y en su caso, determinar si el individuo actuó o no bajo esa cultura o derecho consuetudinario.

C) La flexibilidad en el proceso: El procedimiento especial para pueblos indígenas, según consta en el Anteproyecto del Código Procesal Penal paraguayo, fue instaurado a fin de establecer una flexibilidad en el juzgamiento de los miembros de los pueblos indígenas, al considerar que cuentan con normas de actuación según su cultura.

**¿La aplicación del derecho positivo implica la alienación cultural de los nativos?**

El procedimiento previsto en la legislación positiva garantiza a los pueblos indígenas las condiciones de igualdad para el disfrute o ejercicio de los derechos humanos que les amparan como persona, así como de sus derechos específicos y propios en el ámbito de un proceso penal. En este orden de ideas, el Art. 10 del Convenio 169 de la OIT, señala que se deben tomar en cuenta las características económicas, culturales y sociales indígenas cuando se impongan sanciones penales. Es así que, las exigencias para cumplir con el principio de igualdad se vuelven necesarias ya que además de la vulnerabilidad cultural, también se suma la vulnerabilidad social de los imputados indígenas.

En caso de ordenarse la prisión preventiva, al momento de ejecutarse, de

oficio el juez debe solicitar un informe pericial sobre las condiciones de vida y características culturales del imputado, para que en su caso se formulen las recomendaciones tendientes a evitar la alienación cultural del procesado en prisión.

**Avance institucional del Ministerio Público en la aplicación del Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas.**

Para el cumplimiento del cometido constitucional en materia indígena, el Ministerio Publico adecuándose al momento actual, presenta un creciente protagonismo con miras al cumplimiento de los derechos así como de las responsabilidades de los miembros de los pueblos indígenas en los hechos punibles investigados. Con ese fin, ha creado una dependencia encargada de apoyar la labor fiscal, que se denomina Dirección de Derechos Étnicos.

La citada dependencia fue creada con el objetivo de brindar apoyo técnico a los agentes fiscales en las investigaciones de hechos relacionados con miembros de los pueblos indígenas, ya sea en su carácter de víctima o victimario. A su vez, ante la necesidad de contar con materiales que regulen las funciones de la citada dependencia, se ha establecido el Manual de Funciones de la Dirección por Resolución F.G.E. n.° 1388, de fecha 30 de abril de 2010. Por otra parte, el Ministerio Publico ha establecido una serie de pautas concretas de actuación de la Dirección de Derechos Étnicos, a través del Instructivo de Actuación Conjunta n.° 13 de fecha 25 de noviembre de 2013. Dichas acciones, se consideran unos de los avances de la institución después de la jerarquización de la dependencia en Dirección. Dichas acciones pretenden mejorar la calidad del servicio brindado a la sociedad y en especial a la comunidad indígena.

Las principales funciones de la Dirección, pueden resumirse en: coad-

yuvar con la labor fiscal en carácter de consultor técnico; determinar la solución judicial favorable para el cumplimiento de los principios constitucionales, para lo cual se emiten los informes que fuesen necesarios. En el marco de las intervenciones, la dirección emite dictámenes de carácter técnico jurídico y antropológico como Consultor Técnico. En ellos, se presenta a los Agentes Fiscales y a los Jueces Penales, indicaciones acerca de la aplicación del Derecho positivo o del Derecho consuetudinario, así como sugerencias acerca de las medidas a ser aplicadas durante los procesos y las penas acorde a cada hecho punible.

Es importante resaltar que, la intervención de la Dirección no se limita al fuero penal, ya que interviene en el fuero civil en dictámenes relativos a medidas cautelares que guardan relación con litigios territoriales, también articula acciones conjuntas con los organismos gubernamentales y no gubernamentales; y canaliza los reclamos indígenas a diversas áreas, entre otras funciones.

Las estadísticas establecidas en los informes de gestión, indican un aumento considerable en la criminalidad de los miembros de los pueblos indígenas, en el año 2010 había ingresado un total de 186 pedidos de dictámenes en causas penales, de los cuales 163 pertenecían a la Región Oriental y 23 a la Occidental. Durante el año 2011 esta cifra aumentó a 216 pedidos de intervención a nivel nacional, de los cuales 183 son de la Región Oriental y 33 en la Occidental.

En el año 2012, al mes de octubre se ha recibido un total de 303 pedidos, 216 en la Región Oriental y 87 en la Región Occidental, lo que implica un crecimiento del 61 % en el pedido de constitución y emisión de dictámenes. Estas cifras han ido en aumento en los años posteriores, siendo cada vez más necesaria la presencia e intervención de los técnicos especializados en el área.

Como se ha mencionado, la Dirección de Derechos Étnicos en su carácter de órgano de apoyo a la labor fiscal, tiene la tarea de emitir dictámenes antropológicos jurídicos. Ahora bien, la elaboración cuenta con tres etapas: 1. Recepción de denuncia – intervención de la mencionada dirección, 2.Constitución en la comunidad 3. Redacción del dictamen.

En cuanto a la recepción de la denuncia, la intervención de la Dirección de Derechos Étnicos se concreta una vez que se tome conocimiento de los hechos, la que a su vez se dará acorde al instructivo de intervención de dicha dirección emitido por el Fiscal General del Estado.

Por su parte, para la constitución en la comunidad, el equipo técnico especializado liderado por el referente de cada región, se constituye hasta la comunidad indígena afectada, donde se conversa con el líder y con los miembros de la comunidad, en cuyo caso se pone a conocimiento los motivos de la visita. Se analiza si el hecho denunciado constituye o no un hecho punible de acuerdo a su derecho consuetudinario; en caso que constituya se examina la viabilidad de la aplicación del derecho consuetudinario o si es preferible la aplicación del derecho positivo, a los efectos de que con la aplicación de la sanción mencionada se restablezca la paz social en la comunidad.

Posteriormente se redacta el dictamen antropológico jurídico, dirigido al agente fiscal o al juez interviniente, de acuerdo a cada caso.

## Conclusión

En el país, como en los que acompañan el bloque regional, se viene dando un auge de acciones que buscan la protección de los pueblos originarios reconociéndolos como anteriores a la formación del Estado y dueños de una cultura invaluable.

En tal sentido, el Ministerio Publico como representante de la sociedad, cuenta con participación activa en el proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios, por lo que para hacer efectiva su aplicación ha dado lugar a la creación de la Dirección de Derechos Étnicos, dependencia con cobertura a nivel nacional que funciona como órgano de apoyo técnico a la labor fiscal en las investigaciones donde participe un indígena, sea en carácter de víctima o victimario.

La aplicación del derecho consuetudinario, como posible salida procesal conforme con la legislación vigente, fue objeto de estudio del presente trabajo, sobre la base de que para la aplicación del derecho consuetudinario se toma en cuenta lo establecido en el Art. 268 de la Constitución Nacional, en tanto que el reconocimiento de los pueblos indígenas como núcleos culturales y territoriales se encuentra establecido en el Art. 62 y siguientes del mismo cuerpo legal. Dicha norma reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.

Los pueblos indígenas tienen la potestad de resolver los conflictos entre sus integrantes en sus territorios, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales y bajo el mandato de sus autoridades. Este reconocimiento constitucional implica el reconocimiento de la vigencia de sus normas consuetudinarias y procedimientos, los cuales deben ser respetados por la cultura envolvente.

## Referencias

Centro de Estudios Judiciales (2009). Pueblos indígenas y Poder Judicial. Asunción Paraguay.

Chase-Sardi, M El derecho consuetudinario indígena (1990) Asunción Paraguay; Biblioteca Paraguay de Antropología.

Constitución Nacional de la República del Paraguay. Año 1992.

Convenio 169 sobre "Pueblos Indígenas y Tribales" de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), adoptado durante la 76° Conferencia Internacional del Trabajo. Realizado en Ginebra, el 07 de junio de 1989, aprobado por el Estado paraguayo a través de la Ley 234 de 1993.

Código Procesal Penal de la República del Paraguay. Ley nº 1.286/98.

Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censos (DGEEC). Censo realizado al pueblo indígena en el año 2002.

Instituto Paraguayo del Indígena (2014) Legislación Indígena. Asunción, Paraguay

López Cabral, MO (2014) Código Procesal Penal Comentado, Concordado; Intercontinental Editora.

Instructivo de Actuación Conjunta F.G.E n° 13 de fecha 25 de noviembre de 2013.

Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado (2012). Directrices de Protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Región Amazónica, El Gran Chaco y la Región Oriental del Paraguay. Ginebra, Suiza.

Naciones Unidas. Derechos Humanos. (2011). Recopilación de Recomendaciones de Mecanismos Internacionales al Estado Paraguayo sobre Pueblos Indígenas, Asunción, Paraguay.

Naciones Unidas. Derechos Humanos Paraguay. (2013). Derechos de los pueblos indígenas. Cuadro comparativo. Asunción, Paraguay.

Resolución F.G.E. n° 1388, de fecha 30 de abril de 2010, por el que se establece

el Manual de Funciones de la Dirección de Derechos Étnicos.

Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Revista del Centro de Estudiantes Antropológicos. (1989), Suplemento Antropológico. Zarratea Tadeo. Asunción Paraguay.

Vazquéz Rossi, J.E. y Centurión Ortíz, R.F. (2005) Código Procesal Penal Comentado. Asunción, Paraguay; Intercontinental Editora.

**Frequent psychological harms on children and adolescents victims of sexual abuse**

**Programa de Protección a Testigos: herramienta para fortalecer la Justicia Penal paraguaya.**

*María Eusebia Segovia Cabrera Viedma*[*]

*"El silencio nos sumerge en océanos de impunidad, la protección al testigo emerge para conducirnos al puerto de la Justicia"*[**] Luis Petri

**Resumen**

Por Ley n.º 4083/2011, fue creado en Paraguay el Programa de Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas en Procesos Penales, con la finalidad de aplicar medidas de protección dirigidas a quienes puedan encontrarse en situación de riesgo o peligro para la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad como consecuencia de su intervención en un proceso penal. Así, se ha designado como autoridad de aplicación a la Fiscalía General del Estado –a través de una Dirección dependiente jerárquicamente del Fiscal General del Estado– ya que, por mandato constitucional y legal, el Ministerio Público es el órgano autónomo persecutor del hecho punible, que tiene a su cargo el ejercicio

*- Abogada, egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas (FCJD), Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción" (2009). Docente universitaria. Instructora de Derechos Humanos, egresada del Instituto de Capacitación en Derechos Humanos y la Defensoría del Pueblo (2005). Especialista en Inteligencia Estratégica, egresada del Instituto de Altos Estudios Estratégicos (IAEE), dependiente del Consejo de Defensa Nacional (2013). Postgrados en Didáctica Universitaria, Ciencias Penales, Ética Pública, Transparencia y Anticorrupción, Administración de Justicia y Derecho Penal comparado.

**- Utilizado como máxima de la Dirección del Programa de Protección a Testigos. Frase original de Luis Petri; (s.f.); Creando el Programa de Protección a Testigos; fecha de consulta: 22 de noviembre de 2015; Recuperado de http://www.luispetri.com.ar/proyectos/creando-el-programa-de-proteccion-de-testigos-y-arrepentidos. Parafraseada por el Abg. Manuel Doldán Breuer, primer director de la Dirección del Programa de Protección a Testigos de la República del Paraguay (2012 – 2015).

de la acción penal pública y el correspondiente aporte probatorio, aplicando las medidas de protección necesarias en los procesos penales trascendentales, en procura de facilitar el acceso a la justicia y propiciar su consecución. Con la implementación de este programa, el Gobierno pretende fortalecer la lucha contra el crimen organizado, el acceso a la justicia y combatir la corrupción.

**Abstract**

The witness and victims protection program was created in Paraguay by act number 4083/2011. Its aim is to apply protection measures to those people whose lifes, physical integrity, freedom or safety might be at risk, as a consequence of their intervention in a criminal process. The authority in charge of the application of the program is the Attorney General Office, since by constitutional mandate, it is the autonomous entity responsible for the investigation of criminal offenses and the exercise of public legal action. The program grants necessary protection measures in relevant criminal processes, in order to enhance access to justice. With the implementation of this program, the Government also pretends to strenghten the fight against organized crime and corruption.

***Palabras claves:*** Programa de protección - Medidas de protección – Riesgo - Proceso penal - Ministerio Público – Acceso a la Justicia – Crimen Organizado.

***Keywords:*** Protection program, protection measures, risk, criminal process, Attorney General Office, access to justice, organized crime, victims, sexual abuse, behavior, children, adolescents.

**Programa de Protección a Testigos: herramienta para fortalecer la Justicia Penal paraguaya.**

El Programa de Protección a testigos surge como respuesta del Estado a una nueva forma de amenaza a la eficacia de la investigación penal. Todo el proceso y el resultado se basa en las pruebas que producidas ante un tribunal llevan a la convicción de la existencia de un hecho penalmente relevante y a determinar la participación de los acusados, imponiendo en consecuencia la sanción penal correspondiente.

Eliminar las pruebas es la estrategia que las nuevas modalidades delictivas están utilizando para evitar ser sancionados penalmente. Al considerar que las garantías del debido proceso son estrictas y su núcleo central son las pruebas obtenidas legalmente, toda la energía se dirige hacia su propia existencia, a fin de que desaparezca o sea distorsionada.

La presencia de elementos materiales que demuestra en la comisión de un hecho punible y la participación del imputado han sido preocupación y ocupación de la mayoría de los sistemas procesales, que abocados a ella, han creado modernos depósitos de evidencia, laboratorios para sus análisis y el fiel cumplimiento de la cadena de custodia.

Desde la antigüedad, los sistemas penales han tenido por única fuente a un ser humano, quien prestando juramento ante el tribunal declaraba todo cuanto haya visto u oído respecto al hecho objeto del proceso, así mismo, ante una cantidad de testigos o de acuerdo a cualidades subjetivas de los testigos, se otorgaba mayor o menor valor al testimonio.

Dichas prácticas del modelo primitivo o inquisitivo han dejado de tener

vigencia, ante las nuevas tecnologías que permite valorar elementos de prueba con un rigor científico. Sin embargo, no han desplazado al ser humano como fuente de información, sino que apoyados en los datos obtenidos a través de dichas tecnologías se fortalecen o se dejan de lado ante la falta de otros elementos de prueba que sostenga sus manifestaciones.

El testigo como sujeto de la actividad probatoria, es un actor importante para demostrar bien una porción de hechos o bien la participación del imputado o bien hallar otros elementos de prueba (esto desde una visión estrictamente ceñida al proceso penal). Es innegable que el aporte de una información precisa proveída por un testigo facilita la tarea investigativa y agiliza su procesamiento, hecho que en determinados casos condujo al resultado exitoso

El deber de testificar se considera una carga pública, es obligatorio para todo ciudadano* de ahí que en un primer momento se abordó al testigo como un sujeto obligado y sin derechos. Ante esta obligación, surgen hechos que impiden su cumplimiento, en especial cuando el testigo es objeto de amenazas, intimidaciones o atentados, dirigidos hacia su persona, su núcleo familiar o quienes de una u otra forma se relacionan con él. Dichas acciones se realizan con el fin de impedir que una persona colabore con la justicia o lograr que por el temor que siente brinde una información falsa, información incompleta y en ocasiones deciden no brindar ninguna información.

*- Art. n.º 128 de la Constitución Nacional: "De la primacía del interés general y del deber de colaborar. En ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general. Todos los habitantes deben colaborar en bien del país, prestando los servicios y desempeñando las funciones definidas como carga pública, que determine esta Constitución y la ley", que se materializa en el proceso penal expresamente en el Art. n.º 203 del Código Procesal Penal: "Deber de Testificar. Toda persona tendrá la obligación de concurrir a la citación judicial y declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, salvo las excepciones establecidas por la ley".

El nivel de riesgo al que está expuesto un testigo está directamente relacionado a la calidad de la información que conoce (procesalmente hablando a la pertinencia y utilidad de la información para el descubrimiento de la verdad real de los hechos* y de las cualidades personales del agente generador del riesgo, quien es el sujeto que realiza la amenaza, intimidación o atentado, así como el grado de vulnerabilidad del testigo y la capacidad objetiva del agente generador del riesgo para hacer efectiva su amenaza, intimidación o atentado.

El crimen organizado como dinámica criminal globalizada se compone de eslabones que constituyen una cadena estructurada que desafía la propia existencia del Estado de Derecho como organización política con miras al bien común. Los esfuerzos nacionales e internacionales por combatirla se centran en políticas criminológicas, técnicas especiales de investigación y programas de protección a testigos.

El testigo de crimen organizado es el sujeto más vulnerable dentro del esquema de participación procesal, ya que está expuesto ante quienes conocen su rutina, su estilo de vida y por sobre todo, cuentan con la capacidad operativa para silenciarlo, atentando contra su vida o la de su núcleo familiar.

En ese orden de ideas, se resalta a Italia, como uno de los primeros países en implementar el Programa de Protección a Testigos con el objetivo de vencer la ley del silencio omertá, impuesta por la mafia siciliana como una norma vital para asegurar la impunidad de sus miembros y la seguridad de toda

*- Art. n.º 173 del Código Procesal Penal, segundo párrafo: "Un medio de prueba será admitido si se refiere, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y es útil para el descubrimiento de la verdad. El juez o tribunal limitará los medios de prueba ofrecidos cuando ellos resulten manifiestamente excesivos"

la organización criminal. Entonces, el Programa de Protección a Testigos pretende preservar la voz de aquellos testigos de la verdad, con el propósito de ofrecer pruebas contundentes a las autoridades responsables de juzgar e impartir Justicia.

El fenómeno del crimen organizado también se hace presente en la República del Paraguay, pues la posición geográfica estratégica la ubica en el corazón de América del Sur y en ese sentido, los grupos delictivos organizados utilizan el territorio para realizar las distintas conductas relacionadas al tráfico ilícito.

La Constitución Nacional en su art. 268 establece explícitamente que el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública tiene a su cargo la promoción y ejecución de la acción, en especial, la investigación que se resume en reunir y preservar los elementos de prueba para poner a disposición del órgano jurisdiccional.

Por ese mandato constitucional, el Ministerio Público es el encargado de las políticas de protección a testigos en Paraguay. Cuenta con autonomía para la evaluación de la situación de riesgo y la decisión de incorporarlo o no al Programa para la aplicación de las medidas de protección.

**Antecedentes**

El Programa de Protección en el mundo aparece por primera vez como una reacción del Estado ante la ley del silencio omertá*, impuesta por la mafia

*- "Si bien etimológicamente hay varias teorías sobre su origen, las definiciones coinciden en señalar que la Omertá es un código de honor que prohíbe colaborar con las autoridades legalmente constituidas, bien para informar sobre delitos que se conocen o bien para buscar la propia justicia. El escritor y antropólogo AntonBlok, famoso por sus estudios sobre la mafia siciliana, describe a este pacto de silencio como la prohibición categórica de la cooperación con las autoridades estatales o el empleo de sus servicios, incluso cuando uno ha sido víctima de un crimen". Alarcón, Antonio; (s.f.)

siciliana denominada: Cosa Nostra, que se posiciona en Italia en el año 1970*. Los investigadores en su misión de reunir elementos de prueba contra los miembros de las familias de la mafia se encontraban ante un nuevo fenómeno: negarse a colaborar con las autoridades en brindar información acerca de los autores o sobre un hecho relacionado a este grupo criminal.

El Estado, interesado en combatir las familias de la mafia, que ostentaban un poder que tendía a superar el respeto a la población a las autoridades, representaba un peligro a esta soberanía. Así se iniciaron los primeros pasos identificando el creciente número de ciudadanos que preferían mantener el silencio ante los hechos de la mafia, la existencia de amenazas y atentados a todo aquel que violase esa ley siciliana y la impunidad que era la consecuencia final de la cadena, consagrándose la mafia en un monopolio del poder ipso facto –paralelo al Estado, poder ipso jure–

La seguridad para llevar una vida libre de violencia, con una calidad que permita al ser humano desarrollarse fue lo que llevó a este ser social a organizarse y crear un ente ficticio al cual a través de un contrato social se cede el poder con la única finalidad de lograr el bien común. Es deber del Estado brindar a sus habitantes un nivel de seguridad que permita llegar a su fin, sin embargo, esta labor fue ineficaz como garantía en la lucha contra la mafia, pues a quien era dirigida la amenaza o era víctima del atentado estaba absolutamente indefenso ante este poder paralelo.

*- Santos, Alonso; De Prada, Rodríguez; "Los colaboradores de Justicia"; Revista de Derecho; Fecha de consulta: 29 de enero de 2016; Recuperado de: http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Santos-Alonso-y-De-Prada-Rodriguez-Los-colaboradores-de-la-justicia-en-Italia.pdf.

Así, se concibe una nueva visión para brindar un entorno seguro bajo un esquema especial de seguridad a todo aquel ciudadano que brindara una información que permita a las autoridades llegar a sancionar a los miembros de la mafia; a esta nueva herramienta se denomina Programa de Protección a Testigos, la estrategia que rompió con la ley del silencio establecida tácitamente por la mafia.

Posteriormente, en los Estados Unidos, el fenómeno criminal de las mafias se replicó y propagó tan rápido que representaba una seria amenaza a la creciente potencia mundial. Por ello, no tardaron en tomar las buenas prácticas del modelo italiano y en el año 1970 crean el Programa Federal de Protección a Testigos o Programa de Seguridad para Testigos (United States Federal Witness Protection Program o the Witness Security Program - WITSEC), en el cual intervienen: el Servicio de Alguaciles Federales (United States Marshals Service), el Departamento de Justicia y el Buró Federal de Prisiones, como encargados de ejecutar las medidas de seguridad a testigos protegidos*.

El tercer programa más antiguo fue creado en la República de Colombia, por Ley n.º 418 de 1997, en pleno estado de crisis de la Constitución Nacional de 1991, en la llamada "época oscura" donde las Fuerzas Armadas

*- Muchos recordaran el inolvidable diálogo entre Frankie "FiveAngels" Pentangéli y Tom Hagen, en El Padrino III. Este último lo visita en una base militar donde es custodiado por militares y agentes federales que adelantan una investigación contra la Familia Corleone. Ante la imposibilidad de eliminarlo, Hagen le recuerda que a los generales romanos traidores les quedaban dos opciones: el destierro y perder todas sus posesiones o el suicidio y sus herederos conservaban el patrimonio. Pentangeli se suicidó como todos sabemos, pero ¿por qué la todopoderosa Familia Corleone no podía simplemente eliminarlo? Frankie había colaborado con el FBI y formaba parte del UnitedStates Federal WitnessProtectionProgram. Este mecanismo de custodia creado por el gobierno estadounidense se estableció en el Título V del Acta para el control del Crimen Organizado de 1970. Fuente:Como funciona el programa de protección a testigos; (s.f.) Fecha de consulta: 29 de enero de 2016; Recuperado de:http://prodavinci.com/2012/04/20/actualidad/%C2%BFcomo-funciona-el-programa-de-proteccion-de-testigos-en-usa-por-albinson-linares.

Revolucionarias de Colombia (FARC)* y el narcotraficante Pablo Emilio Escobar Gaviria** denominado "patrón del mal", aterrorizaban y hacían tambalear el sistema democrático colombiano.

Existen tres programas de protección a testigos distintos, a los cuales se puede acceder previa solicitud dirigida a la Fiscalía General de la Nación. El primer programa proporciona a los testigos información y recomendaciones para su propia seguridad; el segundo ofrece un seguimiento limitado de las situaciones de los testigos; el tercero implica un cambio de identidad y abarca a testigos, víctimas, intervinientes en el proceso y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación de Colombia***.

En la República del Paraguay, luego de dos décadas de gobierno democrático y más de una década de la entrada en vigencia de un nuevo sistema penal acusatorio de tinte adversarial, se crea el Programa de Protección a Testigos que fuera mencionado por primera vez en la Ley n.º 1562/00 "Orgánica del Ministerio Público".

Dicho programa, se crea fundado en la conciencia de los legisladores de que el crimen organizado –mafia moderna– pone en riesgo la vigencia del Estado de Derecho, motivo por que muchos legisladores consideraron indispensable fortalecer el Sistema de Justicia para la lucha eficaz contra los fenómenos de la

*- El Origen; (s.f.); Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2015; Recuperado de: http://www.verdadabierta.com/victimarios/243-la-historia/farc/4295-el-origen-1953-1964-.

**- El expediente secreto de FBI a Escobar; (s.f.) Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2015; Recuperado de: http://www.verdadabierta.com/jefes-de-la-auc/4094-el-expediente-secreto-que-le-tuvo-el-fbi-a-escobar.

***- Manual de Buenas Prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada; publicado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Nueva York, Año 2008, página 15.

criminalidad organizada, ya que para el año 2011 alcanzó el 55% de las causas penales ingresadas a las Unidades Especializadas del Ministerio Público*.

El Paraguay se encuentra situado en el centro de América del Sur, entre dos países considerados potencias regionales: Brasil y Argentina, con quienes comparte fronteras y un problema estratégico denominad: la triple frontera (Bartolomé, C. 2002), por esta razón el tipo de hechos punibles que predomina en esa zona son: lavado de dinero, narcotráfico, piratería, contrabando, corrupción y trata de personas. Esta problemática, requiere una atención y un esfuerzo especial por parte del Ministerio Público para una persecución penal eficiente a través de las sedes fiscales regionales en el Área de Alto Paraná.

De igual manera, el Paraguay limita al norte con Bolivia, país con el que compartimos una vasta frontera terrestre, ruta que con frecuencia es utilizada para el tráfico de sustancias estupefacientes, precursores químicos, contrabando y piratería, conforme se constata en los tipos de hechos punibles que registra la institución en dicha zona, situación que motivó el fortalecimiento de la presencia del Ministerio Público en el Chaco paraguayo a través de las sedes regionales en los Departamentos de Boquerón y Presidente Hayes.

Los informes de Transparencia Internacional lo ubican como el segundo país sudamericano con mayor índice de corrupción, en el ranking sudamericano(ABC Color, "Paraguay entre los más corruptos",2015) –tanto en esfera pública como privada – hecho del que el Ministerio Público como representante de la sociedad tiene conocimiento, y asume su rol investigativo a través de los

*- Fuente: estadística en http://www.ministeriopublico.gov.py/userfiles/files/especializadas_2011.pdf; de las Unidades Especializadas: Narcotráfico, Trata de personas, Delitos Intelectuales, Delitos Económicos y Anticorrupción. Fecha de consulta: 29 de enero de 2016.

agentes fiscales especializados que se abocan a la tarea de promover y ejercer la acción penal ante los órganos jurisdiccionales para la lucha contra la corrupción y evitar la impunidad.

Al hablar de la mafia y el crimen organizado, no se puede ignorarla presencia del grupo autodenominado "Ejército del Pueblo Paraguayo" (ABC Color, "Arrecia el Terrorismo en Paraguay", 2015) que a través de actos terroristas amenazan, intimidan o atentan contra pobladores de las zonas de los departamentos de Concepción y San Pedro, realizando conductas ilícitas como: atentados, asesinatos, secuestros, extorsiones, robo, hurto, abigeato, entre otros. Varios de los miembros de dicha organización criminal cuentan con órdenes de captura para ser sometidos al proceso penal ante la Justicia.

Geopolíticamente el Paraguay se ha convertido en una zona de tránsito y distribución de sustancias estupefacientes y precursores químicos, de lavado de dinero, de contrabando y piratería, sumado la incipiente presencia de laboratorios de procesamiento de cocaína, según declaraciones realizadas por el Ministro de la Secretaría Nacional Antidrogas al Diario ABC Color, (2015). No es menos importante resaltar la duda que genera la circulación en la triple frontera al considerar la posible presencia de miembros de la "Organización terrorista compuesta por grupos radicales de libaneses Chiitas" denominado Hezbollah, hecho convierte al país en un punto estratégico regional y extra regional para el tránsito y comisión de los citados hechos punibles.

Las cuestiones expuestas de notan la debilidad del Sistema judicial, pues, los ciudadanos que tienen conocimiento de alguna manera de las mencionadas circunstancias fácticas se rehúsan a colaborar con la Justicia por el temor de perder la vida. En este orden de ideas surge el Programa de Protección a

Testigos, a cargo de la Fiscalía General del Estado como un elemento innovador en la estructura del Estado para la lucha contra el crimen organizado.

Dicho programa, por su naturaleza es excepcional y restrictivo, concebido como la estrategia más efectiva en la lucha contra el crimen organizado – entre ellos, los hechos de corrupción– y la herramienta que faltaba en el Sistema de Justicia Penal para preservar "la prueba testimonial" al tiempo de constituirse en un aliciente para la ciudadanía a denunciar, prestar testimonio y colaborar con la Justicia.

**Marco Legal**

La Constitución de la República del Paraguay en su preámbulo reconoce la dignidad humana y afirma que el Estado con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia plasma en la Carta Magna en sus Art. 4º, 9º, 46º y 47º de los derechos y garantías del pueblo paraguayo : derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la seguridad, a la igualdad, al acceso a la justicia, entre otros derechos, estableciendo que el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal pública*, y como encargado de promover y ejercer la misma tendrá a su cargo la etapa investigativa dentro del proceso penal.

Es así que está plenamente justificado que el ámbito de aplicación del Programa de Protección a Testigos este a cargo del Ministerio Público, pues la Constitución de la República del Paraguay – en el Art. 137 – consagra el orden

*- Constitución Nacional: arts. 266 "De la composición y funciones" y 268 "De los deberes y de las atribuciones"; Ley Orgánica del Ministerio Público: arts. 1 "Ministerio Público" y 2 "Autonomía". Código Procesal Penal, Art. 18, primer párrafo: "El Ministerio Público estará obligado a promover la acción penal pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, siempre que hayan suficientes indicios fácticos de la existencia de los mismos", en concordancia con la Ley Orgánica del Ministerio Público, Art. 5 "Oficiosidad. Obligatoriedad".

de prelación de leyes, estableciendo así los parámetros para la interpretación armónica del sistema normativo nacional en cuanto a los grupos prioritarios: Constitución Nacional, Convenciones Internacionales, Leyes y Decretos.

En segundo orden en la pirámide de prelación de leyes, se hallan ubicados los tratados y convenciones internacionales, entre las que resaltan a las relativas a los derechos humanos de víctimas y testigos Clara Rolón de Beraud, Directora de la Dirección de Derechos Humanos de la Fiscalía General del Estado (2013), entre las que se incluyen a las normas softlaw, por el Principio "Pacta suntservanda", de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de los Derechos Humanos, ratificado por Ley n.º 01/89, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Ley n.º 05/92, la Declaración y Programa de Acción de Viena, la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificado por Ley n.º 69/89, la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ratificado por Ley n.º 56/89, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer Ratificado por Ley n.º 1215/86, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para", ratificado por Ley n.º 605/95.

Así continua el cúmulo de normas con: la Convención sobre los Derechos del Niño Ratificada por Ley n.º 57/90, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ratificado por Ley n.º 3540/08, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder,

a Carta Iberoamericana sobre los Derechos de las Víctimas, las Guías de Santiago sobre la Protección de Víctimas y Testigos, Resolución F.G.E n.º 5630/14, los Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, Resolución F.G.E. n.º 134/12.

Por excelencia, la norma internacional del Programa de Protección a Testigos es la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trasnacional, aprobado por Ley n.º 2298/03 –y sus protocolos facultativos– que en el Artículo 24 dice:

> Protección de los testigos. 1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda a sus familiares y demás personas cercanas.

Las Naciones Unidas promueven entre los Estados partes la adopción de un mecanismo para la aplicación de medidas de protección para testigos del crimen organizado, que incluyen aspectos legales y operativos, para ello se cuenta con el "Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada", publicado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), cuyo eje transversal es la cooperación internacional.

Atento a los objetivos establecidos por la Agencia Financiera de Sudamérica (GAFISUD –actualmente GAFILAD– Informe del año 2005) en la

lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, entre ellos, las referidas a las políticas públicas y mecanismos de cooperación, siendo uno de los temas las "Técnicas especiales de investigación", en los que se establecen directrices sobre protección de testigos como técnica especial de investigación, acordadas por el Grupo de Trabajo de Expertos Jurídicos 2004-2005 del Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales (FATF-South)

La misma aborda la protección a testigos de hechos punibles de lavado de dinero, terrorismo, corrupción, narcotráfico, trata de personas, tráfico de armas, piratería, entre otros, como una herramienta eficaz en la lucha contra estos flagelos que afectan a los países a nivel mundial y en particular a nivel regional.

Años después, fue sancionada la Ley n.º 1286/1998 "Código Procesal Penal" y en concordancia con la Constitución Nacional, reconoce los derechos de las víctimas, en especial a: "Recibir un trato digno y respetuoso (…) la protección de su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos conforme al Art. 68 del CPP" , en el art. 213 de la misma norma, al afirmar que: "Si el testigo teme por su integridad física o de otra persona podrá indicar su domicilio en forma reservada, pero no podrá ocultar su identidad"*

Así también, la propia Ley Orgánica del Ministerio Público, en el Artículo 10 establece:

Protección. El Ministerio Público protegerá a quienes por colaborar con

*- En el mismo sentido que el Art. 67 "Calidad de víctima" del Código Procesal Penal, las Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos considera víctima a "…cualquier persona que ha sufrido menoscabo en sus derechos como consecuencia de un delito…", las 100 Reglas de Brasilia, limitando el concepto, en La ley 4788/2012 "Integral contra la trata de personas" en el Art. 4, incs. 1, 2 y 3 hace una conceptualización en los mismos términos y hace una diferenciación entre víctimas directas e indirectas.

la administración de justicia corran peligro de sufrir algún daño, en especial cuando se trate de hechos punibles vinculados con la criminalidad organizada o relacionados con abusos de poder o violaciones a los Derechos Humanos…".

Entonces, la investigación del hecho punible –que involucra principalmente a dos sujetos: el activo (autor, cómplice o instigador) conforme se establece en el artículo14, inciso 1º, numeral: 9 y 10 del C.P. y el pasivo (víctima directa o indirecta)10 – centra la tarea del Ministerio Público en la recolección de elementos probatorios, siendo uno de ellos la prueba testimonial, cuya fuente es un ser humano que ha percibido a través de sus sentidos algún hecho penalmente relevante o conoce de algún dato o información que ayude a esclarecer el hecho investigado y sus circunstancias.

En este sentido, el Ministerio Público ofrece al órgano jurisdiccional la prueba a ser producida en la etapa de juicio oral y público o bien solicita su producción antes del juicio, a través del anticipo jurisdiccional de prueba*, a fin de dar cumplimiento al Principio de Inmediatez**, por el cual el Tribunal recibe directamente la declaración del testigo, siendo un deber del Ministerio Público poner a disposición del órgano jurisdiccional los datos necesarios para que los mismos comparezcan a prestar declaración y asegurar a través de los medios legales a su alcance la obtención de esa prueba y la disposición para ser produci-

*- Código Procesal Penal, Art. 320: "Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, inspección o pericia, que por su naturaleza y características deben ser considerados como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al juez que lo realice (…)".

**- 14 Código Procesal Penal, Art. 366: "El juicio se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de todas las partes (…)"

da en juicio*.

Así, la preservación de la prueba –velando por su inalterabilidad– es el aspecto formal del medio probatorio, a fin de que, quien deba juzgar la conozca y aprecie sin ningún tipo de alteración, cuando ésta pueda ser causada por la existencia de un riesgo o peligro para la vida, la integridad física, la libertad o los bienes de los testigos o de las víctimas, circunstancias que llevan a los mismos a no deponer ante el Tribunal, a retractarse, a brindar una información falsa o incompleta e incluso a persistir en la negativa a entrevistarse con el agente fiscal o con técnicos especialistas en su caso y, en general, a no colaborar con la Justicia.

Esta situación es conocida en doctrina como "doble victimización" en caso de tratarse de víctimas que se encuentren en riesgo o peligro motivado por su participación en un proceso penal, o de convertir en potenciales víctimas a los testigos "victimización", lo que constituye un obstáculo a la investigación en la tarea de esclarecer el hecho punible enmarcados en la "búsqueda de la verdad", deber del Tribunal y del Ministerio Público**, por lo que sin la ayuda de los ciudadanos, es difícil llegar a la justicia***.

En determinados hechos punibles, la intervención y colaboración eficaz constituyen las vías para el esclarecimiento de ciertas circunstancias relevantes para la investigación penal tal como lo prevé la Ley 1340/88, modificada por

*- Código Procesal Penal, Art. 389: "Seguidamente, el presidente llamará a los testigos, comenzando por los que haya ofrecido el Ministerio Público continuando por los propuestos por el querellante y concluyendo con los del imputado (…)"

**- Código Procesal Penal, Art. 172: "El juez, el tribunal y el Ministerio Público buscarán la verdad, con estricta observancia de las disposiciones establecidas en este código".

***- Así se tiene la protección a: Cristóbal Olazar, testigo del caso de la víctima Cecilia Cubas, caratulado: "Anastasio Mieres y otros s/ homicidio doloso, secuestro y otros".

Ley nº 1881/02: arts. 43, 95, 96 y 97 y, Ley 4788/12 "Integral contra la Trata de personas": arts. 27 "Agentes encubiertos", 28 "Informantes" y 29 "Arrepentidos", que conjuntamente con la presencia del riesgo o peligro de bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la libertad o los bienes, deben ser considerados al momento de solicitar una medida de protección.

De lo manifestado, el Poder Legislativo entendió que para estar en sintonía con la comunidad internacional debía incorporar esta herramienta en la lucha contra el crimen organizado, tal como lo expresa la exposición de motivos del Proyecto de Ley de creación del Programa de Protección:

> (…) La necesidad de adoptar un programa para la protección a testigos y víctimas en causas penales tiene su justificación normativa en los valores y principios de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos incorporados a ella con igual jerarquía (…).

El único punto de discusión que motivó la objeción parcial a la ley sancionada fue el Decreto 5117/10 "Por el cual se objeta parcialmente el Proyecto de Ley n° 4083/10 "Que crea el Programa de Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas en procesos penales", fue la autoridad de aplicación del citado Programa, que al entender del Poder Ejecutivo correspondía a la Policía Nacional en cumplimiento a su rol constitucional de ente encargado de la seguridad interna, por lo que consideró debía tener a su cargo un programa de esta naturaleza . Finalmente el Congreso Nacional aprueba la ley, entendiendo que el Programa deberá estar a cargo del Ministerio Público.

Así, el 20 de mayo de 2011, entra en vigencia la Ley n.º 4083/11 "Que

crea el Programa de Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas en Procesos Penales", que en su Artículo 1º establece su objeto y finalidad al enunciar que se implementarán medidas de acompañamiento, asistencia y seguridad, como medidas de protección, cuando exista un riesgo o peligro como consecuencia de la participación del testigo, víctima, intervinientes o colaboradores dentro de un proceso penal, limitando el ámbito de protección especial –excepcional– por parte del Estado.

Este deber legal recae en el Ministerio Público e impone el cumplimiento irrestricto del Principio de Objetividad* en la investigación penal, guiado por los principios y valores éticos, de manera a no confundir la medida de protección como un favor que debe ser retribuido por el testigo, la víctima, interviniente o colaborador, por lo que, siguiendo las directrices de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y las "Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos"**, se crea una estructura independiente jerárquicamente al agente fiscal actuante.

El programa está a cargo de una Dirección, dependiente de la Fiscalía General del Estado, creado por Ley n.º 4083/11 e incorporado al organigrama

*- Código Procesal Penal, Art. 54: "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", cuya interpretación está dada por las Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos, ítem 1, Capítulo I, explica que el Ministerio Público: "…aborda su relación con las víctimas bajo un principio de discriminación positiva, fundada en el grado de vulnerabilidad; esa vulnerabilidad viene esencialmente determinada por el tipo de delito, la relación de la víctima con el agresor, la disponibilidad para acceder a medios de ayuda y asistencia y el perfil psicológico, anímico, económico y social de la víctima. Con esos parámetros, el Ministerio Público adecuará la forma e intensidad de su intervención".

**- Conforme a las Guías de Santiago, la Ley n.º 4083/11 establece que la Dirección del Programa no mantenga relación de jerarquía o dependencia respecto al agente fiscal actuante en el proceso penal, con un presupuesto independiente de acuerdo a su necesidad operativa.

institucional del Ministerio Público por Resolución F.G.E. n.º 2869/12, para su inclusión en Presupuesto General de Gastos de la Nación, ejercicio fiscal 2013, correspondiente al Ministerio Público, de acuerdo a la política del señor fiscal general del Estado Mg. Francisco Javier Díaz Verón, plasmado en el Plan Estratégico Institucional, para el quinquenio 2011 – 2016, que en el eje 1 el "Acceso a la Justicia" pretende establecer lazos de acercamiento con la ciudadanía, de manera sensible, activa y consciente de sus requerimientos, generando respuestas inmediatas a sus necesidades y demandas, mediante la implementación de herramientas efectivas que permitan a todos los ciudadanos el pleno ejercicio de sus derechos, asegurando la atención y protección de las víctimas y testigos que recurren al Ministerio Público, aprobado por Resolución F.G.E. n.º 5112/11.

La estructura fue modificada por Resolución F.G.E. n.º 2445/14, estableciéndose la política de protección a testigos mediante el Instructivo F.G.E. n.º 7/14 "Medidas de protección a testigos, víctimas, intervinientes y colaboradores de justicia en procesos penales"*

En este proceso, desde la Dirección se ha visualizado la necesidad de plasmar en un Plan de Implementación, las etapas y lineamientos básicos para el funcionamiento eficiente, eficaz y transparente del Programa de Protección a Testigos, aprobado por Resolución F.G.E. n.º 3756/15, priorizando los casos decrimen organizado** y de violencia contra la mujer así como los casos de derechos humanos, con tres pilares fundamentales: talento humano, soporte jurídico

*- Informe del Ministerio Público al Comité de Expertos en la visita in situ realizada en el mes de octubre de 2015, por el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

**- La ley n.º 4788/2012 "Integral contra la trata de personas" en el Artículo 38 hace una discriminación positiva en relación a la incorporación de las víctimas de trata como destinatarios de todo programa de protección.

y presupuesto".

De igual manera se ha impulsado ante el Ministerio del Interior y por su intermedio a la Comandancia de la Policía Nacional, la creación de la Unidad Especial de Protección que tendrá a su cargo la ejecución material de las medidas de seguridad, que por imperio legal corresponde a la Policía Nacional, aprobado por Resolución n.º 626/2014.

La promulgación de la Ley n.º 4083/2011, "Que crea el Programa de Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas en procesos penales" constituye un legado histórico y un gran avance de la voluntad del Estado para utilizar todas las herramientas en la lucha contra el crimen organizado a la par de reconocer los derechos de los testigos y las víctimas dentro del Sistema de Justicia.

La aplicación efectiva de la norma está impedida por las propias debilidades operativas de la ley, que desde el principio la Dirección del Programa de Protección a Testigos, ha analizado y trabajado conjuntamente con miembros del Congreso Nacional, lográndose el apoyo de la Comisión de Lucha contra el crimen organizado y delitos conexos de la Honorable Cámara de Senadores, que presento el proyecto de ley el 17 de octubre de 2013, pendiente de tratamiento.

Las novedades del proyecto de ley permitirá un Programa de Protección más dinámico, menos burocrático, más autonomía operativa, con medidas de protección cuya efectividad en campo fue comprobada en países de la región como ser: la reserva de identidad en la etapa de investigación, el cambio de identidad, el Grupo Especial de Protección (GEP) con reglas legales y responsabilidades expresamente establecidas, así como la tipificación de un tipo penal específico para los casos de violación al Principio de Confidencialidad.

En esta entendimiento, desde la propia Fiscalía General del Estado, como política en vista a la implementación del Programa, se ha incorporado expresamente al anteproyecto de modificación a la Ley n.º 4083/2011 que los destinatarios prioritarios del Programa serán las víctimas, testigos, intervinientes (agentes fiscales, peritos, funcionarios) y colaboradores de justicia -llamados en doctrina arrepentidos- relacionados al crimen organizado, abuso de poder y derechos humanos como se puede hacer referencia a la Nota F.G.E. n.º 473 /2015 en respuesta a la solicitud de la postura institucional respecto al proyecto de ley "Que establece el Programa de Protección a Testigos", el cual constituye una abrogación de la Ley n.º 4083/11.

**Principios cardinales del Programa de Protección a Testigos**

Principio de Confidencialidad: Dentro del cúmulo de informaciones establecidas por las normas: el Código Procesal Penal Art. 322, la Ley n.º 1682/01, "Que reglamenta la información de carácter privado y su ley modificatoria 1969/02" y la Ley n,º 5282/14, "de libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental" existen aquellas consideradas "clasificadas", por tratarse de información sensible cuya divulgación o conocimiento por terceros trae como consecuencia un riesgo a la vida, la libertad y la seguridad de un ser humano o de la propia existencia del Estado. A este tipo de información se denomina comúnmente secreto, cuyo conocimiento genera una responsabilidad del destinatario de la información. Es importante resaltar los "valores" del Código de Ética del Ministerio Público en el que se prevé el manejo de la confidencialidad en la investigación.

Los datos personales de los beneficiarios del Programa de Protección y los esquemas establecidos para la ejecución de las medidas de protección, son in-

formaciones altamente sensibles y cuya cadena de confidencialidad asegura el éxito de los procedimientos de traslado, extracción de la zona de riesgo, reubicación, así como la realización de diligencias como declaraciones y reconocimientos.

La protección de la información es el principal elemento dentro de todo Programa de Protección, pues el agente generador del riesgo –quien tiene interés en amenazar, intimidar o atentar contra la víctima o el testigo– precisa localizar al objetivo de su venganza o a su núcleo familiar para demostrar a su grupo criminal que quien traiciona lo paga. La información así es vital, una cuestión de vida o muerte.

Por las razones esbozadas, es impostergable tipificar la conducta de "Revelación de información confidencial" relacionada al ámbito de aplicación operativa del Programa de Protección a Testigos. De igual manera, impulsar una cultura de confidencialidad entre aquellos que intervienen en el análisis de las solicitudes y la ejecución de las medidas.

Principio de Consentimiento expreso: exteriorización de la voluntad, con discernimiento intención y libertad al que hace alusión el art. 277 del Código Civil paraguayo,  quién en pleno conocimiento de los derechos y obligaciones del testigo, quien consciente asume las restricciones a parte de sus derechos fundamentales "libertad de tránsito, de comunicación, de elegir un domicilio" en pro de conservar otros de mayor jerarquía "vida". Si bien se reconoce que estos derechos son inalienables, el testigo se somete al Programa de Protección a Testigos primero para salvar su vida y la de su núcleo familiar, a la par de colaborar con el Sistema de Justicia.

Principio de Proporcionalidad y necesidad: A cada acción corresponde una reacción, reza la tercera ley de Newton, la cual se aplica al momento de

decidir los niveles de asistencia y seguridad a ser aplicados a partir del análisis de los factores de riesgo plasmados en un escenario, se dividen de acuerdo a su nivel, estando las medidas de protección a ser aplicadas directamente proporcional al nivel de riesgo, las que resultan eficaces para controlar el riesgo. Las medidas de protección no pueden separarse de la existencia del riesgo, existe en cuanto éste exista y desaparece apenas ella se extingue.

Principio de Celeridad: Llegar al Programa de Protección un caso merece toda la atención del equipo interdisciplinario para abocarse al estudio de la pertinencia o no de la solicitud, sin perder tiempo en cuestiones accesorias, barreras burocráticas o procesos complejos. El trámite debe ser sencillo y facilitar el procesamiento de la misma. El escollo más difícil de superar y que constituye un reto es la parte administrativa – financiera, cuyos procedimientos rígidos impiden la pronta ejecución de medidas de protección, verbigracia: locación de sedes de paso y casas de seguridad.

## Conclusión

A la luz de los compromisos internacionales asumidos por el Estado paraguayo, y, a fin de armonizar los términos de la vigente Ley n.º 4083/2011 con el plexo normativo nacional, es necesario aprobar el proyecto de ley actualmente en trámite en la Honorable Cámara de Senadores, siendo urgente para la correcta aplicación de las medidas de protección, además de la incorporación de nuevas figuras jurídicas en nuestro sistema penal, que ya son admitidas en el sistema procesal continental para la protección a víctimas y testigos.

La creación del primer Programa de Protección de esta naturaleza en la historia del derecho paraguayo es un legado invaluable, es una de las piezas que

faltaba dentro del Sistema de Justicia Penal, en especial para el órgano encargado de la promoción y ejecución de la acción penal pública, a fin de fomentar y obtener una plena colaboración de la sociedad con la Justicia; es por ello que las modificaciones y ampliaciones sugeridas obedecen al perentorio fortalecimiento del Programa de Protección creado por la Ley n.º 4083/11.

Se sostiene que las garantías arbitradas a favor de los protegidos, no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del debido proceso penal. De ahí que el norte debe ser el equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías para el imputado y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos, víctimas e inclusive a su núcleo familiar.

Como bien se expresa, todo el sistema penal durante años se ha abocado de los derechos del imputado que frente al Estado debía contar con un régimen de garantías muy estricto para sopesar el ejercicio del ius puniendi, siendo considerada la víctima como objeto de prueba con limitados derechos. Con el Programa de Protección a Testigos esta situación se equilibra al reconocer a la víctima y al testigo como sujetos de derechos exigibles ante el Estado cuando los mismos estén en riesgo por su participación en un proceso penal.

Si bien es incipiente el Programa de Protección a Testigos en Paraguay, no puede desconocerse los primeros avances en cuanto a los primeros casos exitosos, que aún con la experiencia primaria, se realizan en base a los modelos desarrollados por países como Estados Unidos y Colombia, cuyas buenas prácticas se han adoptado e instrumentado: estructura orgánica, manual de funciones, plan de implementación e instructivo.

Preservar la prueba testimonial para llegar a la verdad es el mayor deber del Ministerio Público, por ello, la estrategia más eficaz ante el riesgo o peligro de que la misma desaparezca se altere o distorsione constituye la ejecución de esquemas especiales de seguridad destinados a víctimas y testigos cuyo aporte en el dato o información sea relevante para demostrar la existencia del hecho, la participación del procesado o la obtención de otros elementos de prueba.

Por la propia naturaleza del Programa de Protección a Testigos, el mismo está limitado desde su origen a los casos del crimen organizado y por política institucional se extiende a los casos de violencia contra la mujer y derechos humanos, por la mirada trasversal a la realidad del país y a los mandatos de organismos internacionales en relación a los compromisos asumidos.

Estructurar un Programa de Protección lleva su tiempo, por la complejidad de las áreas de trabajo que la integran, pues un error dentro del mismo significa la muerte de una víctima o testigo, que genera una responsabilidad del Estado. Con valentía y rigor científico desde la Fiscalía General del Estado se ha tomado el desafío de iniciar este recorrido, el camino es largo, pero no por ello se debe aminorar los pasos, pues los resultados podrán observarse en una Justicia Penal fuerte, apoyada en ciudadanos aguerridos y protegidos por el Estado.

Sin Justicia no hay desarrollo, sin colaboración ciudadana en la investigación de determinados hechos punibles se hace difícil llegar a la verdad y por ende, a la sanción de los autores, cómplices o instigadores, finalmente, sin sanción penal, se elevan los indicadores de impunidad.

## Referencias

Constitución de la República del Paraguay de 1992.

Ley n.º 1183/85. Código Civil paraguayo.

Ley n.º 1160/97.Código Penal paraguayo.

Ley nº 1286/98. Código Procesal Penal paraguayo.

Ley n.º 1562/00. Orgánica del Ministerio Público

Código de Ética del Ministerio Público.

Resolución de la Fiscalía General del Estado n.º 5630/14, que aprueba la implementación de las Quías de Santiago.

Resolución de la Fiscalía General del Estado n.º 134/12, por la que se ratifica las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad,

Instructivo de la Fiscalía General del Estado n.º 7/14, Medidas de Protección a Víctimas, Testigos, Colaboradores de Justicia y otros sujetos intervinientes en procesos penales.

Ley n.º 1340/88, "Que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peli grosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de farmacodependientes", modificada por Ley n.º 1881/02.

Ley n.º 222/93. Orgánica de la Policía Nacional.

Ley n.º 1682/01 "Que reglamenta la información de carácter privado y su ley modificatoria 1969/02".

Ley n.° 4083/11 "Que crea el Programa de Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas en procesos penales".

Ley n.º 4788/12 "Integral contra la Trata de personas".

Ley n.º 5282/14 "De libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental".

Decreto n.º 5117/10 "Por el cual se objeta parcialmente el Proyecto de Ley n.° 4083/10 "Que crea el Programa de Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas en procesos penales".

Manual de Buenas Prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada; publicado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Nueva York, Año 2008.

Derechos de las Víctimas y Testigos. Elaborado por la Dirección de Derechos Humanos de la Fiscalía General del Estado, bajo la dirección de la Dra. Clara Rolón de Beraud. Año 2013.

Bartolomé, Mariano César; (2002), "La Triple Frontera: principal foco de inseguridad en el Cono Sur Americano"; Recuperado de wikileaks.org/gifiles/attach/.../176949_ bartolome_triple%20frontera.pdf.

Petri, Luis; (2000); "Creando el Programa de Protección a Testigos"; Recuperado de: http://www.luispetri.com.ar/proyectos/creando-el-programa-de-proteccion-de-testigos-y-arrepentidos.

Santos Alonso, Jesús; Rodríguez de Prada, Mercedes; (2012) "Los colaboradores de la justicia en Italia"; Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo; Recuperado de: http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Santos-Alonso-y-De-Prada-Rodriguez-Los-colaboradores-de-la-justicia-en-Italia.pdf.

Linares, Albinson; (2012); ¿Cómo funciona el Programa de Protección de Testigos en USA?;

Recuperado de: http://prodavinci.com/2012/04/20/actualidad/%C2%BF-como-funciona-el-programa-de-proteccion-de-testigos-en-usa-por-albinson-linares/.

El origen (1953- 1964); (2012); "La historia de las FARC"; Recuperado de: http://www.verdadabierta.com/victimarios/243-la-historia/farc/4295-el-origen-1953-1964-

"Pablo Escobar: los papeles secretos del FBI (I parte)". (2012); Recuperado de: http://www.verdadabierta.com/jefes-de-la-auc/4094-el-expediente-secreto-que-le-tuvo-el-fbi-a-escobar.

Paraguay, entre los más corruptos. Diario ABC color. Recuperado de: http://www.abc.com.py/nacionales/paraguay-entre-los-corruptos-1401963.html. Fecha de publicación: 27/08/15. Fecha de revisión: 12/10/15.

Arrecia el terrorismos en Paraguay. Recuperado de: http://www.paraguay.com/nacionales/arrecia-el-terrorismo-en-paraguay-119331. Fecha de publicación: 18/11/14. Fecha de revisión: 10/09/15.

Manual de Buenas Prácticas para La Protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada. Oficina de la Naciones Unidad contra la Droga y el Delito. Nueva York. 2008. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/V0852046%20WP%20Good%20 Practices%20(S).pdf. Vol. 2Fecha de revisión: 02/08/15.

# Legitimidad de la intervención del Ministerio Público en los hechos punibles de "invasión de inmueble ajeno"

# The Public Prosecutor Office's legitimacy in legal procedures against invasion of private property.

*Juan Pablo Rolón Ruiz Díaz*[*]

**Resumen**

El derecho de propiedad sobre inmuebles en el Paraguay representa en la actualidad un fenómeno social que enfrenta a varios sectores del ámbito: privado, público e institucional. En un contexto social bajo presión por el constante crecimiento de la masa poblacional, los hechos de incursiones ilícitas en extensiones de tierras, demanda una intervención especial de los órganos de investigación y judicial. Los hechos punibles de invasión de inmuebles enfrentan a intereses sensibles que exigen una persecución penal minuciosa contra los responsables y, que eventualmente pudiera pone en duda la legitimidad de la actuación del Ministerio Público como órgano representativo de las víctimas ante tales eventos. Este supuesto inspira el desarrollo del presente trabajo. Para ello se realiza un análisis legal minucioso que determine una figura legal en el que los agentes fiscales pueden amparar jurídicamente sus actuaciones ante las posibles coyunturas generadas por las investigaciones penales de este tipo de delitos de acción pública, que en los últimos años se registra como un hecho controvertido y sensible.

*- Abogado. Egresado de la UNA – 2006. Asistente Fiscal en el Ministerio Público (2009 hasta la fecha). Egresado de la Escuela Judicial (2011). Especialización en Didáctica Universitaria (2013). Diplomado en Reforma Constitucional de la Escuela Judicial (2014). Docente en Universidad del Norte, Facultad de Periodismo (2014 a la fecha). Alumno del 3er. Semestre de la carrera de Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Asunción; autor de varios artículos para la revista jurídica del Ministerio Público (2011, 2012, 2013, 2014, 2015)

**Abstract**

The property right in Paraguay represents a social phenomenon that confronts different sectors: private, public and institutional. In context of social pressure due to the constant growth of population, the cases of illegal squatting on land, demands a special intervention of judicial and investigation organs. The offense of invasion of private property confronts sensitive interests that demand a meticulous penal prosecution against the offenders, as legitimacy of the Public Prosecutor's Office as an entity that represents the victims toward such felony offenses, might be called into question. This allegation inspires the development of the present paper. This investigations includes a profound legal analysis that determines a legal figure under which prosecutors can shelter their actions towards posible situations that might come up during the process of penal investigation of the refered offense, which has become very controversial and sensitive in the last years.

***Palabras Claves:*** Invasión, inmueble, propiedad, garantía judicial, social.

***Keywords:*** invasion, property, garatee, judicial

**Consideraciones generales**

El Paraguay como país independiente, es partícipe del concierto de naciones modernas sostenidas sobre la base de un modelo de Estado republicano y democrático.

En ese contexto se enmarca básicamente desde la promulgación de la nueva Constitución en el año 1992. De aquella premisa es necesario hallar la envergadura de las nociones elementales de República y Democracia, como los ingredientes genéticos por excelencia de todo Estado de Derecho.

Antes de iniciar con este propósito, conviene destacar que ambas

figuras representan a los extremos de un esquema de orden y bienestar dentro de la sociedad o comunidad, sobre la base de principios y reglas legales. En ese sentido, el material que sostiene la cohesión de cada pieza de la estructura es la soberanía. Ésta representa a esa energía fundamental que, al emanar del pueblo, es depositada en el gobierno para el desempeño de funciones públicas dirigidas a proveer y prever las políticas adecuadas en beneficio de aquél. De esta manera se configura un circuito cerrado donde la soberanía y el poder público están en permanente contacto.

La sociedad se halla compuesta por sujetos en constante relacionamiento, que consienten armonizar su convivencia bajo el imperio de la ley y la dirección de autoridades. Es de esta manera como emerge la figura de la República como la estructura equilibrada que tiene a su cargo el ejercicio de la soberanía popular mediante la sanción de leyes, la administración de la cosa pública y la aplicación jurídica de las normas. (Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial, respectivamente). La población legitima a esas autoridades regularmente por medio de su principal intervención en la conducción de su propio destino: el sufragio; mecanismo por el cual exterioriza su voluntad soberana y democrática.

Dentro de este esquema sencillo, pero complejo a la vez, se deben diseñar canales de conexión entre gobernantes y gobernados con el propósito de satisfacer necesidades de diversa índole que surgen en los segundos, como ser: salud, educación, trabajo y justicia. Cada una cuenta con sus características propias que ameritan actuaciones especializadas, según la naturaleza de los eventos que acontezcan en la vida real; pero entre todas ellas la atención más sensible y controvertida es la que se presenta en el ámbito judicial.

Administrar controversias particulares de los ciudadanos entre sí o

de éstos con el Estado no se limita a meras gestiones procesales, en los que se debaten pretensiones enfrentadas con intereses opuestos. El Derecho Positivo constituye la herramienta esencial que establece las pautas que guiarán el proceder de cada sujeto procesal: partes y magistrados; competencias y plazos; actuaciones procesales y resoluciones judiciales; recursos e instancias judiciales, representan los apartados que marcan la dirección de todo juicio.

Según la naturaleza de la causa que motiva la acción procesal, se puede clasificar en fueros los diferentes procedimientos en el sistema judicial, ellas son: civil, laboral, penal, contencioso administrativo, de quiebras, etc. Cada una de ellas cuenta con sus autoridades específicas, con el objeto de garantizar el debido proceso y la aplicación objetiva de la justicia.

En este artículo jurídico se apuntará el foco de la lupa en una situación particular que acontece en el ámbito del proceso penal: La actuación del Agente Fiscal en los supuestos de invasión de inmuebles. Desde una visión objetiva, se pretende hallar respuestas fundadas a las siguientes interrogantes: ¿Se encuentra el Ministerio Público, legitimado para intervenir a través de órdenes judiciales en los casos de invasión de inmuebles?, ¿Es posible configurar un fundamento jurídico en nuestro derecho positivo vigente?, de ser posible, ¿cómo y de qué manera debe actuar el funcionario fiscal en cada causa?.

Como se aprecia, el objeto de análisis resulta tan específico y abstracto a la vez, por lo que amerita un análisis jurídico en cadena, a partir de la Constitución hasta llegar a la regla particular de actuación, en busca de individualizar

**Derecho positivo paraguayo**

Como se anticipara, la República del Paraguay se sostiene sobre la base de una jerarquía de leyes válidas y vigentes que sirve de esquema jurídico para

objetivar los derechos y obligaciones, tanto de sus habitantes como del propio Estado. Como base de tal jerarquía se encuentra la Constitución, que establece las disposiciones básicas en dos órdenes: dogmático y orgánico; y partir de ella se desprenden las demás normas legales según su materia y fin. Por último, cabe destacar que la expresión más reducida de la regla constitucional está depositada en una sentencia judicial o administrativa, fundada indefectiblemente en la Carta Magna.

Toda hermenéutica jurídica requiere pues, de un minucioso recorrido por el derecho positivo, si no se quiere cometer el error de justificar una decisión sin el contenido legal necesario que respalde los hechos en el derecho. Del mismo modo, por el mismo método se puede descifrar la legitimidad del proceder de una persona, de la autoridad y sus coadyuvantes

El mapa del recorrido nos aporta la primera parte del artículo 137 de la Constitución, que dice:

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

Al conocer el punto inicial de todo análisis jurídico y legal, es prudente situarnos en el sitio y dar los primeros pasos que conduzcan a la meta.

**Constitución Nacional**

El análisis constitucional debe iniciar en su Preámbulo. En él se consagran brevemente los valores inspiradores de sus normas y los principios políti-

cos que lo garantizan. En ese sentido establece:

> El pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, invocando a Dios, reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional, Sanciona y promiulga esta Constitución.

De este breve texto introductorio se extraen las expresiones justicia (como valor) y democracia republicana y representativa (como principio). Son estos los términos a partir de los cuales se comenzará a construir la fundamentación jurídica que se pretende.

a) La **Justicia** es entendida en este contexto en su doble significado: 1) que impere en la conducta de los ciudadanos el supremo impulso de obrar de manera tal que en sus diferentes contactos entre, sí reine la regla de dar a cada uno lo suyo; 2) En los casos de comportamientos contrarios a dicha regla, las autoridades competentes intervendrán válidamente en procura de restablecer el valor del bien jurídico vulnerado.

b) En el caso del principio **"democracia republicana y representativa",** sirve como respaldo institucional base, con el objeto de configurar las diferentes obligaciones del Estado, entre ellos el de impartir justicia.

> En concordancia con lo manifestado en el Preámbulo, el artículo 1º reza:
>
> "La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible y descen-

tralizado en la forma que establecen esta Constitución y las leyes.

La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana."

En la primera parte de la presente norma se debe hacer énfasis en el concepto de Estado social, de derecho unitario, indivisible y descentralizado en la forma que establecen esta Constitución y las leyes. Con una breve compresión del conjunto de elementos que lo conforman, se concluye que establecen el plano funcional del Estado, como ente supremo, con sus características y particiones elementales.

En su segunda parte hace mención a la faceta funcional sobre: quiénes participan y de qué modo en la conducción de ese Estado, También expresa que en la República se practica un gobierno democrático, representativo, participativo y pluralista (idénticas a las palabras empleadas en el Preámbulo); a lo que añade finalmente la razón de ser de tal esquema: es la dignidad humana.

Al combinar ambas partes del artículo 1º surgen las siguientes deducciones:

**El Paraguay posee un Estado:**

a. Social: Por cuanto se reconoce a sí mismo como de naturaleza colectiva en las diferentes facetas del quehacer público. De hecho en el art. 128 –de los deberes– se consigna: "En ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general". Con este articulado transcripto, no solo se confirma su naturaleza en este sentido, sino que lo extiende como carga a toda la población que participa obligatoriamente de ella.

b. De derecho: El principal servicio público que presta a los habitantes de su territorio consiste en impulsar, estudiar y promulgar leyes, con vigencia y alcance suficientes tanto para las personas como para los él mismo.

c. Unitario: A diferencia del sistema Federativo, concentra el gobierno en tres Poderes republicanos con autoridad única y absoluta sobre toda la extensión, dentro de sus fronteras.

d. Indivisible: En esta característica se hace referencia a la estructura integral de cada sector del cual está compuesto, que no puede ser desarticulado. De este modo, El Congreso compuesto por dos cámaras, no puede reducirse a una o, a la inversa, ampliarse o disolverse; el Ejecutivo, integrado por un presidente, un vicepresidente y los ministerios, en ningún caso podrá concentrar en una sola figura tales funciones; por último, el Poder Judicial es desempeñado naturalmente por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados. Esta institución tampoco puede modificar su configuración constitucional de ningún modo posible. La indivisibilidad está reforzada en el art. 3º CN, última parte de la siguiente manera: "Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público".

e. Descentralizado: Existen servicios que están dirigidos a satisfacer necesidades específicas o locales de la ciudadanía y para tal efecto del gobierno central se desprenden oficinas que atienden tales menesteres, como por ejemplo: La Universidad Nacional de Asunción, las Secretarías ejecutivas del Estado, los municipios, la gobernaciones, el Banco Central del Paraguay, el Consejo de la Magistratura, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, entre otros. Si bien estas instituciones gozan de una autonomía y autarquía propias,

dependen presupuestariamente del Estado.

**Y, para efecto diseña la siguiente forma de gobierno:**

a) Democrático: el artículo 2º de la Constitución decreta categóricamente que la soberanía reside en el pueblo; en concordancia con el mismo, la siguiente norma establece cómo la ejerce, al decir: El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. En conclusión, democracia es el gobierno del pueblo por el pueblo.

b) Representativo: Es la consecuencia del gobierno democrático, pues las autoridades son electas por el pueblo y de su propio seno, con el fin de desempeñar en su nombre las altas funciones del Estado. Esta representación puede surgir de forma directa o indirecta.

c) Participativo: Consiste en la forma de gobierno basada en la apertura irrestricta a todos los ciudadanos, sea individual o colectivamente para acceder y controlar a la gestión pública. El ejemplo por excelencia es el sufragio (arts. 2º, 3º y 118, todos de la Constitución), a partir de allí en la Ley fundamental se estipulan otros métodos de participación entre los que se citan: la defensa en juicio (art. 16); la fuentes públicas de información (art. 28); del derecho a la defensa de los intereses difusos (art. 38); del derecho a peticionar a las autoridades (art. 40), entre otros. En el ámbito estrictamente político se cuenta con dos figuras que reúnen la característica de propiciar la convocatoria e impulso de la población para asuntos propios del gobierno, tales son los casos de: el referéndum (art. 121) y la iniciativa popular (art. 123).

d) Pluralista: Este concepto da a entender que la democracia es objetiva y abierta. El acceso al poder es libre, sea para ejercer cargos o para designar autori-

dades, en tal sentido no está permitido su bloqueo por ningún tipo de causa –sea de origen ideológico, partidario, género, origen étnico, clase social, etc. –. La discriminación está fuera de consideración en estos asuntos.

Al detallar brevemente la extensión de la naturaleza del Estado y el gobierno en la República del Paraguay, es oportuno en este momento encuadrar el objeto del presente dictamen en dicha esencia. Para el efecto se debe empezar por ubicar al Ministerio Público en la estructura estatal vigente.

Se dejó sentado que el Estado es descentralizado en función al carácter de la atención que se debe prestar a los habitantes en diferentes áreas. Las necesidades más sensibles y urgentes se plantean en el campo de conflicto de intereses entre particulares, quienes para encontrar una salida a los apremios jurídicos recurren a las autoridades competentes a fin de que concurran a su auxilio.

El Poder Judicial ofrece el escenario idóneo para que los ciudadanos acudan al Estado para la solución de sus conflictos; a través de, los magistrados y los auxiliares judiciales responden directamente a los reclamos y la gestión judicial. Esta es la manera civilizada en que los particulares deben enfrentar a los oponentes circunstanciales, sometiéndose a la competencia y jurisdicción de las autoridades judiciales

El artículo 15º de la Constitución expresa al respecto: "Nadie podrá hacer justicia por sí mismo ni reclamar sus derechos con violencia…"; para, a continuación, apoyar esta premisa en los términos y forma del art. 16o de la Constitución artículo que establece: "La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales". Igualmente, se

repasó que la naturaleza de las pretensiones clasifica y determina la competencia de la magistratura que debe intervenir, de tal manera que existan causas judiciales: civiles, laborales, penales y administrativas.

En el caso que se analiza se encuentran elementos propios del área penal, por lo que en adelante el dictamen se enfocará hacia esa perspectiva. Con el propósito de lograr una conclusión objetiva es útil estudiar las dos materias principales que hacen al objeto de la presente investigación, y que son: el derecho de propiedad y la legitimidad de la intervención del Ministerio Público en la defensa de dicha propiedad. En adelante, se observará cada uno de ellos en forma aislada a modo de comprender su envergadura, para luego vincularlos e identificar si se produce una compatibilidad o no.

**Derecho de propiedad**

Esta figura forma parte de la categoría de los derechos reales y esta presencia no es catalogada en un mismo nivel junto con los demás conceptos que integran el conjunto, al contrario se la conoce como el poder por excelencia que otorga a su titular el máximo de los beneficios reconocidos en la ley entre los que se citan: la disposición, posesión, uso, usufructo y mejoras de su extensión; lo que arroja la idea de que se trata de un objeto que ofrece una utilidad apreciable y valorable para el dueño.

De acuerdo con esta introducción conceptual, surgen las siguientes interrogantes: ¿cuál es el destaque y protección que encuentra en la Constitución y en la ley?, ¿cuáles son los hechos que pueden afectar su ejercicio?, ¿cuáles son los remedios legales y jurídicos para alcanzar su reivindicación?

El artículo 109 de la Carta Magna se ocupa de este derecho en los siguientes términos:

Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y alcance serán establecidos por la ley, atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerla accesible para todos.

**La propiedad privada es inviolable.**

> Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial, pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, que será determinada en cada caso por ley. Esta garantizará el previo pago de una justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial, salvo los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria, conforme con el procedimiento para las expropiaciones a establecerse por ley.

De esta norma constitucional se extrae primeramente que el contenido y alcance de la propiedad privada serán establecidos por ley.

La legislación que amplía y desarrolla esta norma fundamental compete, en primer término, al Código Civil, la ley nº 1183/85- Código Civil, en su artículo 1954 complementa la disposición constitucional así:

> La ley garantiza al propietario el derecho pleno y exclusivo de usar, gozar, y disponer de sus bienes, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas en este Código, conforme con la función social y económica atribuida por la Constitución Nacional al derecho de propiedad. También tiene facultad legítima para repeler la usurpación de los mismos y recuperarlos del poder de quien lo posea injustamente.
>
> El propietario tiene facultad de ejecutar respecto de la cosa todos los actos jurídicos de que ella es legalmente susceptible; arrendarla y ena-

> jenarla a título oneroso o gratuito, y si es inmueble, gravarla con servidumbres o hipotecas.
>
> Puede abdicar su propiedad y abandonar la cosa simplemente, sin transmitirla a otra persona.

Con esta regla civil se identifica el contenido de la propiedad en el artículo 1956 del C.C., que determina su alcance:

> Con las limitaciones contenidas en la ley, la propiedad de un inmueble, además de comprender la superficie del terreno, se extiende a todo el espacio aéreo y al subsuelo que dentro de los límites fueren útiles al ejercicio de este derecho.
>
> No podrá el dueño impedir los actos que se realicen a tal altura, o a tal profundidad, cuando él no tenga interés en excluirlos.

De los términos de estas normas no es preciso ahondar con mayores explicaciones dada su claridad literal. Se debe pasar a comprender cuáles son las limitaciones a su goce, que básicamente las representan: la utilidad pública y el interés social. Éstas representan las únicas causales legítimas que habilitan su afectación bajo las condiciones constitucionales y legales de la sentencia judicial o la ley de expropiación (en este último caso de debe negociar con el propietario afectado una indemnización justa). Esta afirmación es sostenida en repetidas disposiciones siguientes del Código Civil y concordantes como los artículos 1957, 1964 y 1965.

El artículo 1967 C.C., integra el conjunto de normas que corresponde a la sección denominada “De la adquisición y pérdida de la propiedad privada sobre inmuebles”. En él se enumeran los medios por los cuales se pierde el domi-

nio de los inmuebles: a) por su enajenación; b) por su transmisión o declaración judicial; c) por ejecución de sentencia; d) por expropiación; y e) por su abandono declarado en escritura pública, debidamente inscripta en el Registro de Inmuebles, y en los demás casos previstos en la ley. En contrapartida se adquiere este derecho de las siguientes formas: a) contrato, b) accesión; c) usucapión; y d) sucesión hereditaria.

Sin entrar en detalles más profundos acerca de la propiedad del inmueble (por no venir al caso), se debe resaltar que todo acceso o pérdida de este dominio fuera de estos parámetros jurídicos adolece de vicios insanables que son objeto de acciones que puede ejercer su titular legítimo, tanto en el ámbito civil como penal. En el primer caso el Título X del Código Civil las desarrolla en tres capítulos sucesivos, entre los artículos 2407 al 2442, que refieren a las acciones reivindicatoria, confesoria y negatoria, cada una con sus particularidades según el hecho que vulnere el goce de la propiedad inmobiliaria.

En este punto es preciso centrar la investigación en el evento que pudiera atentar contra la propiedad de los inmuebles. Al respecto, extraemos una línea de la disposición prevista en el artículo 1954 del CC, que aporta una pista sobre ello al decir: "También tiene facultad legítima para repeler la usurpación de los mismos y recuperarlos del poder de quien los posea injustamente". ¿Cómo se debe entender la conducta destacada en este fragmento, es decir, la "usurpación"?. Para un mejor esclarecimiento es importante acudir a su definición por la Real Academia Española, que en su tercera acepción expresa: …3. "Delito que se comete apoderándose con violencia o intimidación de un inmueble o derecho real ajeno" (RAE, 2015).

Identificada su significación, se debe retomar la senda legal para determinar el empleo que en este contexto se hace de tal expresión. Se dejó sentado que la propiedad constituye el derecho máximo al que puede acceder toda persona y que comprende esencialmente el uso y goce del mismo, básicamente su posesión.

Esta última facultad también es reconocida en el Código Civil entre los artículos 1909 al 1952. En la primera norma mencionada define al poseedor en estos términos: "Poseedor es quien tiene sobre una cosa el poder físico inherente al propietario, o al titular de otro derecho real que lo confiera". Es decir, se presume ipso iure que el propietario es, a su vez, poseedor inmediato del bien bajo su dominio.

Más adelante en el artículo 1958 C.C., se determina cuándo el poseedor es considerado –de buena fe– : "…cuando el poder que ejerza, naciere de un título y por error de hecho o de derecho estuviere persuadido de su legitimidad". En su última parte, devela en qué caso se es, a contrario sensu, poseedor –de mala fe– en los siguientes términos: "… cuando conozca o deba conocer la ilegitimidad de su título".

De esta manera nos aproximamos a aquellos hechos que podrían configurar el supuesto de usurpación. En tal sentido, avanzamos hasta el Capítulo IV –de la Posesión– específicamente al artículo 1944, primera parte, que expresa: "Quien turbare la posesión de otro o lo privare de ella, comete un acto ilícito, a menos que hubiere procedido autorizado por ley". De este apartado se desprenden dos formas en que se podría llevar a cabo la usurpación (turbación y privación).

La primera de ellas –turbación– implica alterar el estado o situación del derecho, en tanto que la segunda –privación– va más allá al significar su anulación y desconocimiento por completo, por lo tanto antijurídico; el Código Civil da ejemplos de cómo se podría dar una hipótesis de turbación en el artículo 1946: "… consistiese en obra nueva, que se comenzare a hacer en inmuebles del poseedor, o en destrucción de las obras existentes". En estos casos se reconocen las acciones posesorias pertinentes.

Sin más que observar en el Código Civil, Penal para verificar si existen normas que definan conductas penalmente relevantes o conductas relacionadas a la usurpación, elevadas a categoría de norma penal.

El artículo 142 de la Ley nº 1.160/97 Código Penal, hace alusión al hecho punible de –Invasión de inmueble ajeno– en relación directa a lo desarrollado hasta aquí. Menciona lo siguiente:

> 1º .- El que individualmente o en concierto con otras personas, y sin consentimiento del titular, ingresara con violencia o clandestinidad a un inmueble ajeno, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.
>
> 2º .- Cuando la invasión en sentido del inciso anterior se realizara con el objeto de instalarse en él, la pena será privativa de libertad de hasta cinco años.

**Invasión de inmuebles:**

Se debe empezar por situar al delito en el Libro II –Parte Especial– específicamente en el Capítulo VII de "Hechos Punibles contra el ámbito de vida

y la intimidad de la persona"[*].

A continuación se deben individualizar y analizar los elementos que integran el tipo penal para comprender como se configura el ilícito penal en cuestión.

a. Tipicidad objetiva:

1. En cuanto a la tipicidad objetiva del hecho punible de Invasión de Inmueble ajeno, se tiene que el objeto material sobre el que recae la acción punible es un inmueble ajeno.

Inmuebles[**], según la Real Academia Española, son: "tierras, edificios, caminos, construcciones y minas, junto con los adornos o artefactos incorporados, así como los derechos a los cuales atribuye la ley esta consideración" (RAE, 2015).

Por su parte, el diccionario jurídico (Ossorio 2004, pág. 508), define bien inmueble como: "el que no puede ser trasladado de un lugar a otro". Sigue el concepto dado con que los inmuebles por naturaleza son aquellas cosas que

1- Ámbito e intimidad se conjugan perfectamente dentro de la propiedad privada de inmuebles. Son fundamentales para la existencia de las personas por cuanto representan, a la vez, al espacio y la privacidad. Todo espacio privado tras rejas o empaladas son el territorio más reducido en el que los individuos ejercen la soberanía de su fuero personal. En este sentido, ámbito es igual a inmueble; pero ¿a qué tipo de inmueble se refiere?. Al realizar un interpretación sistemática se deduce que hace referencia a las propiedades agropecuarias o ganaderas, y es así porque en el art. 141 se sanciona el delito de "Violación de domicilio", en referencia a ámbitos cerrados tras paredes que ofrecen menos ámbito, pero más privacidad; por lo tanto a mayor exposición menor intimidad. No obstante, la propiedad privada se mantiene en su inviolabilidad.

2- En este punto es oportuno delimitar los alcances del concepto jurídico de inmueble. Trátase de todo bien asentado de forma permanente dentro de un espacio físico natural o de una obra civil, de esta manera existen las fincas enmarcadas por linderos y por otro lado, las propiedades por pisos o departamentos apilados en edificios que pueden ser empleadas tanto para la vivienda como para oficinas. En estos últimos ejemplos es donde suele producirse comúnmente alojamientos ilegítimos por particulares y que ameritan el desalojo forzado por incumplimiento de contrato. (vencimiento de acuerdos y resistencia por parte del inquilino de abandonar el recinto).

se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todo lo que está incorporado a él de manera orgánica, como los edificios. Los de destino, son bienes muebles que, manteniendo su individualidad, se unen por el propietario a un inmueble por naturaleza.

Ahora bien, la norma determina que el bien inmueble debe ser ajeno y se entiendo por "Cosa ajena" es aquella que no es propia ni es susceptible de apropiación u ocupación. En otros términos, es la que pertenece a otro" (Ossorio, 2004).

2. El resultado, como otro de los elementos de la tipicidad objetiva, es el que se da cuando se comprueba la transformación en el mundo exterior.

En el caso de la Invasión de Inmueble Ajeno, el resultado es el ingreso a un inmueble ajeno, sin consentimiento del titular.

Manuel Ossorio define brevemente –invasión– en los siguientes términos: "En la esfera jurídica civil, intrusión u ocupación ilegal de un inmueble" (2004. pág. 508)

Es de destacar que el ingreso al inmueble debe ser sin el consentimiento del titular y debe darse mediante dos modalidades de conducta que pueden producirse indistinta o conjuntamente: violencia o clandestinidad.

En efecto, cuando se habla de sin el consentimiento del titular, significa que el ingreso a un inmueble debe producirse eludiendo la autorización del propietario. Este ingreso sin la autorización de quien tiene el derecho de admisión puede darse:

a. Clandestinamente: el ingreso al inmueble ajeno opera sin oposición física ni

verbal del titular, pero mediante acciones ocultas, imprevistas, en las que se aprovecha la ausencia del propietario o su encargado.

Según Ossorio, la clandestinidad se refiere: "a la manera encubierta, oculta o secreta con que se realiza un acto" y según la RAE, clandestino es: "lo secreto, oculto, y especialmente dicho o hecho secretamente por temor a la ley o para eludirla".

b. Violencia: Es la fuerza desmedida, arbitraria y desproporcional que procura obtener una ventaja indebida, con respecto a una oposición presente que le hace frente. Ella puede ser ejercida directamente por el agresor, físicamente o con el empleo de instrumentos, herramientas o directamente armas de todo tipo, potenciando aún más su ánimo de conquista irregular.

Para cometer el hecho de Invasión de Inmueble Ajeno, no se requieren de cualidades específicas en el autor, sino que puede serlo cualquier sujeto o persona que obre en solitario o acompañado por otro o más semejantes.

En el caso particular de la invasión de inmueble es muy poco probable que se dé la primera opción (invasión por una sola persona) ya que la ocupación ilegal de un terreno implica un despliegue de acciones sucesivas y encadenadas que demandan indefectiblemente el aporte de esfuerzos extras para lograr su finalidad. Por lo tanto, es propio de este ilícito penal que se efectúe de manera masiva por sujetos aliados en sus causas y metas, obrando en corporación.

Es de destacar que en la mayoría de los casos penales a nivel nacional es común que estas intromisiones se lleven a cabo en banda o grupos, a modo de enfrentar a la resistencia de los legítimos titulares o de sus custodios con la suficiente energía como para intimidarlos y desposeerlos arbitrariamente; luego,

tomado el bien, la instalación en el sitio se defiende enérgicamente, por lo general utilizando la extorsión y amenazas.

Si la conducta global de todos los participantes es uniforme y voluntaria, la autoría es compartida, en tanto que, si la turba invasora responde a uno o varios líderes, en éstos últimos reposa la autoría y los primeros actúan en calidad de cómplices.

Por último, puede darse el caso de que la invasión sea motivada e impulsada por sujetos que no intervienen directamente en el hecho, sino más bien se encargan de animar a sectores al que representan para ejecutar la conducta. Reconocidos por su capacidad de influencia sobre masas, son denominados "dirigentes"; en este caso, sus participaciones se configuran en calidad de instigadores.

3. Como parte de la tipicidad objetiva, debe darse el nexo causal, que no es otra cosa que la relación entre la persona sospechada y el resultado. No basta con constatar el resultado penalmente relevante, sino que es necesario ligar ese resultado con el sospechado.

A través de la teoría de la equivalencia de las condiciones o "condictio sine qua non" es posible establecer esa relación causal entre el autor y el resultado. La fórmula consiste en suprimir hipotéticamente la conducta del autor (causa) y verificar si aun así se produciría el resultado (Ej. Si Pedro no hubiera ingresado clandestinamente al inmueble de Jorge y sin su consentimiento, el resultado de invasión de inmueble ajeno no se hubiera producido).

4. Como se había anticipado, la modalidad de conducta exigida para la configuración del tipo penal es la clandestinidad o la violencia (que pueden darse indistinta o conjuntamente); esto es:

a) El ingreso clandestino.

b) El ingreso sin autorización y con violencia.

c) El ingreso sin autorización, con violencia y clandestinidad.

5. Para la configuración de la conducta punible no son requeridas cualidades o elementos objetivos en el o los autores o partícipes del hecho punible, por lo que cualquier persona puede cometer la Invasión de Inmueble Ajeno.

*b. Tipicidad subjetiva:*

Se tratan de los elementos internos en el autor para construir el tipo penal. Está compuesta por el dolo de hecho y, en algunos casos, por elementos subjetivos adicionales, como la intención, móviles, etc. (Schoene, 2010; p. 75)

Para la configuración del dolo de hecho, el autor se tuvo que haber representado todas las circunstancias fácticas del tipo objetivo que se analizó precedentemente (aspecto cognoscitivo del dolo). Entonces, las preguntas obligadas para confirmar el dolo en el autor serán:

•¿Se representó el objeto material, en este caso, el inmueble ajeno?

•¿Se representó el resultado, en este caso, su ingreso sin autorización del titular en forma violenta o clandestina?

•¿Se representó su propia causalidad? (si ingreso sin permiso, violenta o clandestinamente al inmueble ajeno –se produce el resultado– invasión de inmueble ajeno).

El conocimiento de cada uno de los elementos objetivos del tipo penal en estudio no debe ser técnico jurídico, sino que es suficiente el conocimiento a

"modo de lego" de estas circunstancias.

Si todas las respuestas son "sí" y además se confirma la voluntad del autor de realizar la conducta, se afirma la existencia del dolo de hecho. Si alguna de las respuestas tiene como respuesta un "no", pues no hay dolo y corresponde aplicar el artículo 18 del Código Penal (error de tipo), lo que implica que no se confirma la tipicidad de la conducta y, por ende, no se puede avanzar sobre el análisis de la punibilidad.

Ejemplo: sería el caso del ingreso de una persona a un inmueble ajeno, pero estando convencido de que ese inmueble le pertenece. Aquí, a la pregunta de: ¿se representó el objeto material –inmueble ajeno– como suyo?, la respuesta va a ser "no", puesto que el dolo lo conduce a apropiarce de una cosa ajena

Para el tipo agravado, existen elementos subjetivos adicionales para su configuración, pues la norma exige que la "…invasión se realizara con el objeto de instalarse en el inmueble ajeno…" (CP, artículo 142 inciso 2º)

En este caso, además del dolo de hecho, se debe comprobar esta circunstancia adicional, que se analiza, igualmente en su aspecto cognoscitivo y volitivo.

Al respecto, es oportuno apuntar que lo más común en la práctica indica que la invasión se realizada con el ánimo, el fin o la intención de asentarse definitivamente en el terreno ajeno, para proyectar en el futuro actos que logren otorgar a los invasores una estabilidad.

Se trata pues, de una posesión anormal, ya que efectuados de mala fe todos los eventos que encierran la figura (contacto físico con el bien, obras, mejoras, etc.), se puede presumir la búsqueda de la permanencia ininterrumpida

en el sitio.

Aquí, no se trata únicamente de desposeer al propietario de su derecho, sino que se atenta contra el dominio mismo de la cosa, efectuando ilegítimamente atribuciones que le son jurídicamente otorgadas en exclusividad a aquél. Bajo estos presupuestos se puede considerar la consumación del tipo penal de la usurpación en su máxima expresión provocativa y agresiva.

Ahora, consumado el hecho punible dentro de estos presupuestos y en sus detalles particulares, ¿podría válidamente el Ministerio Público intervenir para ejercer la acción penal pública?

Se analizará la respuesta a esta interrogante en el siguiente apartado, según el derecho positivo vigente en el país.

Legitimidad de la intervención del Ministerio Público en los supuestos de invasión de inmuebles.

Como labor hermenéutica de esta envergadura, se debe iniciar por la Constitución.

Es necesario previamente emprender un breve repaso de los aspectos contemplados en la Parte I de la Carta Magna con relación al Estado y el gobierno sobre aspectos específicos y, a partir de ello, ubicar al Ministerio Público dentro del esquema de la República y su rol fundamental.

No obstante, conocer las líneas que se marcan desde la propia Constitución permite comprender a ciencia cierta el origen de las instituciones, sus fundamentos mismos y los motivos por los cuales se decide elevar a la categoría de ilícito una conducta no tolerada por la sociedad y las normas de derecho.

En ese contexto, queda claro que la CN en el Capítulo IX, de los Derechos Económicos y de la Reforma Agraria, Sección I de los Derechos Económicos, en el artículo 109 declara expresamente que:

> Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán establecidos por la ley, atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerla accesible para todos.
>
> La propiedad privada es inviolable.
>
> Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de una sentencia judicial.

La regla general de que la propiedad privada es inviolable resulta indiscutible. Ciertamente, en un Estado de derecho como el Paraguay, no hay derechos absolutos, sino que existen ciertos límites y, en el caso concreto, la CN proporciona dos criterios limitativos: de orden económico y social. Además, determina que nadie puede ser privado de su propiedad –como regla– resalta la forma y excepción en que puede darse que es en virtud de una sentencia judicial o la expropiación fundados en: la utilidad pública o el interés social).

Para muestra evidente de que los derechos son garantizados y protegidos, pero no por ello absolutos, se tiene por ejemplo, la regulación de la libertad, que es reconocida como un derecho fundamental en la Constitución Nacional.

En efecto, el artículo 11 de la Carta Magna determina que: "Nadie será privado de su libertad física…", como regla general. No obstante, la propia norma establece que ese derecho no es absoluto al decir: "…salvo mediando causas y en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes…". Igualmente, el artículo 12 de la CN determina claramente que: "Nadie será detenido ni arresta-

do sin orden escrita de autoridad competente…", lo que refuerza que se consagra el derecho a la libertad y a no ser privado de ella, aunque no de manera absoluta, sino con excepciones previstas expresamente.

En esta misma inteligencia, podemos encontrar un sinfín de disposiciones normativas de carácter constitucional que a modo general consagran un derecho como regla, pero a su vez , la propia Carta Magna establece las excepciones, que permiten afectar en cierta manera y condiciones ese derecho. Luego, las normas procesales operativizan esas reglas generales.

Volviendo al ejemplo anterior, la libertad, la norma constitucional reconoce tal derecho y su excepción –en líneas generales– pero la norma procesal penal establece expresa y detalladamente cuándo una persona puede ser privada de su libertad, las condiciones y los sujetos habilitados para ordenar y ejecutar dicha privación. Si la privación de libertad no se produce dentro de esos parámetros legales, dicha acción no será legítima y, será inconstitucional.

Ahora bien, en ese mismo caso, como la libertad es uno de los bienes jurídicos más preciados, junto con la vida y la integridad física, entre otros, el legislador también decide que la privación de libertad- sin que esté sujeta a los parámetros legales- constituya un hecho punible. Es decir, el bajo o nulo nivel de tolerancia a la lesión de dicho bien por parte de la sociedad, permean a sus representantes (Congreso), que traduce dicha intolerancia a la lesión del derecho a la libertad, elevando a la categoría de ilícito penal la conducta que atente contra ese derecho, cuando no se ajusta a las exigencias dadas por la excepción. Entonces, nos encontramos con los hechos punibles de privación de libertad, secuestro, etc.

Trasladando este mismo razonamiento a la lesión al derecho de propiedad, se tiene que el legislador ha decidido que la violación o trasgresión de ese derecho consagrado en la CN, tiene relevancia suficiente para elevar la conducta trasgresora de ese derecho a la categoría de hecho punible. Por ello, dicha norma forma parte del ordenamiento jurídico penal nacional.

Esto encuentra su explicación en que el interés del Estado y la sociedad de hacer efectivo el derecho a la propiedad privada, es decir, de garantizar el efectivo ejercicio de tal derecho por el titular legítimo, se evidencia, primero, en su reconocimiento constitucional y, segundo, en todas las normas que regulan el derecho a la propiedad en todos los ámbitos, el establecimiento de reglas para la protección de esos derechos por mecanismos previamente establecidos (catastros, registro de la propiedad, formas de trasferencia, etc.).

No obstante, la realidad ha demostrado que muchas de las veces estos mecanismos para el ejercicio efectivo del derecho a la propiedad privada no son suficientes, por ello se acude a la sanción penal de ciertas conductas tipificadas concretamente en la normativa criminal nacional.

Además, cuando se profundiza este tema de la propiedad privada, no sería real hacerlo sin mencionar otras cuestiones que van muy íntimamente ligadas y no se pueden obviar. En efecto, no sería ajustado a un análisis objetivo ni sensato dejar de mencionar el problema social de la tierra en el Paraguay como desencadenante, las más de las veces, de conflictos sobre la propiedad de tierras o inmuebles, especialmente, las de carácter rural.

Esta problemática, como se mencionó, es más bien de tinte social, puede y muchas veces tiene el carácter de una lucha fundada e inclusive sumamen-

te atendible. Justamente por eso, la propia l/Ley fundamental establece que la excepción a este derecho o la privación de tal, se encuentra acotado a la utilidad pública o el interés social.

Esto significa que si bien existe un interés particular sobre la propiedad privada, éste nunca puede primar sobre el interés general o colectivo, que es también un principio de rango constitucional (CN, artículo 128, primera parte).

De todas formas, debe también decirse que esta lucha justificada resulta muchas veces el ambiente propicio que genera la aparición y proliferación de conductas que utilizan como excusa la justa causa para encubrir acciones delictivas encaminadas a tomar clandestinamente propiedades inmuebles, lo que necesariamente provoca la intervención estatal a través de los mecanismos constitucionales y legales establecidos para el efecto.

Es allí donde la cuestión ingresa dentro del ámbito de actuación del Ministerio Público, quien por disposición constitucional es el órgano asignado para la persecución penal de los hechos punibles de acción penal pública. Es decir, la tarea de persecución penal, que corresponde al Estado, el ejercicio de lo que se conoce como el ius puniendi –en contrapartida con el ejercicio de la justicia por mano propia– según lo establecido en la Constitución Nacional, se delega en un órgano requirente, que en este caso, recae en el Ministerio Público.

Ley Fundamental la regula en su artículo 266, primera parte, al establecer: "El Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado, gozando de autonomía funcional y administrativa en el cumplimiento de sus deberes y atribuciones."

En concordancia con este enunciado en su Art. 268 expresa:

Son deberes y atribuciones del Ministerio Público:

• Velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales.

• Promover acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblo indígenas.

• Ejercer la acción penal en los casos en que, para iniciarla o proseguirla, no fuese necesaria instancia de parte, sin perjuicio de que el juez o tribunal proceda de oficio, cuando lo determine la ley.

• Recabar información de los funcionarios públicos para el mejor cumplimiento de sus funciones, y

• Los demás deberes y atribuciones que fije la ley."

De esta manera queda sentado lo fundamental de la institución fiscal con respecto a su rol esencial y a las atribuciones con que cuenta. Obviamente, dichas tareas o atribuciones deben ser desempeñadas por sus miembros organizados dentro de un rango jerárquico definido en el artículo 266, última parte que resalta: Lo ejercen el Fiscal General del Estado y los Agentes fiscales.*

El inciso 3º , trascripto más arriba, aporta la función por excelencia del Ministerio Público con relación al deber y atributo de "ejercer la acción penal pública", que no debe ser analizado aisladamente, ya que se encuentra estrechamente vinculado con el inciso 1º que le otorga el deber de velar por el respeto

*- Ley Orgánica del MP (1562/200), artículo 6. Jerarquía; Artículo 4. Unidad de Actuación y artículo 2. Autonomía.

a los derechos y garantías constitucionales. De esta manera, es oportuno aquí comenzar a desmenuzar ambas facultades detalladamente de manera a comprender qué implican en su ejecución.

En la legislación procesal penal vigente –Ley 1.286/98, Código Penal– específicamente en el artículo 14º, se clasifican a las acciones nacidas de los hechos punibles en públicas y privadas; el Ministerio Público tiene legitimidad para el ejercicio de la primera* (es el titular del derecho), acotando que lo hará sin perjuicio de la participación de la víctima.

En concordancia, el 15º del CP reza: Los hechos punibles serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público, según lo establecido en este Código y en las leyes. De esta última norma se desprende que esta acción debe ser ejercida "de oficio", como regla; no obstante el artículo 16º presenta la figura de "la instancia de parte", para ciertos hechos punibles en los que debe ser la propia víctima la que se encargue de promover la acción y, solo así, posteriormente los agentes fiscales podrán intervenir con las atribuciones procesales propias de su función.

Entonces, se tiene que en el régimen de la acción, se tiene que esta puede ser pública o privada. Los hechos punibles de acción penal privada son aquellos que se encuentran taxativamente enumerados en el artículo 17 del CPP, de lo que se desprende que todos los demás hechos punibles previstos en el ordenamiento penal, son de acción penal pública.

Ahora bien, como clasificación dentro de la acción penal pública se puede diferenciar los que son perseguibles de oficio y aquellos que requieren instancia de parte. En los hechos punibles que perseguibles a instancia de parte,

*- CN, artículo 268, inciso 2 y 3; CPP, artículo 14 y 15; Ley Orgánica del MP, artículos 1, 5 y 13.

esta condición de perseguibilidad está expresamente prevista en la norma que tipifica la conducta punible. Así, la regla general es que todos los hechos son perseguibles de oficio por parte del Ministerio Público, salvo aquellos que requieran expresamente instancia de parte.

En el Código Penal, Título VI, se regula la Instancia del procedimiento. El artículo 97, expresa, al respecto:

> 1º - un hecho punible cuya persecución penal dependa de la víctima, será perseguible sólo cuando ella inste el procedimiento; 2º - Está autorizada a instar el proceso la víctima del hecho. El derecho de instar pasará a los parientes sólo en los casos expresamente previstos en la ley; 3º - Cuando la víctima sea un incapaz, el autorizado será su representante legal. En caso de que sea un menor se estará a lo que dispone el Art. 54 de la Constitución; 4º - En caso de varios autorizados, cualquiera de ellos podrá instar el procedimiento.

En la parte especial de este Código se pueden citar ejemplos en los que, expresamente, el tipo penal ubica en la víctima esta atribución:; Art. 133 (Acoso Sexual); 148 (Revelación de secretos privados por funcionarios o personas); Art. 171 (Persecución de hechos en el ámbito familiar o doméstico de la Apropiación (160) y Hurto (161) ); Art. 175 b) (Instancia – Alteración de datos (174), Acceso indebido a sistemas informáticos (174 b) y Sabotaje de sistemas informáticos (175) ), etcétera.

En este contexto, corresponde analizar el delito de Invasión de inmueble ajeno y el régimen de la acción al respecto de este hecho punible. En primer lugar, se puede decir que el artículo 142 del CP, es el que tipifica la Invasión de

Inmueble Ajeno, no se encuentra dentro del catálogo del artículo 17 del CPP, que determina los hechos punibles de acción penal privada, por ende, es un hecho punible de acción penal pública.

Por otra parte, en la tipificación de la conducta prevista en el artículo 142 del CP que prevé la Invasión de Inmueble Ajeno, tampoco se verifica que este hecho punible requiera de la instancia de la víctima, por tanto, es perseguible de oficio por el Ministerio Público.

Por tanto, al no contemplar textualmente en su letra el artículo 142 CP la instancia de parte y al no formar parte de los hechos punibles previstos en el artículo 17 del CPP, el Ministerio Público puede actuar en forma legítima de oficio y promover la acción directamente, una vez que lleguen a su conocimiento suficientes indicios fácticos de la existencia del hecho punible de invasión de inmueble ajeno.

A continuación, disipada la duda al respecto de la intervención del Ministerio Público en este tipo de hechos, se deben desprender cada uno de los pasos que debe ejecutar el a/Agente f/Fiscal en estos casos.

En el supuesto de invasión de inmueble ajeno, corresponde acreditar los extremos de la información preliminar recibida, en su caso. En este contexto, una cuestión determinante es corroborar la titularidad del bien, pues las demás acciones dependerán de comprobar que existe un inmueble ajeno, que supuestamente es objeto de la invasión clandestina o violenta.

En este contexto, es preciso advertir que la investigación de este hecho punible no se limita exclusivamente a la recolección de datos de campo (comprobación fáctica del ingreso de personas a una propiedad en forma violenta o

clandestina), sino que es necesario un respaldo documental que despeje todo tipo de dudas con respecto al derecho de dominio de la supuesta víctima sobre el bien inmueble invadido.

Por lo tanto, se debe emprender necesariamente la recolección de una serie de informes por parte de las oficinas competentes (Registro Público de la Propiedad), para determinar la titularidad y la identidad precisa del dueño; es decir detectar con certeza la relación de dominio real sobre la cosa ocupada con respecto al supuesto dueño afectado.

A la par, corresponde la constatación del hecho de ingreso irregular a esa propiedad y, para el efecto, amerita la constitución en el inmueble afectado por la ocupación y a los efectos de recabar toda la información posible acerca del ilícito. El Agente Fiscal puede solicitar para esta diligencia el auxilio de la Policía Nacional.

Entonces, se debe realizar una constitución, labrar acta de todo lo actuado, en la que se deje constancia de todos los datos indispensables, a saber:

1. Lugar, fecha y funcionarios intervinientes;
2. Dirección o ubicación del terreno afectado con precisión (en caso de encontrarse en un sitio aislado o de difícil acceso, se recomienda emplear métodos satelitales o "GPS", o de lo contrario confeccionar un mapa o croquis que contenga la descripción precisa sobre cómo acceder al sitio),
3. Situación del inmueble en cuanto a su invasión, es decir, cuántas personas se hallan presentes en el lugar (si no se puede determinar la cantidad exacta de sus miembros, al menos, se debe dejar constancia de una cifra aproximada), si

están establecidas en él de manera permanente o no, si existen construcciones de algún tipo, campamentos precarios, tala de árboles, limpieza del lugar, etc., y cualquier otro dato relevante que pueda derivar de la observación del lugar.

4. Características de la usurpación, si es con el ánimo de permanecer en el terreno permanentemente o si existe voluntad de desalojarlo de forma inmediata.

5. Motivos de la invasión.

6. Presencia de líderes o representantes de las personas ocupantes del predio. En caso afirmativo, procurar su identificación personal.

7. Describir, de manera general, la situación del inmueble afectado en el área del asentamiento ilícito: instalación de carpas, tiendas, viviendas precarias, desmonte, tala de árboles, apertura de caminos o accesos, despeje de áreas semi boscosas por medio de quemas, etc.

8. También resulta fundamental constatar la presencia entre la muchedumbre de menores, sean éstos niños o adolescentes; mujeres, personas de la tercera edad; como sector vulnerable.

9. Si la invasión se llevó a cabo por medio del uso de fuerza, recabar información acerca del grado de violencia empleado por los invasores, armas utilizadas, presencia de víctimas de agresión física (leves o graves, etc.).

10. Recolectar muestras, elementos, objetos y todo tipo de indicios que conduzcan a individualizar delitos conexos.

11. De todo lo actuado se recomienda recabar toma fotográfica secuencial y filmaciones. Se deben emplear todos los medios técnicos de registro de actuaciones posibles, aunque sean básicos como: grabadoras de sonido, equipos celulares

tipo "smartphones" equipados con tecnología multimedia. Toda evidencia debe asentarse individual y detalladamente en el acta de procedimiento.

12. Antes de dar por cerrado el procedimiento, se debe solicitar la presencia y colaboración de testigos hábiles que acrediten lo actuado con su firma al pie del acta del procedimiento, junto con la de todos los intervinientes y la de los ocupantes entrevistados o sus representantes. En este último caso, ni existe oposición, se debe dejar constancia de ello.

Estas recomendaciones son de orden general, no específico, por lo que se puede recurrir a otros métodos o medios de procedimientos según las circunstancias de cada caso en particular.

No obstante, no está demás agregar que en todos los casos, los funcionarios intervinientes deben proceder conforme a derecho y no incurrir en ningún tipo de abusos de autoridad, así como tampoco obviar detalles fundamentales que conduzcan a esclarecer los hechos o, en su caso, conduzcan a anular todo el procedimiento.

Dado lo delicada e impredecible que puede resultar una actuación de estas características, se debe requerir el acompañamiento y resguardo de la Policía Nacional, con el personal suficiente para repeler cualquier amenaza o ataques a la comitiva fiscal. En caso de ser necesario se debe reforzar la investigación con uniformados integrantes de cuerpos especializados. Así lo confirma el artículo 58 del C.P.P.

Una vez acumulada toda esta batería de elementos y confirmada preliminarmente la existencia de un supuesto hecho de invasión de inmueble ajeno, cabe llegar de esta manera al eje central del presente trabajo con la siguiente

interrogante: ¿Se encuentra el Ministerio Público legitimado para requerir y ejecutar una orden de desalojo?.

Para responder a esta interrogante, en primer término se deben repasar las atribuciones legales específicas del Agente Fiscal como titular de la acción penal pública en lo que se refiere a las medidas cautelares que puede solicitar al Juez Penal de Garantías.

Al respecto, el artículo 234 del C.P.P., clasifica las medidas cautelares en personales y reales; en tanto que el 235, segunda parte, refiere sobre las segundas literalmente: "Las medidas cautelares de carácter real serán las previstas por el código procesal civil. Éstas podrán ser impuestas únicamente en los casos expresamente indicados por este Código y en las leyes especiales". Estos casos están contemplados en el artículo 260 del mismo cuerpo legal: "Las medidas cautelares de carácter real serán acordadas por el Juez Penal, a petición de parte, para garantizar la reparación del daño. El trámite y resolución se regirá por el Código Procesal Civil".

La última norma mencionada realiza una habilitación excepcional al Juez Penal para llevar adelante un trámite procesal que no es de su competencia material natural, ya que lo faculta a disponer medidas de carácter real según las reglas del procedimiento civil. Dice que sólo lo hará "a petición de parte", como condición indefectible que limita su autoridad en este campo; es decir, sólo si el Ministerio Público (parte legítima) requiere esta medida real podrá válidamente decretarla. En este punto es necesario distinguir medida cautelar de la acción procesal propiamente dicha. En este caso no se aplican las disposiciones del Capítulo II, arts. 27 al 30 del C.P.P., puesto que una medida real es un

acto procesal contenido dentro de la causa, pues no implica el impulso de una demanda civil en otro fuero distinto, aunque tengan los mismos fines: la reparación de los daños y perjuicios causados por el hecho punible.

Las medidas cautelares del carácter real reconocidas por el C.P.C. son las siguientes: Embargos Preventivos (arts. 707 al 717), Inhibición General de enajenar y gravar bienes (arts. 718 al 720), Secuestro (721 y 722), Anotación de Litis (723 y 724), Prohibición de Innovar y Contratar (725 y 726), y la Intervención y Administración Judicial (arts. 727 al 730). Estas son pues, las alternativas reales con las que cuenta el Agente Fiscal para solicitarlas legítimamente como parte ante el Juez Penal.

En el caso del Desalojo en términos del Código Civil, el Ministerio Público no es competente para instarlo pues no tiene legitimación para actuar en el proceso civil. El motivo radica en el hecho de que se trata de una acción civil, es decir un juicio que debe ser tramitado por el titular del inmueble afectado y por sus herederos en el caso de una ocupación precaria, con sus procedimientos y plazos (Arts. 621 al 634 C.P.C.).

Esta postura se halla reforzada con los términos del art. 27º del C.P.P. "De la Acción Civil". No obstante, la norma 28º del C.P.P., abre una posibilidad para la excepción a este impedimento como regla procesal general, en su segunda parte y en los siguientes términos: Cuando hayan afectado (los hechos punibles) a intereses sociales, colectivos o difusos será ejercida por el Ministerio Público. A continuación, la misma regla establece -en su espíritu -, que la acción civil podrá ser ejercida por otros funcionarios de la Procuraduría o del Ministerio Público por decisión del Procurador General o el Fiscal General del Estado.

Esta prescripción viene a reforzar el enunciado previo; puede ocurrir que con el hecho de invasión se afecte a intereses no solo particulares del propietario del inmueble invadido, sino también los de la colectividad general. De esta manera, si se altera una reserva natural, una reserva forestal; a un hábitat ecológico o étnico, el Ministerio Público se encuentra habilitado para instar la acción civil de Desalojo, por medio de la Demanda Civil correspondiente. El cómo ejercerla, es una interrogante que es respondida por el artículo 29º del C.P.P., que obliga, en todos los casos, a la única instancia (civil o penal).

No obstante, la discusión se genera cuando se da la circunstancia de flagrancia en la comisión de un hecho punible, pues en estos casos, el CPP es claro al disponer, en el artículo 315 que: "Cuando el Ministerio Público, de oficio, tenga conocimiento de un supuesto hecho punible, por cualquier medio fehaciente, o por denuncia o querella, intervención policial preliminar, impedirá que el mismo produzca consecuencias…".

Entonces, en el caso de constatarse una invasión de inmueble ajeno, en que los autores permanecen en el lugar en forma violenta o clandestina (flagrancia), ¿cuál es la herramienta legal con la que cuenta el agente fiscal para cumplir con lo que determina la norma de que deberá impedir que el hecho siga produciendo sus efectos?

Ciertamente, el desalojo como figura del proceso civil no procede. ¿Acaso no podría intervenir de alguna manera legítima para impedir que el hecho punible se siga consumando?

El mismo artículo trascripto precedentemente señala, en su última parte, que para la tarea de "impedir que el hecho produzca sus consecuencias", el Ministerio Público cuenta con el auxilio de la Policía Nacional. Es así, que en

ese contexto, podría afirmarse que está habilitado a interrumpir la flagrancia, ordenando el despeje de la propiedad afectada, lo que no implica el desalojo en su sentido estricto (civil), sino se constituye en una medida encaminada a cumplir con su obligación de impedir que el hecho siga produciendo sus efectos.

Ahora bien, para esa tarea, las instituciones involucradas tienen acordado un protocolo de actuación que les permite que esos procedimientos tendientes a impedir que el hecho punible se siga produciendo, sean llevados a cabo mediante pasos concretos y definidos respetando los derechos humanos y solo como última opción, se prevé asumir la medida de despeje del lugar y el desalojo de las personas instaladas en él.

## Conclusiones.

El Ministerio Público, como institución constitucionalmente reconocida con funciones y atribuciones procesales específicas, representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado (Poder Judicial: Corte Suprema, Tribunales y Juzgados).

Esencialmente es un órgano descentralizado, con autonomía funcional y administrativa para llevar adelante dicho compromiso. Para el efecto, el Derecho Positivo vigente establece una jerarquía normativa que, partiendo de la misma Constitución, va hilando una red legislativa descendente y que por medio de Códigos y leyes especiales va ampliando los principios establecidos en la Carta Magna.

Al ser la dignidad humana la fuente de todos los derechos humanos fundamentales, entre ellos el de la propiedad; en el caso de su violación por un hecho punible de invasión flagrante o clandestinamente, queda demostrada la

legitimidad que tiene el Ministerio Público para intervenir de oficio en salvaguarda de la víctima, y en representación de la sociedad.

Su participación de oficio nace de la naturaleza misma del ilícito apuntado, que al configurarse con elementos de tipo que dan cuenta de un hecho consumado, que no amerita ni expresa la posibilidad de una tentativa. Desde el conocimiento del supuesto delito, el Agente Fiscal "debe" tomar cartas en el asunto y proceder conforme a derecho.

Los pasos preliminares se configuran con la constitución en el lugar de los hechos, con el propósito de recolectar elementos o indicios detallados en el contenido del presente trabajo.

Una vez confirmado los hechos denunciados es necesario proceder de conformidad con las reglas propias de la investigación: procesar las pruebas, producir las documentales y requerir las medidas idóneas para salvaguardar el camino a configurar los grados de certezas del Agente Fiscal. Imputación y Acusación ameritan la realización de allanamientos y el cumplimiento de medidas cautelares de carácter personal y real reconocidos en el C.P.P., que son atribuciones legítimas del Ministerio Público, para el resguardo del proceso y la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

Representar a la sociedad resulta una actividad compleja y delicada que, sin embargo si es llevada a cabo responsablemente por los funcionarios fiscales, redunda en beneficio particular de la víctima y de toda la población. Es fundamental que el Agente Fiscal y sus funcionarios conozcan los alcances jurídicos de su labor desde la misma Ley Fundamental y las normas inferiores sancionadas en su consecuencia. No se debe dejar de lado, en ningún caso, la casuística, la jurisprudencia ni la doctrina existente al respecto.

Se recomienda para el efecto continuar las reuniones interdisciplinarias, no sólo para coordinar estrategias de actuación, sino también para el respaldo legal correspondiente de las mismas. Es necesario clasificar las facultades que corresponden a todos aquellas autoridades participantes, así como de las partes interesadas; todo con el propósito de alcanzar el éxito de la investigación de los hechos punibles de invasión de inmuebles ajenos, llegar a la verdad, proteger los derechos de propiedad dañados y, por sobre todo, alcanzar el castigo de los responsables.

**Refere ncias.**

Constitución Nacional, del año 1992. Editorial Intercontinental, Asunción-Paraguay. 2012

Ley n.º 1.183/85, Código Civil. Editorial Librería El foro S.A., Asunción-Paraguay.

Ley n.º 1.160/97, Código Penal Editorial Intercontinental, Asunción-Paraguay. 2012.

Ley n.º 1.286/98, Código Procesal Penal. Editorial Intercontinental, Asunción- Paraguay. 2012.

Ley n.º 1562/00, Orgánica del Ministerio Público.

Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales – 30ª Edición Actualizada -, Editorial Heliasta; Buenos Aires – Argentina. 2.004.

Schoene, Wolfgang; Técnica Jurídica. Método para la resolución de casos penales; 2ª. Edición Ampliada y concordada; BIJUPA, Asunción, 2010.

Real Academia Española, 2015, rescatado de: http://lema.rae.es/drae/?val=usurpación.

# La Autopsia psicológica en las investigaciones de muertes con causas
# Psychological autopsy in investigation of cases of unclear cause of death

*Fátima Francisca Figari*[*]

**Resumen**

La autopsia psicológica, denominada "Método de Autopsia Psicológica integrado -M.A .P. I.", fue presentada por la Dra. Teresita García Pérez como un instrumento de exploración retrospectiva e indirecta que se aplica a las personas fallecidas, a través de un método inferencial, que resulta confiable en el estudio de la personalidad, de los conflictos, la dinámica de sus vidas y brinda a los operadores de justicia una valiosa información para aclarar los causas con muertes dudosas. Dicho estudio constituye una herramienta técnico-científico que se obtiene a través de las entrevistas a terceras personas que conocieron a la persona en vida, íntimamente o profesionalmente así como la revisión de documentos relacionados con ella. Su aplicación es recomendada en las investigaciones de hechos punibles contra la vida, con causa de muerte dudosa ocurridos por accidentes, suicidios u homicidios. El MAPI, actualmente es utilizado en países como Estados Unidos, México, Argentina, Cuba entre otros, como un método fiable que permite a los operadores técnicos investigar la vida que tuvo la víctima.

**Abstract**

The psychological autopsy, as known as "Method of integrated psycho-

*- Magister en Educación Superior, Psicóloga, Diplomada en Psicología Jurídica y Forense, en Victimología. Directora Científica de la Asociación Latinoamericana de Psicología Jurídica y Forense (ALPJF), Presidenta de la Asociación Paraguaya de Psicología Jurídica y Forense (APPJF). Coordinadora de la Especialización en Psicología Jurídica y Forense de la ALPJF y la Universidad Privada del Guiará-Sede Santa Rita-PARAGUAY. Asesora del Área Bienestar del Personal de la Dirección de Gestión de Talento Humano del Ministerio Público.

logical autopsy I.P.A.I" was introduced by Dr. Teresita García Pérez as an instrument of retrospective and indirect exploration that's applied to dead people, using an inferential method, that turns reliable for studying their personality, conflicts and life's dynamic. This method grants operators of justice a valuable information to clear the cause of death. The mentioned study is a technical-scientific tool, obtained by: interviewing people who knew the victim, either personally or profesionally and analysing documents related to the victim. Its use is recommended in cases of crimes against life, in which the cause of death is doubtful, such as accidents, suicides or homicides. The I.P.A.I is currently used in the United States, México, Argentina, Cuba and other countries, as a reliable method that allows technical operators investigate victim's life.

***Palabras claves:*** Autopsia, psicológica, retrospectiva, catatímica, muerte dudosa, muerte accidental, suicidio.

***Keywords:*** Autopsy, psychological, retrospective, doubtful, death, accidental death, suicide.

Todos somos conscientes de que las leyes que regulan el comportamiento de los seres humanos en la vida social evolucionan, pero no siempre al mismo ritmo que evolucionamos las personas. En este sentido, cabe destacar que dentro de la administración de justicia, no siempre la dinámica del cambio con relación a los paradigmas y procedimientos, responden de manera pertinente y conducente a los desafíos que genera la realidad del comportamiento humano dentro de la sociedad en situaciones de conflicto con la ley, por lo que muchas veces se encuentran  casos de muertes dudosas como ser: homicidios, suicidios o accidentes que quedan de manera inconclusa.

Desde la perspectiva y realidad de la justicia, considerando las consultas realizadas a profesionales operadores de justicia en el país, se pudo constatar el desconocimiento tanto conceptual como procedimental de la Autopsia Psicológica y, menos aún, de que constituye un recurso pericial para los casos de muertes dudosas, ocurridos por accidentes, suicidios u homicidios.

Teniendo en cuenta la situación actual es necesario preguntarse, tanto desde el punto de vista procedimental del operador que imparte justicia, como también de los familiares de la persona fallecida, si es correcto seguir conservando la incógnita de numerosas muertes dudosas o equívocas que se producen de manera incierta y nebulosa, perdiendo la posibilidad de esclarecer estas situaciones que desde una perspectiva legal generan sensación de limitación y, desde el punto de vista de los familiares, experiencias de frustración aumentando la falta de confianza en la justicia y sus modos de intervención.

La apreciación técnico-científica del perito forense puede ser decisiva en la resolución judicial de los casos de muertes indeterminadas o equívocas, en las que se aplique la autopsia psicológica como una herramienta para eliminar las dudas.

Cabe destacar que la Autopsia Psicológica, en otras realidades como la norteamericana, puede ser aplicada en distintos contextos, como: en lo civil, laboral, además del penal. En ese entendimiento se puede utilizar para determinar la capacidad testamentaria, determinación del riesgo laboral, resolver indemnizaciones y/o resarcimientos, pago de pólizas de seguros de vida, mala praxis médica, investigación epidemiológica, intereses comunitarios y de salud pública para los casos en que sea oportuna su aplicación.

Considerando la realidad y el modo en que se gestiona la justicia en el país, es necesario iniciar un acercamiento conceptual, metodológico y, posteriormente, el procedimental sobre la técnica de la Autopsia Psicológica, a fin de permitir a los operadores de justicia utilizarla como una herramienta en el proceso de investigación en los casos de muerte indeterminada y, al mismo tiempo, al perito psicólogo, como una técnica de intervención forense confiable y pertinente.

**Importancia del Método de Autopsia Psicológica en la investigación de casos de muertes dudosas.**

Desde siempre y más aún en la actualidad, existen muertes dudosas que generalmente están conformadas por los suicidios, accidentes u homicidios; para los que la psicología también ha buscado instrumentos que indiquen como diferenciarlos.

A nivel nacional, cabe destacar que en el ámbito judicial no se cuenta con ningún instrumento que permita la aplicación de la Autopsia Psicológica para dar una respuesta objetiva que pudiera cooperar para discernir las posibles causas de muerte cuando aquellas se producen en circunstancias dudosas.

Dicho esto, se considera de gran interés aplicar el instrumento del "Método de Autopsia Psicológica integrado" (M.A .P. I). de la Dra. Teresita García Pérez, como una ayuda a la investigación en casos de muertes dudosas, como una herramienta de carácter científico, efectivo y competente.

¿En qué medida la aplicación de la Autopsia Psicológica ayudará a discernir un supuesto suicidio, donde el médico legista, ni el investigador, tienen elementos suficientes para esclarecer el caso?

Aplicar de manera experimental el Método de Autopsia Psicológica Integrado en las investigaciones sobre casos de muerte dudosa, permitirá conocer el método en sí, su importancia, los criterios pertinentes para su aplicación y, finalmente, para analizar sus beneficios para la investigación y dilucidación de casos de esta naturaleza.

**Definiciones técnicas**

Antes de iniciar el desarrollo del tema, es pertinente conocer el concepto de ciertos términos técnicos que se utilizarán a lo largo de este trabajo.

**Autopsia psicológica:** exploración retrospectiva e indirecta de personas fallecidas, a través de un método inferencial, que resulta confiable en el estudio de la personalidad, los conflictos, la dinámica de sus vidas y brinda al especialista una valiosa información de la causalidad de fenómenos tan interesantes como el suicidio o el homicidio.(Liliana M. Angelina de Licitra-Mabel Elsa Yavarone)

**Muerte dudosa:** muerte sospechosa de criminalidad

**Catatímica:** ilusión producida debido al efecto de un fuerte componente afectivo.

**Retrospectivo:** del latín retrospicere, mirar hacia atrás.

**Antecedentes y ámbito de aplicación en el contexto internacional**

La Autopsia Psicológica como técnica pericial surge en los EE.UU. como una necesidad administrativa para definir la etiología médico legal en los casos de muertes dudosas, donde no se contaba con los elementos suficientes para afirmar si se trataba de un suicidio o un accidente. Sin embargo, pese a que esta técnica es bastante conocida y utilizada en EE.UU., no se ha establecido un procedimiento estandarizado para llevarlo a cabo. (psicologia juridica).

En Cuba se recogen datos históricos de la aplicación de esta pericia desde finales del siglo XIX en las obras completas del insigne médico Carlos J. Finlay. Pero no fue hasta finales de la década de 1980 cuando se comenzó la práctica sistemática de la autopsia psicológica en ese país, liderada por los estudios realizados en el Instituto de Medicina Legal de la Ciudad de La Habana, donde sobresalen los casos expuestos por los doctores Pérez Gonzáles, Lledó Jiménez y García. Posteriormente se incorporó a la realización de esta prueba el equipo forense del Hospital Psiquiátrico de La Habana con los doctores Pérez Milán, Acosta Gonzáles y Vidal.

En Latinoamérica, actualmente países como México, Chile, Colombia y Argentina entre otros, aplican la Autopsia Psicológica (A.P.), como una de las formas de pericia, por lo que, Burgos (2006), afirma:

> La Autopsia Psicológica tiene conferida como función principal ayudar a esclarecer los casos de muerte dudosa: ya sea en suicidios, homicidios o accidentes, en situaciones donde ni el médico forense, la fiscalía, ni la policía investigadora tienen suficientes elementos para tomar una decisión jurídicamente trascendental. (pág.30)

Las palabras "Autopsia Psicológica" indican que el procedimiento se relaciona con la clarificación de la naturaleza de una muerte. Autopsia: significa: ver por los propios ojos y se centra en los aspectos psicosociológicos, contiene una alta carga metafórica, pues se trata de un proceso de colección de datos y análisis, por lo que se considera una técnica esencialmente psicobiográfica para reconstruir las circunstancias de un fallecimiento, a través del énfasis puesto en el examen de los eventos de la vida del fallecido, inmediatamente antes de su muerte.

Dicho método facilita el conocimiento exacto del origen de un fallecimiento, por lo que tiene una importancia trascendental no solo para su correcto registro, sino muy especialmente para definir cuestiones indemnizatorias y otras derivaciones legales.

Se puede resaltar que la Autopsia Psicológica es un método de exploración retrospectiva e indirecta de la personalidad del fallecido. Dicho método cuenta con dos modalidades que son: la entrevista a terceras personas que en vida lo conocieron íntimamente y la revisión de documentos que pudieren relacionarse con él.

Es importante destacar que ésta investigación, se realiza sobre la base de las evidencias en los casos de fallecimientos, en los que resulta imposible estudiarlos a través de métodos directos por lo que es necesario desarrollar métodos indirectos inferenciales, a fin de, buscar la información del occiso en las personas más allegadas él.

**Modelos de Autopsias Psicológicas. Validez de los datos obtenidos**

Para que la información obtenida tenga realmente valor se deben garantizar los siguientes aspectos:

• Que las fuentes de información cumplan los requisitos de confiabilidad:

-Vínculo cercano con el occiso (familiar de primera línea, cónyuge, conviviente, amigos, colegas, compañeros de estudio, trabajo o religión, médico, psicólogos, psiquiatras o trabajadoras sociales del área de salud del finado).

- No pertenecer al círculo de sospechosos establecido por la investigación policial, en los casos de muertes dudosas o de homicidios no escla-

recidos, pues obviamente la información ofrecida estaría en función de su propia defensa.

- Que puedan ofrecer elementos relacionados tanto con la historia de vida del occiso, como con los últimos días y horas de su vida.

- Que la entrevista sea realizada en forma absolutamente privada para evitar que unos puedan influir sobre otros en sus versiones.

Con relación a la revisión de los documentos, se debe insistir en que es imprescindible la colaboración estrecha de las autoridades de la policía y del Ministerio Público, ya que los instructores e investigadores policiales son inicialmente los encargados de toda la documentación perteneciente al occiso: cartas, diarios, notas, recortes de prensa, historias clínicas, así como de conceder al perito el acceso al expediente policial y a las investigaciones complementarias.

De esta estrecha relación depende también el acceso al lugar del hecho, detalle de relevante valor, puesto que allí la víctima deja sus "huellas psicológicas", mucho más si coincide con su domicilio. Además, permite incorporar integralmente todos los elementos criminalísticos, policiales y médico legales.

La revisión del expediente médico legal es otro de los principios básicos para la conformación de la autopsia, pues permite establecer correlaciones clínico-patológicas entre hallazgos de la necropsia y los elementos aportados por las diferentes fuentes de información en cuanto al estado mental de la víctima, por ejemplo: las fuentes nos describen trastornos del curso del pensamiento y de la funciones integrativas (memoria, orientación, atención), ambos aspectos se complementan para consolidar un diagnóstico con su correspondiente interpretación médico legal y jurídica; tenía una demencia, por lo cual era carente de facultad

para comprender el alcance de su acción y dirigir su conducta, por tanto si fue víctima de un homicidio puede ser un asesinato o un agravante del homicidio y, si firmó documentos legales, quedan sin efecto.

Con relación al tiempo para la aplicación de la Autopsia Psicológica, siempre es necesario dejar transcurrir 30 días posteriores a la muerte, para esperar a que desaparezcan o se atenúen las manifestaciones propias de la reacción de duelo, ya que en esa etapa la familia y los allegados pueden tener una deformación catatímica de la realidad que rodeaba al occiso y tienden a idealizarlo y el perito necesita que la información que recoge sea lo más objetivamente posible.

Las reacciones de defensa entre los familiares y allegados, son frecuentes, pero en sentido general y trascurrido ese tiempo no interfieren en la comunicación, pues finalmente se sienten aliviados al poder verbalizar sus consideraciones acerca del hecho y del fallecido.

Otros autores como Ramírez, 1999 (citada por Núñez, et al.,1999) y Annon (1995) afirman:

> El tiempo óptimo para realizar la entrevista, es entre 1 y 6 meses después de haber ocurrido el deceso, ya que durante estos meses aún se conserva la nitidez del recuerdo y la información obtenida es confiable. De lo contrario, las reacciones de duelo pueden interferir en la objetividad del recuerdo existiendo la tendencia a idealizar al fallecido o afectar la claridad del recuerdo. (p 56)

De acuerdo a lo anterior Ramírez, 1999 (citada por Núñez, et al., 1999) considera:

> Que los entrevistadores deben recibir un entrenamiento preliminar en el manejo del instrumento y en el estilo de comunicación que se debe utilizar dependiendo del modo de muerte de la víctima. El entrevistador debe permitir que la información fluya libremente, es decir, debe dejar hablar al informante sin interrumpirlo y sólo al final, si es necesario, puntualizar en algún detalle o hacer algunas preguntas directas". (pág. 36).

Aunque la aplicación de la Autopsia Psicológica se hace de acuerdo a la legislación de cada país, cada equipo de trabajo decide la forma de proceder en la etapa de la recolección de datos. Shneidman, 1981 (citado por Thomas Young, 1992) "argumenta que, cuando va a iniciar una investigación, nunca tiene un modelo sistemático de cómo la va a realizar. Es por este tipo de aseveraciones que muchos investigadores se sienten muy incrédulos frente a la validez y confiabilidad del procedimiento". (p.56)

Por esta razón, Annon (1995) y Young (1992), plantean:

> Uno de los serios problemas a los que se ve enfrentado el Protocolo de Autopsia Psicológica (PAP) es la falta de estandarización, pues cada persona o equipo que lo aplica tiene un estilo diferente y particular de realizarlo, lo cual afecta, según estos autores, notablemente los índices de validez del procedimiento. Es decir, no existe un modelo estructurado y sistematizado que disminuya el margen de sesgo". (p.45, p.38)

Sin embargo, el número de autores que han escrito sobre el PAP es proporcional al número de modelos propuestos para realizar una investigación. En algunos casos se le da prioridad a unos aspectos y en otros se omiten.

Existen varios modelos de Autopsia Psicológica y, a pesar de la diversi-

dad de perspectivas y orientaciones, uno de los aspectos en que diversos autores coinciden es que no hay un modelo universal, único y consensuado. Existen modelos cuantitativos, cualitativos, modelos más o menos extensos, otros más o menos estructurados, algunos que privilegian la riqueza del material subjetivo de las entrevistas, mientras otros se enfocan a los datos objetivos; pero todos dirigen sus esfuerzos hacia la comprensión del modo en que ocurre un deceso equivoco o indeterminado.

**Otras significaciones de la Autopsia Psicológica**

Según Licitra y Yavarone (2009), la autopsia psicológica hoy ha pasado a tener otras significaciones y también a responder a otras cuestiones como por ejemplo:

• **El por qué lo hizo:** cuando la forma de muerte es razonablemente clara e inequívoca la AP. Puede servir para explicar las razones del acto o para descubrir la cadena causal. La AP., busca una reconstrucción de las motivaciones, filosofía, psicodinámica y crisis existenciales del difunto.

• **Como murió, cuándo y por qué en ese momento particular:** cuando una muerte natural se prolonga y el individuo muere gradualmente durante un período de tiempo la AP. ayuda a aclarar las razones socio psicológicas, porqué murió en ese momento. Ejemplo: cuando una persona ha sido literalmente aterrorizada hasta la muerte por su creencia en el poder del otro, el papel psicológico de la víctima parece bastante obvio, ya no es nuevo afirmar que la enfermedad y muerte por indefensión, la consumación del propio deseo de morir constituyen un hecho real.

• **Cuál es el mecanismo más probable de la muerte:** esta es la cuestión a la que la AP. se dirigía inicialmente cuando la causa puede establecerse clara-

mente, pero el mecanismo de la muerte es equívoco, el propósito de la AP., es establecer el modo de morir con el mayor grado de exactitud posible.

El Equipo de Investigación de la Muerte, entrevista a personas que conocieron al difunto e intentan reconstruir su estilo de vida, centrándose particularmente en el período justamente anterior a su muerte.

El análisis retrospectivo de la muerte no solo sirve para aumentar la exactitud de las certificaciones, sino que también tiene la función heurística de ofrecer al investigador una serie de indicadores que pueda emplear para evaluar el propósito letal de personas vivas.

Al trabajar con los supervivientes de duelo para elicitar datos de la certificación apropiada, también el investigador empático y habilidoso, puede conducir a que las mismas tengan un valor terapéutico para los sobrevivientes, ya que la AP. no debe ser iatrogénica, pues debe permanecer alerta a evidencias de culpa extrema, depresión seria y necesidad de ayuda para planificar y resolver problemas.(p.9 y 10)

**El Modelo de Autopsia Psicológica Integrado**

Uno de los modelos de autopsia psicológica más difundido en el ámbito hispanoamericano, por cierto también cuantitativo, corresponde al modelo utilizado por la Dra. Teresita García, quien elaboró el Modelo de Autopsia Psicológica Integrado M.A.P. en el Instituto de Medicina Legal de La Habana, Cuba, en 1999, el cual se orienta a la investigación de cualquier tipo de muerte violenta.

El M.A.P., explica García (1999), se compone de una pauta de entrevista estructurada, para respuestas cerradas, tendientes a "extraer de parte de los informantes datos objetivos respecto de un fallecido, disminuyendo al mínimo

el sesgo subjetivo de cualquier argumentación adicional y las propias interpretaciones del explorador" (p 25).

Según la Dra. Teresita García (año1999), el M.A.P es "un instrumento de exploración y caracterización socio psicopatológica estandarizado, confiable, válido, sensible y replicable en cualquier contexto" (p 32).

El instrumento consta de sesenta dimensiones y, en cada una de ellas, un número variable de reactivos de entre dos y noventa y uno.

A través de esta escala la Dra. García Pérez, sostiene y demuestra que la exploración retrospectiva e indirecta de la personalidad y la vida de una persona es un procedimiento científico, una reconstrucción socio psicopatológica postmortem, donde los elementos a considerar son:

**1.** Factores de riesgo suicida, de riesgo heteroagresivo o de accidentalidad

**2.** Estilo de vida del occiso

**3.** Estado mental en el momento de la muerte

**4.** Áreas de conflicto motivacionales

**5.** Señales de aviso pre suicida

**6.** Existencia de estado pre suicida.

En ese contexto, García Pérez (1999) afirma que: "el dictamen de autopsia psicológica se ofrece a los operadores de justicia en términos probabilísticos y sus resultados forman parte de las demás pericias ordenadas por la autoridad y para la toma de la decisión final". (p.26).

A pesar del vasto desarrollo teórico, tanto conceptual como de la diver-

sidad de instrumentos creados y aplicados para diversas poblaciones, nos encontramos con una realidad que nos hace ver que desde su nacimiento la autopsia psicológica se ha transformado más en un concepto que en una herramienta. A partir de su amplia difusión en los países del norte, y más recientemente en Latinoamérica, adviene como una técnica a veces infalible o quizás desmesuradamente prometedora para orientar decesos indeterminados, equívocos o para la investigación de suicidios.

Sin embargo, su flexibilidad metodológica y laxitud epistemológica constituyen un verdadero talón de Aquiles que la pone en serio riesgo de validación como herramienta científica.

**Pero según, García Pérez (1999):**

> El MAPI a diferencia de todos los modelos revisados está completamente estructurado y sistematizado, de forma tal que se disminuye al mínimo el margen de sesgo, debido a que todos los peritos o auxiliares de la justicia que aplican dicho protocolo deben realizarlo de la misma manera, guiándose por un instructivo con posibilidad de respuesta cerrada, precisamente para evitar la inclusión de elementos subjetivos en la valoración de cada caso y, además, para hacerlo verificable por terceras personas.(p.86)

Los estudios, análisis y debates siguen en la actualidad y a pesar de sus limitaciones, la autopsia psicológica sigue siendo una herramienta que ayuda a discernir entre suicidio, homicidio y accidente en una muerte dudosa o equívoca, donde ni el médico legista, ni el investigador policial, tienen suficientes elementos para decidir y aportar a la investigación judicial.

**Conclusión**

La autopsia psicológica es una herramienta que se enmarca dentro de las pruebas periciales que los operadores de justicia pueden solicitar de cara a sus investigaciones penales, sobre todo cuando éstos se encuentran ante un caso donde, de acuerdo a sus investigaciones, no tiene los elementos para establecer si una persona fue asesinada, fue víctima de un accidente o si falleció por sus propias manos, es decir, se suicidó.

Existen varios métodos para la aplicación de la autopsia psicológica, pero en el presente artículo, hemos hecho un acercamiento al método llamado: "Modelo de Autopsia Psicológica Integrado (MAPI)", cuya creadora es la Dra. Teresita García Pérez, pues consideramos que es el más riguroso, práctico, confiable y pertinente para el logro de los objetivos que se propone.

Finalmente, es importante mencionar que la Autopsia Psicológica también es aplicable en la prevención de las muertes violentas, pues a través de este método se puede establecer la población de riesgo suicida, a morir por homicidio o por accidente.

Es a través del conocimiento profundo de las víctimas fatales que podemos detectar los factores asociados y la caracterización victimal para trazar estrategias de prevención en los diferentes niveles de atención del sector de la salud pública, con el apoyo de las organizaciones políticas y sociales.

La autopsia psicológica en nuestro país no es muy conocida, ni mucho menos aplicada en las investigaciones sobre muertes dudosas, por lo que resulta un desafío que los operadores de justicia puedan conocerla de manera profunda, adaptarla mediante los ajustes requeridos según la realidad cultural nacional y, sobre todo, reconocerla como una herramienta pericial que coopere para la dilucidación de este tipo de casos, que cobra real valor al sumarse al resto de los

elementos criminalísticos, policiales y médico legales.

## REFERENCIAS

Capponi, R. (1998). Psicopatología y Semiología Psiquiátrica. Santiago, Chile: Editorial Universitaria

Dorrio Lourido, B. (2003).Valoración de la autopsia psicológica: protocolo de actuación (VAAP). Tesis doctoral. Facultad de Ciencias de la Educación, departamento de Psicología. Universidad de la Coruña.

Fernandez Antonio, E.( 2003).Labor transdisciplinaria en la investigación científica del delito (ICD): perfil criminal(PC) y autopsia psicológica(AP).1as. Jornadas Iberoamericanas de la Psicología Forense.Buenos Aires, Argentina: Editorial La Rocca

García Pérez, T. (1998).Espectro de aplicación de la autopsia psicológica. Cuadernos de Medicina Legal Vol.15 n.1-2. Heredia. Costa Rica.

Licitra, L.M. y Yavarone, M.E.( 2000).La autopsia psicológica-técnica de trabajo pericial forense. Revista del Departamento del Poder Judicial de la provincia de Córdoba, Argentina

Rodriguez,A. (2006). Una herramienta útil para el peritazgo psicológico. http://psicologiajuridica.org/psj4.html

Torres Vicent, R. (2007).Autopsia psicológica. Evaluación crítica y su aplicabilidad en el ámbito forense .Anuario de psicología jurídica. Volumen 17, pp113, 130. Colegio Oficial de Psicólogos. Madrid, España.

Torres Vicent, Rodrigo,(2003).Aproximación epistemológica y metodológica en la propuesta de autopsia psicológica de Torres y Manzo. Instituto de Criminología. Policía de Investigación de Santigo, Chile.

Torres Vicent, R. y Manzo, J. (2003).Guía para autopsia psicológica, basada en el modelo modificado de M. Gelles (1995).Instituto de Criminología. Policía de Investigación de Chile.

# Querella conjunta autónoma, alcance y aplicación en el proceso penal paraguayo

# Autonomous complaint, its scope and application in the paraguayan criminal process.

*Rodrigo Enmanuel Estigarribia Benítez.*[*]

**Resumen**

El presente trabajo hace una investigación y análisis legal de la figura de la querella autónoma en el Paraguay, tomando como base la Constitución Nacional y normativas vigentes con el objeto de ofrecer un estudio sostenido sobre una figura controvertida que presenta posturas a favor y en contra. Con ese fin conceptualiza dicha figura, se describe su alcance y se señalan los principales actores a favor y en contra de su implementación dentro del procedimiento penal en los diferentes ordenamientos jurídicos. En este contexto, se procede a contrastarla con la normativa constitucional paraguaya en lo referente al ejercicio de la acción penal pública, para así finalmente concluir que en el caso de que se resuelva incluirla en la legislación nacional, colisionaría con una norma de rango constitucional, más específicamente, con el artículo 266 de la Constitución Nacional vigente, que delega Ministerio Público el rol de representar a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado.

**Abstract**

The present paper investigates and analyses the legal concept of the autonomous complaint in Paraguay, taking as base the National Constitution and current written law, in order to offer a study on this controversial legal concept that has positions for and against it. It includes a conceptualization of

* Abogado, egresado de la UNA año 2009. Especialista y diplomado en ciencias penales y procesales Penal, relator de la fiscalía general del Estado, docente e investigador del CEMP.

the mentioned legal figure, its scope, as well as the main actors that are for and against its implementation within a criminal process in the legal system. It this context, this research analyses the excercise of public legal action in criminal matters, and it concludes that, in case that autonomous complaint is included in the national legislation, this would represent a clash with a norm of constitutional range, namely the article 266 of the National Constitution, that gives Public Prosecutors the role of representation of the people towards the legal system.

***Palabras clave:*** Proceso, Acción, Persecución, Querella, Conjunta, Comparado, Constitución.

***Keywords:*** Process, action, prosecution, complaint, compared, constitution

**Querella conjunta autónoma, alcance y aplicación en el proceso penal paraguayo**

Ante la posibilidad de una nueva reforma del sistema penal, es oportuno realizar un estudio de uno de los principales motivos de debate, el cual se centra en el ejercicio de la acción penal, vale decir ¿el Ministerio Público debe continuar representando de manera absoluta a la sociedad ante los organismos jurisdiccionales del Estado para el ejercicio de la acción penal en los hechos punibles de acción penal pública? O bien, ¿el particular debe tomar la posta y ejercer la acción penal de manera conjunta o autónoma?

Comprender el alcance de estas dos propuestas (monopolio del ejercicio de la acción para el MP o, particular con poder autónomo para ejercerla) es importante a los efectos de sentar bases sólidas para una fundamentada discusión.

En ese contexto, se analizará la figura de la querella conjunta autónoma y la posibilidad de incorporarla al ordenamiento jurídico nacional conforme con

lo establecido en la Constitución Nacional.

Para ello, se debe comprender ¿En qué consiste el ejercicio de la acción penal?, ¿Cuáles son sus antecedentes históricos? ¿Cómo ejercita el Estado el monopolio de la acción? ¿Qué se entiende por querellante y, más específicamente, cuál es el alcance de la querella conjunta autónoma? En este orden de ideas, se revisarán las posturas con relación a este instituto y, por último, se concluirá acerca de la posibilidad de que la querella conjunta autónoma sea acogida por nuestra legislación, de acuerdo con lo prescripto por la Constitución Nacional.

A tal efecto, el lector previamente debe identificar en qué lugar del amplio espectro jurídico se encuentra el tema abordado, por lo que es necesario contextualizarlo y realizar las siguientes consideraciones:

**Derecho procesal penal**

El derecho procesal penal es una rama del derecho público que se constituye por un conjunto de normas que regula de inicio a fin todo proceso en el cual pueda aplicarse una sanción penal; abarca en líneas generales los principios procesales, la acción penal, la actividad de los jueces y sujetos procesales y tiene como función establecer las reglas fundamentales para investigar, esclarecer y, eventualmente, sancionar una conducta considerada punible por el código penal.

En este sentido, Roxin (2009) expresa que:

> Las conductas consideradas punibles, establecidas en el código de fondo, no pueden quedar simplemente en un papel sino que debe existir un procedimiento jurídico que lleve adelante la averiguación de una acción punible y, en su caso, sea impuesta la sanción prevista en la ley. Es decir, que el derecho procesal penal lleva al campo operativo lo que

se encuentra plasmado en el derecho penal material y está dirigido a la efectiva realización del orden jurídico.

Cabe mencionar que como el derecho procesal penal forma parte del derecho público, el Estado lo aplica ejerciendo su poder de imperio y, para sopesar esta circunstancia, emerge el principio de legalidad -eje cardinal de todo Estado de derecho-; vale decir, que toda actividad estatal, para que esté permitida, debe estar expresamente prevista en la Constitución Nacional y las leyes.

Este conjunto de normas procesales entendidas como reglas, límites y controles están destinados a asegurar el máximo grado de fiabilidad y racionalidad del juicio, limitando la potestad punitiva del Estado y protegiendo a todas las personas de la arbitrariedad.

Bien sabido es que de conformidad con nuestra legislación el derecho penal en su conjunto corresponde al Estado. De este monopolio surge, por un lado, la prohibición de la venganza privada y, por el otro, la obligación del Estado de velar por el derecho de todos los ciudadanos.

Ahora bien, resumido el alcance del derecho procesal penal, debemos puntualizar que nos abocaremos al estudio específico de una parte de su contenido, vale decir, la acción penal y su ejercicio. Si bien es cierto, este instituto está regido por principios, se debe hacer notar que todo principio posee una contra cara, dependiendo del sistema en que se desarrolla, por ejemplo, al principio de oficiosidad se contrapone la acción popular y, al inquisitivo, el principio acusatorio.

**La acción penal en el proceso penal paraguayo.**

La acción penal tiene diversas concepciones conforme al tiempo y al

ámbito del derecho en que se lo ejercita. Al respecto de este tema, cabe hacer notar que ciertos profesionales no hacen un paralelismo entre el derecho procesal civil y penal, sin embargo, es un error no hacerlo, puesto que las pretensiones de los particulares en el proceso civil difieren de las del Estado en el proceso penal.

Aun cuando en este trabajo no se pretende profundizar sobre el alcance de la acción penal, es preciso dejar en claro que existen corrientes doctrinarias que difieren bastante en cuanto a su definición, puesto que algunos dicen que es el particular el verdadero titular de la acción, mientras otros defienden que es el Estado el titular por cesión hecha de los ciudadanos. En esta investigación solo se establecerá una concepción amplia de este instituto.

En este orden de ideas, el diccionario de la real academia española define a la acción en sentido procesal, como el derecho a acudir a un juez o tribunal recabando de él la tutela de un derecho o de un interés.

Del mismo modo, en el ámbito del derecho privado, Couture, en su obra "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", define a la acción como el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión. En esta concepción, se nota que una persona tiene la facultad de solicitar a la autoridad judicial sea complacida la petición de conformidad con su interés o pretensión. Vale decir, que se tienen en cuenta únicamente lo apetecido por un individuo en relación con los demás.

Ahora bien, haciendo un paralelismo con lo expresado más arriba, se puede afirmar que el ejercicio de la acción en el proceso penal del Paraguay, se encuentra a cargo del Estado, que constitucionalmente deja este poder en ma-

nos del Ministerio Público, que es el órgano encargado de perseguir de oficio, por regla, los hechos sancionados por la ley penal material (hechos punibles de acción penal pública), es decir, es el representante de la sociedad ante los organismos jurisdiccionales del Estado para el ejercicio de la acción penal.

En esta concepción o modelo, el titular del ejercicio de la acción es el Estado, que ha obtenido esta potestad a consecuencia de la cesión hecha por los ciudadanos a su favor. Esta facultad abarca, por un lado, la sanción de los hechos considerados punibles y, también, la persecución efectiva de tales hechos.

Sin embargo, otra corriente sostiene que es el individuo el titular de la acción penal y, el Estado, ejerciendo su poder de imperio se ha apropiado de esta facultad de una manera autoritaria, por lo que el particular debe ser beneficiado nuevamente con esta potestad y solo en ciertos casos debe entregar al Estado la posibilidad de persecución.

Por otro lado, existe una tercera postura intermedia, la que considera que el individuo debe hacer efectivo su derecho conjuntamente con el Estado y, por lo tanto, deben concurrir en el proceso penal con las mismas armas en el desenvolvimiento del procedimiento.

De estas concepciones se desprende precisamente el tema a ser estudiado: por una parte, el monopolio de la acción por parte del Estado, ("ius puniendi del Estado") y, por la otra, la querella conjunta autónoma, es decir, la facultad del individuo de ejercer la acción en iguales condiciones con el Estado, con sus mismos derechos y prerrogativas.

Ahora bien, de la primera teoría –monopolio del ejercicio de la acción– se desglosa el principio de persecución de los hechos punibles por parte del

Estado, que será analizada a continuación.

## Principio de persecución u oficialidad

### Antecedentes históricos

La persecución de los delitos por parte del Estado no se observa en el mundo antiguo, más bien, la persona que sufría algún daño era quién ejercía la acción, vale decir, la venganza privada rigió desde el inicio de los tiempos del hombre.

Ya con una sociedad más civilizada tenemos a la ley del Talión, la cual sancionaba al agresor de la misma forma en que cometió el ilícito; en efecto, si alguien cortaba una mano a otra persona, la pena consistía en que se le cortara una mano al autor del daño; si una casa se derrumbaba por estar mal construida y moría alguna persona como consecuencia -por ejemplo, el propietario y su hijo- el constructor era declarado culpable y la pena consistía en la muerte del constructor y su hijo. Esta ley fue la máxima expresión de la venganza privada, caracterizada por la dureza y falta de piedad.

En el derecho germano prevaleció también la venganza privada, que consistía en un único interés, la indemnización del particular o familiar. En ese sentido, Claus Roxin (2000), hace referencia que:

> En este derecho no había una distinción entre el derecho penal y civil, el perjuicio causado por el autor del ilícito podía ser indemnizado con el pago a la víctima o los familiares, según el caso. Es decir, en un homicidio se resarcía el daño con el pago a los familiares (la composición).

Por su parte, continúa exponiendo el citado autor que en el derecho romano existía la acción popular, que consistía en que tanto el ofendido como los ciudadanos tenían la facultad de ejercer la acción y solicitaban a la autoridad

la sanción por el ilícito y, como el quebramiento de la ley ofendía a la sociedad, cualquiera podía iniciarlo. En este caso, se nombraba a un ciudadano en representación de la sociedad ante la autoridad.

En la edad media, en la época del feudalismo, también ocurría similar situación, sin embargo, ya no era el ofendido el facultado a ejercer la acción sino que se ponía en manos de un ciudadano independiente para que se encargue de perseguir y buscar el castigo. Se alejaba de esta manera la sed de venganza que tenía el ofendido o los familiares contra el autor del ilícito.

Más adelante, con la concepción del Estado y la separación del derecho público del privado, bajo el imperio el interés general sobre el particular, se dio inicio paulatinamente a la persecución estatal de los hechos ilegales.

Bajo esta última noción surge el Estado absoluto, en el que la persecución penal de los ilícitos por parte del Estado fue marcada de manera más preponderante. En efecto, el propio Estado era el encargado de iniciar la acción penal de los delitos y continuarla hasta su fin.

De lo relatado brevemente, podemos observar que a través del tiempo, la venganza privada paulatinamente desapareció como mecanismo para buscar y obtener justicia y, poco a poco, la facultad de iniciar la acción penal y perseguir los hechos punibles pasó a manos del Estado, hasta llegar al monopolio del ejercicio de la acción y solo en casos excepcionales, la posibilidad de que el particular pueda llevar adelante su pretensión ante los organismos jurisdiccionales del Estado.

**Principio de persecución en el derecho paraguayo**

El ejercicio de la acción por parte del Estado tiene su sustento en este

principio. Bien es sabido que de acuerdo al sistema procesal penal de Paraguay (acusatorio mitigado), el Estado divide sus funciones judiciales en dos:

Por un lado, se tiene al Poder Judicial, que conforme con el enunciado del art. 247 CN, se encuentra representado por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los jueces. Estos se encargan de administrar justicia, tienen la facultad de aplicar un castigo (ius puniendi) pues son el órgano jurisdiccional.

Por otro lado se encuentra, el Ministerio Público, órgano judicial requirente, que en virtud de la Ley Fundamental es el encargado de la persecución penal de los hechos punibles de acción penal pública.

Es importante hacer esta distinción puesto que el principio de persecución u oficialidad, en sentido amplio, abarca desde el inicio de la persecución hasta la aplicación de la pena misma.

En sentido restringido, el principio de persecución rige para el Ministerio Público como un mandato constitucional; por ello, el ejercicio de la acción penal, más que una facultad, es una obligación, independientemente de la voluntad del ofendido, en los casos que la ley así lo establezca.

Esta prerrogativa surge de lo establecido en la Constitución Nacional en su artículo 266, que señala:

> "De la composición y de las funciones. El Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado, gozando de autonomía funcional y administrativa en el cumplimiento de sus deberes y atribuciones. Lo ejercen el Fiscal General del Estado y los agentes fiscales, en la forma determinada por la ley".

Asimismo el artículo 268 de la Carta Magna otorga esta facultad en los siguientes términos:

> "De los deberes y de las atribuciones. Son deberes y atribuciones del Ministerio Público: 1) velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales; 2) promover acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas; 3) ejercer la acción penal en los casos en que, para iniciarla o proseguirla, no fuese necesaria instancia de parte, sin perjuicio de que el juez o tribunal proceda de oficio, cuando lo determine la ley…"

De las normas constitucionales citadas se desprende que el Ministerio Público es, a través de la fiscalía general del Estado y los agentes fiscales, el representante de la sociedad ante los organismos jurisdiccionales del Estado, vale decir, en su carácter de órgano del Estado, representa a toda la colectividad y no a un individuo en particular.

Así también, la CN establece que el Ministerio Público promueve y ejerce la acción penal pública y no se encuentra subordinado a la voluntad del ofendido. Esto se debe a que en ciertos casos, el afectado podría carecer de los medios económicos para iniciar la persecución o inclusive, puede sentir temor de una eventual venganza por parte del agresor y, el ilícito, en consecuencia, podría quedar impune.

Esto es lo que se entiende como "actuar de oficio" del Ministerio Público y que se encuentra previsto en el código de forma en los siguientes términos:

> "art. 15. Acción pública. Los hechos punibles serán perseguibles de ofi-

cio por el Ministerio Público, según lo establecido en este código y en las leyes".

Sin embargo, esta regla tiene su excepción, es decir, cuando el Estado para intervenir necesita la instancia de la víctima. Esta salvedad se encuentra en el Código Penal que establece:

"art. 97.- Instancia de la víctima. 1º) Un hecho punible cuya persecución penal dependa de la víctima, será perseguible sólo cuando ella inste el procedimiento."

Esta circunstancia se da, en principio, a los efectos de proteger al particular ofendido puesto que en ciertos casos en el hecho punible se encuentra involucrado un pariente o, cuando por la insignificancia del hecho no genera el interés público en su persecución, salvo que la víctima así lo considere pertinente. Ejemplo de ello, son los casos previstos en el Código de fondo, específicamente regulados en los siguientes artículos:

> **"Art. 171.-** Persecución de hechos en el ámbito familiar o doméstico. Cuando la apropiación o el hurto previsto en los artículos 160 y 161 afectara a un pariente que viviera en comunidad doméstica con el autor, la persecución penal de los hechos dependerá de la instancia de la víctima".
>
> **"Art. 172.-** Persecución de hechos bagatelarios. Cuando la apropiación o el hurto previsto en los artículos 160 y 161 se refiera a una cosa de valor menor a diez jornales, la persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima, salvo que, a criterio del Ministerio Público, un interés público especial requiera una persecución de oficio".

Vale mencionar, que el requisito de la instancia no impide que el Ministerio Público realice todos los actos investigativos necesarios a los efectos de contar con los elementos de sospechas en caso de que se de posteriormente la

instancia para iniciar así efectivamente la persecución conforme lo establece al art. 16 del CPP:

> Instancia de parte. Cuando el ejercicio de la acción penal pública requiera de instancia de parte, el Ministerio Público sólo la ejercerá una vez que ella se produzca, sin perjuicio de realizar los actos imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que no afecten la protección del interés de la víctima….

En cuanto a la obligación que tiene el estado de perseguir los hechos punibles se debe mencionar, necesariamente, la disposición normativa contenida en el art. 18 del C.P.P, que dispone:

> Legalidad**.** El Ministerio Público estará obligado a promover la acción penal pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, siempre que hallan suficientes indicios fácticos de la existencia de los mismos….

En resumidas cuentas, el principio de persecución está contenido en varias disposiciones normativas y, por regla, en la actualidad esta facultad se encuentra a cargo del Ministerio Público. Debe quedar claro, que el hecho de que se requiera la instancia de la víctima en algunos casos expresamente previstos, no afecta la prerrogativa de perseguir que tiene el órgano requirente, sino tan solo se interpone un obstáculo para iniciar y continuar la acción; es lo que se conoce como condición de perseguibilidad.

Cabe mencionar en este apartado, que no se analiza los hechos punibles de acción penal privada ¬–excepción a la oficialidad– puesto que este tema requiere un análisis más específico y no es objeto de la presente investigación.

Pero esto no implica que debamos dejar de recordar que la instancia y la acción penal privada son materias jurídicas diferentes, por lo que no hay que confundirlas. La primera, es de contenido híbrido (penal y procesal); por su parte, la otra, tiene un carácter netamente procesal.

**Facultades de la víctima en el derecho procesal penal paraguayo**

Antes de analizar la querella conjunta autónoma y su alcance como institución jurídica, es importante mencionar brevemente cuales son las prerrogativas que poseen las víctimas en el derecho paraguayo, de conformidad con lo establecido en el código procesal vigente.

El hecho de que el Estado posea la facultad de ejercer la acción penal no obsta a que la víctima tenga participación dentro del proceso penal, aunque la Constitución Nacional y el Código Procesal han dado mayor énfasis a los derechos de los imputados, puesto que son los que cuentan con mayor desventaja frente a todo el aparato estatal. Así, no se han dejado de lado los derechos de las víctimas, quienes con una serie de normativas hacen efectivos sus derechos de acceso a la justicia en igualdad de condiciones.

En este contexto, la ley fundamental establece en su artículo 47: "De las garantías de la igualdad. El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1) la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen…"

Vale decir, que la víctima goza del derecho de acceder a la justicia y el Estado, como órgano encargado de velar por las garantías constitucionales, debe reglar todo procedimiento en este sentido.

Es así, que sobre la base de esta normativa constitucional, el Código Pro-

cesal, entre sus principios, establece en el artículo 9 sobre la igualdad de oportunidades procesales: "Se garantiza a las partes el pleno e irrestricto ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este código…".

En consecuencia, la víctima, en su carácter de sujeto procesal posee los siguientes derechos de acuerdo con lo establecido en el art. 68 del CPP:

> 1) recibir un trato digno y respetuoso, que se hagan mínimas sus molestias derivadas del procedimiento, la salvaguarda de su intimidad en la medida en que no obstruya la investigación y a la protección de su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que depongan en su interés, a través de los órganos competentes; 2) intervenir en el procedimiento penal, conforme a lo establecido por este código; 3) ser informada de los resultados del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite; 4) ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite; y 5) impugnar la desestimación o el sobreseimiento definitivo, aun cuando no haya intervenido en el procedimiento como querellante.

En resumidas cuentas, la víctima tiene derecho a intervenir formalmente en el procedimiento, a ser escuchada antes de que se tomen ciertas decisiones e, inclusive, a interponer recursos en caso de que no esté de acuerdo con la solución jurídica aplicada.

De esto se desglosa que la víctima tiene, en principio, una participación "informal" dentro del proceso –término utilizado al solo efecto práctico–, justamente, esta circunstancia es lo que en definitiva haría efectivo su derecho de

acceso a la justicia, ya que no requiere del cumplimiento de requisitos formales para adquirir esta calidad.

Esto es, el hecho de ser el ofendido por el hecho punible, lo posiciona como sujeto procesal. Por otro lado, la intervención "formal" de la víctima en el proceso penal se da mediante la figura jurídica de la querella adhesiva, que sí requiere de una serie de requisitos para que sea admitida como tal.

**El querellante**

Esta intervención formal de la víctima en el proceso penal es lo que se conoce como querella y, en ese sentido, se define al querellante como:

> el particular que produce querella para provocar un proceso penal o que se introduce en un proceso en trámite como acusador, estando legalmente legitimado. Querella es la instancia introductiva del querellante, producida ante el órgano jurisdiccional de acuerdo con las formalidades legales" (Clariá, 2008, pág. 30)

En los distintos ordenamientos jurídicos la querella tiene diferentes alcances y, en resumidas cuentas, pueden mencionarse los siguientes tipos de querellantes: exclusivos, subsidiarios, adhesivos y conjuntos.

El querellante exclusivo es sujeto esencial en el proceso y está facultado a perseguir los hechos punibles de acción penal privada, los cuales, están detallados en el artículo 17 del Código Procesal Penal y se rige por un procedimiento especial. Este catálogo de hechos punibles, es una excepción del "ius puniedi" del Estado en cuanto a la persecución.

El querellante subsidiario, sin embargo, solo actúa como acusador cuando el Ministerio Público abandona la acción, en consecuencia, la persecu-

ción pasa de ser pública a privada (se da en la legislación austriaca).

Por ser la querella adhesiva y la conjunta la materia en la que se centra con más énfasis en este trabajo serán tratadas a continuación con más detenimiento.

**Querella adhesiva**

El querellante adhesivo, propio de la legislación alemana, es un sujeto eventual en el proceso penal e ingresa a este como un tercero que se adhiere a las pretensiones del Ministerio Público, es decir, actúa como un colaborador del fiscal en los intereses del ofendido, de modo que no puede acusar por sí mismo, puesto que requiere la acusación de aquel.

En Paraguay, la intervención de la víctima como querellante adhesivo se halla regulada en el artículo 69 del CPP, que establece:

> Querellante adhesivo. En los hechos punibles de acción pública, la víctima o su representante legal, en calidad de querellante, podrán intervenir en el procedimiento iniciado por el Ministerio Público, con todos los derechos y facultades previstos en la Constitución, en este código y en las leyes especiales…

La intervención en el procedimiento se refiere, en líneas generales, al derecho de proponer diligencias (facultad que también posee la víctima), de presentar acusación contra el imputado y de participar activamente en caso de que la causa sea elevada a juicio oral y público.

Sin embargo, lo particular de este instituto es su carácter de accesorio puesto que su pretensión depende de lo que solicita el Ministerio Público. Es decir, si la querella decide acusar y la fiscalía estima que no se dan los elementos

y requiere el sobreseimiento como salida procesal, necesariamente la pretensión punitiva del particular no prospera. En esta tesitura, rige la máxima "lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Cabe recordar que el querellante adhesivo sí cuenta con los recursos pertinentes para hacer valer su pretensión ¬¬¬–control jurisdiccional¬¬¬– y, además, el ordenamiento jurídico prevé un mecanismo de control institucional dentro del Ministerio Público, ejercido por el fiscal general del Estado, quien puede rectificar lo requerido por el fiscal inferior.

En cuanto a los requisitos para que sea admitida la querella adhesiva se pueden mencionar los siguientes: **1)** los datos personales del querellante, el documento que acredite su identidad, los datos del representado, en su caso, y los del abogado patrocinante; **2)** el domicilio real y el domicilio procesal; **3)** en el caso de las personas jurídicas, la razón social, el domicilio y los datos personales de su representante legal; **4)** el relato circunstanciado del hecho, sus antecedentes o consecuencias conocidas, si es posible, con la indicación de los autores, partícipes, perjudicados y testigos; **5)** el detalle de los datos o elementos de prueba; y **6)** la prueba documental o la indicación del lugar donde se encuentra. Es decir, deben cumplir los mismos requisitos para la presentación de una acusación de conformidad con el artículo 347 CPP.

**Querella conjunta autónoma**

El debate sobre esta figura ya se había dado en la década de los noventa, al momento de estudiarse el proyecto de modificación de la legislación penal y procesal penal, presentado por el Ministerio Público ante el poder legislativo, donde ejerció el cargo de asesor internacional el profesor Wolfgang Shoëne y fue el encargado de conciliar las instituciones jurídicas de fondo y forma. En

ese momento, se optó por la adopción de la querella adhesiva, por ser la más adecuada.

Asimismo, la querella conjunta, como herramienta a favor de la víctima, generó debates significativos en la actualidad; más específicamente, esta discusión se dio en la comisión nacional para el estudio de la reforma penal y penitenciaria, creada por Ley n.º 5140/2013.

Ahora bien, al abordar el tema se debe definir en primer término que se entiende por querellante conjunto.

**Alcance**

El alcance de la querella conjunta depende de la legislación en la que se lo aplica. En este sentido, el caso de la legislación argentina es uno de los ejemplos y allí definen a este tipo de querellante de la siguiente manera:

> A este querellante se lo llama "conjunto", porque el titular del derecho de querella interviene en el proceso ejercitando, a la par del Ministerio Fiscal, la acción penal. Los códigos que lo autorizan no son uniformes en cuanto a las facultades que le acuerdan…. Pero como sujeto del proceso es eventual, por cuanto no puede faltar la intervención como accionante del Ministerio Público. Es la principal diferencia con el otro querellante que hemos llamado exclusivo (Clariá, 2008. pág. 37)

Sin embargo, también se lo define con un alcance diferente como puede observarse a continuación: "La querella conjunta no depende en sus reclamos de los que formula el Ministerio Público, de modo que puede acusar y recurrir con independencia de éste" (Llovet, 2008, pág. 306).

Este es el criterio adoptado en varios países de la región, vale decir, que el querellante además de incorporarse conjuntamente al proceso con el Ministerio Público, también puede continuarlo independientemente de la postura de este.

En este orden de ideas, citando a Llovet, se puede decir que:

> La tendencia en los países fue aceptar la regulación de la participación del querellante en delitos de acción pública, aunque no se admitió una mera intervención como coadyuvante del Ministerio Público, sino más bien se le dotó de poderes de intervención en el ejercicio de la acción pública con independencia del Ministerio Público" (Llovet, 2005, Tomo I, pág. 290).

**Derecho comparado**

En la Argentina, por ejemplo, según Clariá (2008), el ejercicio de la querella conjunta es un derecho personalísimo del ofendido y no se la admite después de que el Ministerio Público haya acusado o requerido el sobreseimiento definitivo tras la clausura del sumario y, si desiste o abandona queda apartado del proceso. Según el citado autor, acogen esta figura el Código Procesal de la Nación, Córdoba, Entre Ríos, Tucumán y Corrientes. No la incluyen Santa Fé, San Luís, Buenos Aires, etc.

Por su parte, el Código Procesal Penal de Costa Rica establece: "art. 75. Querellante en delitos de acción pública. En los delitos de acción pública, la víctima y su representante…podrán provocar la persecución penal, adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público o continuar con su ejercicio…".

De esta normativa, se extrae en puridad a la querella conjunta, donde claramente se nota que el particular puede iniciar, adherirse o continuar

la persecución penal. Ahora bien, en cuanto a la continuidad del juicio por el querellante, resulta necesario recurrir a las disposiciones del art. 321 del citado cuerpo normativo, que establece:

"Presupuesto para la apertura a juicio. El auto de apertura a juicio se podrá iniciar con base en la acusación del Ministerio Público o la del querellante. Si se abre el juicio con base únicamente en la acusación del particular, el querellante continuará en forma exclusiva el ejercicio de la acción".

Por su parte, el Código Procesal Chileno también adopta la institución de la querella conjunta y, en este contexto, resulta oportuno traer a colación el artículo 258, que dispone:

> Forzamiento de la acusación. Si el querellante particular se opusiere a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, el juez dispondrá que los antecedentes sean remitidos al fiscal regional… Si el fiscal regional, dentro de los tres días siguientes, decidiere que el ministerio público formulará acusación, dispondrá simultáneamente si el caso habrá de continuar a cargo del fiscal que hasta el momento lo hubiere conducido, o si designará uno distinto. Por el contrario, si el fiscal regional, dentro del plazo de tres días de recibidos los antecedentes, ratificare la decisión del fiscal a cargo del caso, el juez podrá disponer que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en lo sucesivo en los mismos términos que este Código lo establece para el ministerio público, o bien procederá a decretar el sobreseimiento correspondiente.

Vale decir, que el querellante continúa ejerciendo la acción en caso de

que el Ministerio Público no presente acusación. Esto también se desprende del art. 270 del mismo cuerpo legal, cuando regula la corrección de vicios formales, que establece que si el ministerio público no subsana oportunamente los vicios, el juez procederá a decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, a menos que existiere querellante particular, que hubiere deducido acusación o se hubiere adherido a la del fiscal. En este caso, el procedimiento continuará sólo con el querellante y el ministerio público no podrá volver a intervenir.

De todas estas normativas queda claro, en principio, cuál es el alcance de la querella conjunta autónoma, es decir, la posibilidad de que el particular continúe con la acción, sin que sea necesaria la intervención del Ministerio Público.

En resumen, la corriente que pretende dar mayor participación a la víctima o actor civil dentro del proceso penal, se concibió ante la necesidad de dar una intervención efectiva al ofendido en el proceso penal puesto que, según sostienen, el Ministerio Público, en ciertos casos, no satisface las pretensiones del particular. Esta postura, por ejemplo, está asumida en el Paraguay por de los profesores Enrique Kronawetter y köhn Gallardo.

Como se pudo observar más arriba, con la aparición del Estado, el ejercicio de la acción pasó paulatinamente a sus manos, hasta el punto de convertirse en un monopolio. En consecuencia, esto significó para algunos, el menoscabo de los derechos de la víctima al no permitirle intervenir en igualdad de condiciones que las demás partes en el proceso penal.

Por otra parte, los que se oponen a la querella conjunta sostienen, en resumidas cuentas, que el hecho de que esta se incorpore al proceso configuraría una desigualdad para el imputado y su defensa, debido a que se le debe sumar la

pretensión del Ministerio Público.

Asimismo, los detractores de la querella conjunta afirman que el ejercicio de la acción en manos del Estado se debe al avance de la civilización, en el sentido de que de la justicia por mano propia se pasó a la justicia social, donde lo que se precautela, en principio, es el interés general sin dejar de lado los reclamos de la víctima. En efecto, sostienen que los ciudadanos, a través de un contrato social, cedieron la facultad del ejercicio de la acción al Estado, quien los representa a estos efectos.

Entonces, la instauración de la querella conjunta, como sistema de intervención de la víctima en el proceso penal, equivaldría a un retroceso de lo que se ha logrado, puesto que el Estado tiene la obligación de mantener la objetividad, más no así el particular ofendido, quién siempre hará valer su pretensión, es decir, se correría el riesgo de volver a la venganza privada y se corromperían los fines del proceso.

En este punto, los propulsores de la querella conjunta expresan que los particulares no harán valer sus pretensiones a cualquier costo, sino que toda petición deberá estar sujeta al control de legalidad de los organismos jurisdiccionales del Estado, quienes deberán velar por la correcta aplicación del derecho.

En otro orden de ideas, pero ya contextualizados, corresponde ahora realizar el análisis de la eventual aplicación de la querella conjunta en el sistema jurídico nacional, de conformidad con lo establecido en la Constitución Nacional.

**Querella conjunta y la Constitución Nacional**

Como se ha adelantado, el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público se halla inserto en la Constitución Nacional en los artículos

266 y siguientes, pero corresponde enfocarse en el análisis específico del art. 266 en la parte que dice: "el Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado" y, el art. 268 inciso 3 que prescribe: "…son deberes y atribuciones del Ministerio Público…ejercer la acción penal en los casos en que, para iniciarla o proseguirla, no fuese necesaria instancia de parte…

Es necesario partir de las disposiciones constitucionales al respecto, pues, como se sabe, las normas de rango inferior no pueden contravenir las de rango constitucional, por el orden de prelación de leyes establecido en la Carta Magna. Esto es, para que sea posible la incorporación de la querella conjunta en el sistema legal paraguayo, no debe contravenir a lo dictado por la Ley Fundamental de la República.

Ahora bien, se debe dejar en claro que el análisis se basará exclusivamente en la posibilidad de que el particular, en su carácter de querellante conjunto, pueda continuar el ejercicio de la acción ante la falta de acusación por parte del Ministerio Público. Es decir, que el Ministerio Público, por ejemplo, requiera el sobreseimiento definitivo del imputado y, por otro lado, el querellante acuse y solicite la elevación de la causa a juicio oral y público.

**Postura en contra**

A tal efecto, en primer lugar, se expondrá la postura de la Fiscalía General del Estado con relación a la implementación de la querella conjunta autónoma en el Código Procesal Penal, teniendo en cuento lo establecido en la Constitución Nacional, que en resumen sostiene:

> …la normativa constitucional otorga exclusividad del ejercicio de la acción al Ministerio Público y no contempla como una opción o alter-

nativa, la incorporación de la víctima como parte integrante (conjunta o autónoma) del sistema acusatorio en los delitos de acción penal pública, es decir, la excluye tácitamente en la función de acusador, pues esta función, con la redacción actual de la norma constitucional, recae única y exclusivamente en el Ministerio Público….

Así mismo, la FGE manifestó al respecto, que:

…el derecho penal ha sido elaborado sobre el principio de una relación de subordinación del individuo al poder del Estado, y no sobre la base de la igualdad, característico del derecho privado. Es por esto que la función del Ministerio Público en la promoción y ejercicio de la acción penal pública es parte integrante del derecho público….

Por lo tanto, niega la posibilidad de que el particular pueda promover o continuar independientemente el ejercicio de la acción penal, ya que esta facultad corresponde exclusivamente al Ministerio Público.

**Postura a favor**

Por su parte, la postura de uno de los propulsores de la querella conjunta en el Paraguay, el Profesor Marcos Köhn Gallardo (en entrevista personal con el investigador), en resumidas cuentas, sostiene que la Constitución Nacional no otorga la exclusividad del ejercicio de la acción penal pública al Ministerio Público y que no existe ni existió un monopolio del Estado en este sentido.

El fundamento del Dr. Köhn Gallardo consiste, básicamente, en que el Ministerio Público como organismo del Estado e integrante del poder público se rige por el principio de legalidad, cuya máxima expresa “todo lo que no está permitido está prohibido”; en consecuencia, cuando la norma constitucional

atribuye y obliga al Ministerio Público a que promueva la acción penal pública, se refiere a los principios de oficiosidad y oficialidad, vale decir, que esta institución del Estado debe ajustar su actuación en tal sentido y se encuentra obligado a intervenir en todos los hechos punibles de acción penal pública.

En consecuencia, no se le otorga la exclusividad del ejercicio de la acción, sino que se le atribuye de manera específica una función, lo que no significa que el particular, por su parte, no pueda ejercer la acción penal pública, puesto que para este rige el principio de licitud que dice: "todo lo que no está prohibido está permitido". En otros términos, la Carta Magna no prohíbe que pueda incorporarse a la legislación la querella conjunta y, por lo tanto, no impide que el ofendido pueda continuar el proceso sobre la base de esta figura legal en igualdad de condiciones que el Ministerio Público.

Según su postura, expresó el mencionado jurista que el actual sistema viola los principios de igualdad, acceso a la justicia y derecho a peticionar a las autoridades, derechos que se encuentran prescriptos en la parte dogmática de la Ley Fundamental de la República y cuyo cumplimiento es obligatorio. Inclusive, el Estado debe allanar todos los obstáculos que lo impidiesen.

Estos argumentos, también son expuestos por Juachen (2011), quien expresa que no hay norma constitucional alguna que establezca que el ejercicio de la acción penal pública estará exclusivamente en manos del Ministerio Público, como tampoco existe una disposición que prohíba a la víctima del delito ser parte en el proceso penal con el fin de promover y proseguir dicha acción ejerciendo su derecho como tal. La constitución Argentina en su artículo 120 también otorga al Ministerio Público la función de "promover la actuación de la justicia

en defensa de la legalidad, de los intereses de la sociedad".

Esta postura, admite la incorporación de la querella conjunta en el ordenamiento procesal ya que no existe prohibición alguna, por lo que podría continuar en el proceso pese a que el Ministerio Público no haya acusado.

**Conclusión**

A través del presente trabajo se han podido observar y analizar las diferentes corrientes relacionadas a las discusiones en cuanto a la posibilidad de implementar la querella conjunta dentro del proceso penal, así como conocer las posibilidades legislativas del derecho comparado para regular la materia.

En ese contexto, cabe indicar que conforme con los argumentos de una y otra postura (a favor y en contra), en principio, se consideran más acertados los fundamentos de esta última corriente, en el sentido de que cuando la norma constitucional establece entre los deberes y atribuciones del Ministerio Público el de ejercer la acción penal, no le otorga la exclusividad de su ejercicio, sino que solo fija el marco legal en el cual debe encuadrar toda su actuación de conformidad con el principio de legalidad.

En este sentido, se considera que la acción penal, en puridad, corresponde al ofendido y sobre la base de esta normativa no existe prohibición de que la puede ejercer a través de una querella conjunta.

No obstante, para que el análisis sea completo y abarcante, no puede dejarse de lado que la Constitución Nacional en su art. 266 reza que el Ministerio Público es quién representa a la sociedad ante los organismos jurisdiccionales del Estado, vale decir, que el ofendido en su carácter de titular de la acción cede a este organismo la facultad de representarlo. Es más, el Ministerio Público

tiene la obligación de hacerlo.

Esto no significaría que la representación fiscal se apropie de la acción penal o la ejerza de manera exclusiva, sino por el contrario, el ofendido sigue siendo titular de la acción, pero en los casos de hechos punibles de acción penal pública, por mandato constitucional, es la fiscalía quién debe representarlo.

La representación se entiende como "el actuar en nombre de otro". En este caso, el Ministerio Público es el representante y la sociedad, entendida como la suma de todos los individuos, es el representado; por lo que en este caso, rigen las reglas de la representación, las cuales se encuentran específicamente reguladas en el Código Procesal Penal.

Ahora bien, la representación abarca el inicio y continuidad dentro del proceso penal, en consecuencia, no sería admisible la querella conjunta o el desdoblamiento de la acción, ya que pretender continuar el procedimiento sin la intervención del Ministerio Público sería como no contar con un representante legitimado ante los organismos jurisdiccionales del Estado, puesto que, por mandato constitucional el único facultado a tal efecto es el Ministerio Público.

Aquí se podrían preguntar, ¿cómo obligar a alguien a que tenga un representante? O bien, ¿esta circunstancia violaría el derecho de elección que tiene el particular?. En este punto, cabe destacar que la elección de un representante para el ejercicio de acción penal pública no es lo mismo que la facultad de elegir a un médico o abogado particular; esto se debe a que en el derecho penal no solo está el interés del ofendido, sino que también se deben precautelar las garantías del procesado y los derechos de la sociedad en general. Por ejemplo, cuando uno elige un médico, solo tiene en cuenta su salud, sin embargo, en el proceso penal

también está en juego el derecho fundamental de la libertad de otro.

Entonces, así como uno no puede elegir un médico para otro, tampoco tiene la prorrogativa de elegir quién representará a toda la sociedad. Es por esto y otras cuestiones de política criminal, que el Estado desarrolló el rol de la representación en los hechos punibles de acción penal pública.

Por lo tanto, no existe un monopolio en el ejercicio de la acción, sino en la representación, es decir, el Ministerio Público por mandato constitucional debe actuar en representación de la sociedad –suma de todos los individuos ofendidos o no – ante los organismos jurisdiccionales del Estado, con respeto al principio de objetividad y las garantías del imputado.

Esta exclusividad en la representación y, por ende, en el derecho y obligación de ejercer la acción penal pública es lo que impide la incorporación de la querella conjunta desde la perspectiva constitucional.

Por último, es necesario mencionar que no resulta acertado afirmar que la no incorporación de la querella conjunta implique la vulneración del derecho de acceso de la justicia en igualdad, establecido en el art. 47, inciso 3 de la Constitución Nacional, puesto que el particular justamente hace efectivo este derecho a través de la intervención del Ministerio Público.

Todo lo expuesto no pretende apuntar a que la querella conjunta no sea un arma eficaz para la defensa de los intereses del particular, sino que la sociedad por una constituyente debería adoptar esta decisión.

Por de pronto, cabría fortalecer los organismos de control de las actividades de los fiscales y jueces, ya que de aplicarse sanciones, en caso de incum-

plimiento de las normas legales, se haría efectiva la finalidad constitucional en cuanto al acceso a la justicia. En efecto, en la generalidad de los casos de vulneración de derechos, no es la ley el inconveniente sino la persona que lo aplica.

**Referencias**

Constitución Nacional de la República del Paraguay.

Constitución de la Nación Argentina.

Ley nº1286/98 Código Procesal Penal paraguayo.

Ley nº 1160/97 Código Penal Paraguayo

Ley nº 7594/95 Código Procesal Penal de Costa Rica.

Código Procesal Penal de Chile.

Binder, A. M. (2004). Introducción al derecho procesal penal (2a Edición). Buenos Aires: Ad-hoc.

Clariá, J. (2008). Derecho Procesal Penal Tomo I. Santa Fé: Rubinzal - Culzoni.

Clariá, J. (2008). Derecho Procesal Penal Tomo II. Santa Fé: Rubinzal - Culzoni.

Couture, E (2007) Fundamento del derecho procesal civil. Montevideo: Euros Editores S.R.L.

Horvitz Lennon, M. y López, J. (2007). Derecho procesal penal chileno. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile

Kronawetter, E. (2009). Manual de derecho procesal penal. Asunción.

Kronawetter, E. (2014). La situación de la víctima del hecho punible en el derecho procesal paraguayo. Asunción.

Llobet, J. (2005). Derecho procesal penal Tomo I. Costa Rica: Jurídica Continental.

Llobet, J. (2008). Proceso penal comentado. Costa Rica: Imprenta y litografía Mundo Gráfico.

Roxin, C. (2000). Derecho Procesal Penal (25a edición). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Franco, E. (2010). Importancia de la acción penal pública en el derecho procesal penal. Recuperado de: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=661&Itemid=34.

# NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA REVISTA JURIDICA DEL CENTRO DE ENTRENAMIENTO DEL MINISTERIO PUBLICO

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, su originalidad y aporte a la función fiscal, al derecho y 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 reproducción y circulación como parte de la edición respectiva. En su caso, el autor deberá informar si su trabajo ya ha sido publicado previamente en otros textos, documentos revistas, etc. o por 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 2.0 y el texto alineado a la izquierda, sin justificar, sin espacio entre líneas y sin espacio entre párrafos. Tipo de letra Times New Román 12 puntos.

Estructura del Artículo

Página de título o portada

Resumen (Abstract) (150 a 250)

Texto, Introducción: descripción situacional o situación problemática, alcance y relevancia y delimitación. Marco teórico. Marco metodológico: universo, población y muestra, tipo de estudio y enfoque, delimitación geográfica. Justificación de la delimitación. Técnicas de recolección de datos. Instrumentos. Técnicas de procesamiento y análisis de datos. Análisis de los resultados. Conclusiones. Recomendaciones. Referencias. Notas al calce (Footnotes). Apéndices.

La presentación de las citas y la redacción de las referencias bibliográficas se regirán por las normas APA.

Factores que influyen en los hechos punibles de abuso sexual en niños
Factors that have influence on cases of child abuse
**Juana Carina Sánchez Fernández**

Daños psicológicos frecuentes en niñas, niños y adolescentes víctimas de abuso sexual. Análisis de casos atendidos en el centro de atención a víctimas del ministerio público de concepción
Frequent psychological harms on children and adolescent victims of sexual abuse. Analysis of cases taken care by the Victim Assitance Center of the Public Prosecutors Office in Concepción.
**María Rosa Cuttier Quintana**

Eficiencia y eficacia de la aplicación de la Probation en el hecho punible de Violencia Familiar.
Efficiency and effectiveness in the application of probation in cases of domestic violenc
**Ricardo José Merlo Faella**

Rol del Ministerio Público en la justicia penal juvenil
Role of the Public Prosecutor´s Office in Juvenile Criminal Justice
**Doris Fátima Ojeda De Ynsfrán**

La aplicación del tipo legal de tortura en el derecho penal paraguayo.
The punishable act torture in the paraguayan criminal law
**María Alejandra Peralta Escurra**

Derecho consuetudinario de los Pueblos Indígenas en la Legislación Nacional
Indigenous peoples´cuestomary law in National Legislation
**María Eugenia Benítez Cabrera**

Programa de Protección a Testigos: herramienta para fortalecer la Justicia Penal paraguaya
Frequent psychological harms on children and adolescents victims of sexual abuse
**María Eusebia Segovia Cabrera Viedma**

Legitimidad de la intervención del ministerio público en los hechos punibles de “invasión de inmueble ajeno”
The Public Prosecutor Office´s legitimacy in legal procedures against invasion of private property
**Juan Pablo Rolón Ruiz Diaz**

La Autopsia psicológica en las investigaciones de muertes con causas
Psychological autopsy in investigation of cases of unclear cause of death
**Fátima Francisca Figari Brizuela**

Querella conjunta autónoma, alcance y aplicación en el proceso penal paraguayo
Autonomous complaint, its scope and application in the paraguayan criminal process
**Rodrigo Enmanuel Estigarribia Benítez .**

**Ministerio Público**
**República del Paraguay**